
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU PRAVNI
FAKULTET

**ZBORNIK RADOVA
PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 98 | GODINA LXII | 2023

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

Nº 98 | YEAR LXII | 2023

NIŠ, 2023.

ZBORNIK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2023.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Nebojša Raičević, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Dr Miroslav Lazić,
redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Uredništvo

Dr Nevena Petrušić, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Irena Pejić, redovni profesor Pravnog
fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Srđan Golubović, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Marija Ignjatović, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Aleksandar Mojašević, redovni
profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu

Dr Dušica Miladinović Stefanović,
vanredni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu

Naučni savet

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik
Instituta za uporedno pravo u Beogradu

Dr Gordana Ilić-Popov, redovni
profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Beogradu

Dr Vesna Knežević Predić, redovni
profesor Fakulteta političkih nauka,
Univerziteta u Beogradu

Dr Hajrija Mujović, naučnik savetnik
Instituta društvenih nauka u Beogradu

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom
Sadu

Dr Vladan Petrov, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u
Beogradu

Dr Darko Simović, redovni profesor
Kriminalističko-policijskog Univerziteta
u Beogradu

Dr Dragoljub Todić, redovni profesor
Instituta za međunarodnu politiku i
privredu u Beogradu

Dr Sanja Čopić, viši naučni saradnik
Instituta za kriminološka i sociološka
istraživanja u Beogradu

Međunarodni redakcioni odbor

Dr Željko Bartulović, redovni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hrvatska

Dr Martin Belov, redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet "Kliment Ohridski" u Sofiji, Bugarska

Dr Serjogin Andrej Viktorović, docent Pravnog fakulteta Južnog federalnog univerziteta, Rostov na Donu, Ruska Federacija

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

Dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg, Austrija

Dr Sašo Georgijevski, redovni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, Republika Severna Makedonija

Dr Mustafa Yasan, vanredni profesor Pravnog fakulteta u Izmiru, Demokratski Univerzitet, Turska

Dr Todor Kalamatijev, redovni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, Republika Severna Makedonija

Dr Zlatan Meškić, redovni profesor Pravnog fakulteta Princ Sultan Univerziteta u Rijadu, UAE

Dr Darko Radić, redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina

Dr Željko Radić, redovni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Hrvatska

Dr Dimitrije Čeranić, vanredni profesor Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina

Urednik rubrike: dr Mihajlo Cvetković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Sekretar Redakcionog odbora: dr Marija Dragičević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Lektura radova i prevod rezimea: Gordana Ignjatović (engleski)

Lektura: Aleksandra Gojković (srpski)

Tehnički urednik: Nenad Milošević

Tehnički urednik onlajn izdanja: Vladimir Blagojević

Štampa: Grafika Galeb Niš

Tiraž: 100

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu
pod nazivom Collection of Papers, Faculty of Law, Nis je u punom tekstu dostupan
u HeinOnline bazi podataka, EBSCO bazi Legal Source, kao i u bazi Central and Eastern
European Online Library – CEEOL.

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu 18 000
Niš, Trg kralja Aleksandra 11, tel. +381 18 200 501,
zbornik@prafak.ni.ac.rs
www.prafak.ni.ac.rs

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

Niš, 2023

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Nebojša Raičević Dean

Editor-in-Chief:

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

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

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

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

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

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

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

Scientific Council

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

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

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

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

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

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

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

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

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

International Editorial Board

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

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

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

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

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

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

Dr Mustafa Yasan, Associate Professor,
Faculty of Law Izmir, Democracy University,
Turkey

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

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

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

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

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

Column Editor: Dr Mihajlo Cvetković

Secretary of the Editorial Board: Dr Marija Dragičević

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

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Layout editor: Nenad Milošević

Online Journal editor: Vladimir Blagojević

Print: Grafika Galeb Niš

Circulation: 100

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

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

SADRŽAJ / CONTENTS

I ČLANCI / ARTICLES

Gordana Ilić Popov, Dejan Popović,

Od činjenica do istine u poreskom postupku 15
From Facts to Truth in Tax Procedure

Tadeusz Zembrzuski,

Evlovement of Consumer Rights Protection in Polish
Judicial Proceedings: New Separate Proceedings37
*Razvoj pravne zaštite potrošača u poljskim
sudskim postupcima: Novi odvojeni postupci*

Ljubica Nikolić,

Izazovi digitalizacije finansijskih transakcija51
Challenges of Digitalization of Financial Transactions

Aleksandar S. Mojašević,

Kako razmrsiti „kosovski čvor“?
integrativni pristup srpsko-albanskom sukobu 73
*How to Untie “The Kosovo Knot”? an Integrative
Approach to the Serbian-Albanian Conflict*

Davorin Pichler, Dražen Tomić, Vlatko Ljubanović,	
Liability of the Republic of Croatia for Damage caused by compromising the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System.....	95
<i>Odgovornost Republike Hrvatske za štetu prouzrokovanu kompromitacijom informacionog sistema zemljišnih knjiga i katastra</i>	
Magdalena Skibińska,	
The Presence of Ius Commune Procedure Features in Modern Polish Civil Proceedings.....	115
<i>Prisustvo obeležja Ius Commune postupka u savremenom poljskom građanskom postupku</i>	
Dragan Milidragović, Nenad Milić,	
Normiranje novih policijskih ovlašćenja u Zakonu o policiji.....	135
<i>The Regulation of new Police Authorities in the Police Act</i>	
Darko Dimovski,	
Osvetnička pornografija: kriminološki i krivičnopravni aspekt.....	155
<i>Revenge pornography: Criminological and Criminal Law Aspects</i>	
Vuk Cucić,	
Neustavnost Zakona o opštem upravnom postupku – ustavni sud kao 'pozitivni zakonodavac'	75
<i>Unconstitutionality of the General Administrative Procedure Act: The Constitutional Court as the 'Positive Legislator'</i>	
Srđan Radulović,	
On the Deflationary Nature of Bitcoin	195
<i>O deflatornoj prirodi Bitkoina</i>	

**П РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА /
PhD Students papers**

Bosiljka Čubrilović Stamenić, Vode kao predmet koncesije u pravu Republike Srpske	215
<i>Water Usage under the Concession Model in the Law of Republika Srpska</i>	
Ljubana Sladić, Oduzimanje vozila u prekršajnom pravu Republike Srpske.....	237
<i>Confiscation of a Vehicle in Misdemeanor Proceedings in Republika Srpska</i>	
Uputstvo za autore / Guidelines for Authors.....	257

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Veliko mi je zadovoljstvo da vam predstavim broj 98/2023 Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu u kome su sadržani originalni i pregledni naučni radovi na srpskom i engleskom jeziku. Promena glavnog i odgovornog urednika neće značajno promeniti koncept Zbornika, tako da nastavljamo tradiciju objavljivanja radova iz raznih naučnih oblasti, kako bi zadovoljili stručne i naučne potrebe širokog auditorijuma sa ne samo pravnim, već i ekonomskim, političkim i kulturološkim interesovanjem. Prelazak na sistem objavljivanja tri, umesto dosadašnje četiri sveske Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu na godišnjem nivou, motivisan je željom da se poboljša kvalitet objavljenih radova, poveća zainteresovanost čitaoca i postigne veći stepen ažurnosti pripreme i publikovanja brojeva. Takođe, težićemo da u svakom broju imamo i određeni broj radova na stranom jeziku. Časopis ostaje otvoren i za radove mlađih naučnih radnika koji ispune odgovarajući standard. Nastavićemo i praksu, prisutnu i u ovom broju, da objavljujemo i određeni broj radova saopštenih na međunarodnom naučnom skupu Pravnog fakulteta u Nišu. Redakcija podseća čitaoce da je Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu svrstan u evropske naučne časopise koji su indeksirani u ERIH PLUS bazi naučnih časopisa. Indeksiranjem našeg časopisa povećana je vidljivost i dostupnost naučnih radova u širokom akademskom prostoru, uzimajući u obzir da smo već prisutni u Directory of Open Access Journals – DOAJ, Central and Eastern European Online Library – CEEOL, HeinOnline i EBSCO bazi podataka (Legal Source).

Glavni i odgovorni urednik Prof. dr Miroslav Lazić

U Nišu, avgust, 2023.

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

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

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

Niš, August 2023

I ČLANCI

Dr Gordana Ilić Popov,*
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu
Republika Srbija

Dr Dejan Popović,*
Profesor emeritus,
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu
Republika Srbija

UDK: 347.13+343.131.8]:336.21/.26

UDK: 336.225.621/.641

Rad primljen: 30.06.2023.

Rad prihvaćen: 31.07.2023.

OD ČINJENICA DO ISTINE U PORESKOM POSTUPKU**

Apstrakt: Utvrđivanje poreza je glavni cilj poreskog upravnog odnosa, koji podrazumeva ustanovljavanje pojedinačne poreske obaveze konkretnog poreskog obveznika. Ono pretpostavlja prethodno prikupljanje svih činjenica koje mogu da doprinesu pravilnom i tačnom utvrđivanju poreske osnovice, a potom i iznosa poreskog duga. Zahtev koji se postavlja pred poreski organ je da ustanovi materijalnu istinu i stvarno stanje tako što će tačno i potpuno utvrditi sve poreskopravno relevantne činjenice na kojima će zasnovati svoje odluke, što je polazna hipoteza autora. Objektivne, verodostojne i obuhvatne činjenice utvrđene od strane Poreske uprave, odnosno prikupljene od poreskih obveznika ili trećih lica sprečavaju diskreciono rešavanje poreske upravne stvari i istovremeno obezbeđuju delotvornost i ekonomičnost poreskog postupka. Postizanje materijalne istine mora, pritom, da bude praćeno doslednim poštovanjem principa zakonitosti i jednakosti u oporezivanju.

Ključne reči: činjenica; načelo istine; utvrđivanje činjenica; utvrđivanje poreza; poreski postupak.

* gordana@ius.bg.ac.rs

* deki5pop@yahoo.com

** Rad je rezultat istraživanja na naučno-istraživačkom projektu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

1. Uvod

Ostvarenju imovinske obaveze poreskog obveznika u poreskopравном odnosu, tj. naplati poreza prethodi utvrđivanje poreza. Neophodno je zato da poreski organ prikupi i obezbedi sve činjenice od značaja za oporezivanje. Pored činjenica koje sama utvrđuje (iz službenih evidencija, javnih isprava i dr.), Poreska uprava prikuplja činjenice i od poreskog obveznika i trećih lica. Utvrđivanje činjenica mora da bude objektivno, ne sme da bude pristrasno, „obojeno“ ličnim stavom, niti zasnovano na predrasudama ili „verovanju“ da je nešto (ne)istinito. Autori polaze od hipoteze da se do materijalne istine u poreskom postupku dolazi tek kad se tačno, potpuno i verodostojno utvrde poreskopравно relevantne činjenice.

2. Pojam i tipovi činjenica

Činjenica (lat. *factum*) označava ono što je iskustvom potvrđeno da stvarno postoji ili da se događa (*Rečnik srpskoga jezika*, 2011: 1484), „ono što je učinjeno, dogođeno“ (*Hrvatska enciklopedija*, 2021). Sinonimi koji se ponekad koriste su: fakat, činjenično stanje, datost (Ćosić i saradnici, 2008: 669). Iako pojmovi faktor ili činilac potiču od iste osnove latinske reči *facere*, što znači činiti, oni se u svom značenju ne mogu poistovetiti sa činjenicom pošto se njima, između ostalih značenja (*Hrvatska enciklopedija*, 2021),¹ označava uzrok ili uslov koji opredeljuje neku pojavu ili proces. Takođe, činjenicu ne treba izjednačavati sa presumpcijom (lat. *praesumptio*), kad utvrđivanje postojanja jedne činjenice navodi na zaključak o postojanju druge činjenice (*praesumptio facti*) ili pravnog stanja (*praesumptio iuris*) (*Hrvatska enciklopedija*, 2021). Činjenica označava zatečeno stanje stvari, a ne pretpostavku da se nešto dogodilo. Njome se iskazuje svojstvo nekog predmeta, nastanak pojave, događaja i dr. (npr. Beograd je glavni grad Republike Srbije, Bor i jela su rodovi četinarskog drveća itd.). „Činjenica nije ništa drugo nego provjerljiva istina“² te nije isto što i postulat (lat. *postulatum*), koji podrazumeva da je neki stav istinit iako nije dokazan.

Proveri je podložna istinitost činjenica, a ne njihovo postojanje. Lice može da promeni mišljenje kad sazna za određene činjenice, ali budući da činjenice odražavaju objektivno stanje one ne mogu da se promene zbog nečijeg mišljenja. Kod činjenica stvarnost prevladava nad mišljenjem

1 Npr. u matematici faktor je broj kojim se opisuje povećanje ili smanjenje određene veličine i dr.

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

o тој стварности (Kvas, 2011: 11–12).³ Primera radi, devedesetogodišnjak nije starac zato što je prema nečijoj spoznaji starac, već je činjenica da je svaki čovek tih godina stvarno (objektivno) star(ac). Otuda, objektivne činjenice ne zavise od subjekta koji ih saznaje niti od njegovog subjektivnog doživljaja. Činjenica postoji upravo takva kakva jeste. Na primer, Kaspijsko jezero je najveće jezero na svetu, iako ga neki, zbog njegove velike površine i slankaste vode, mogu doživljavati kao more a ne jezero.

Najbliži pojmu činjenice je pojam podatka (eng. *data*). Podatak označava „simbolički i formalizovan prikaz činjenica, pojmova i instrukcija, pogodan za komuniciranje, interpretaciju i obradu“ (Veledija). Podatkom se najčešće prikazuju određene činjenice kojima se opisuju svojstva nekog objekta i otuda postoji povezanost pojmova činjenica i podatak. Činjenice treba da se verbalno izraze, odnosno iskažu da bi dobile smislenu vrednost (Marotti, 2005: 312). Slično, podatak nema smislenu vrednost ako mu se ne da određeno značenje, čime se podatak pretvara u informaciju (Ilić-Popov, 2014: 872–873). Na primer, podatak o tome da Luka Marić ima na dinarskom računu 50.000 dinara je činjenicu o stanju na njegovom računu formalizovao, odnosno prikazao je preko konkretnog novčanog iznosa. Međutim, taj podatak, sam po sebi, ne govori puno. Ali, ako se kaže: „Kompanija Pharmanova je uplatila Luki Mariću na njegov račun u banci autorski honorar u iznosu od 120.000 dinara za izradu studije o upotrebi farmaceutskih proizvoda za kozmetičke svrhe“, podatak je tada pretočen u informaciju. Gledano iz suprotnog ugla, informacija može da bude korisna za saznavanje činjenica.

„Ono što je *bitno* jesu činjenice: o onome što *jeste* i o onome što *je bilo*, i o njihovom *odnosu*“ (Babić, 2005: 48). Činjenice kojima se iskazuje neki događaj, stanje, objekat i dr. koje čovek može svojim čulima da opazi su empirijske (iskustvene) činjenice (npr. na tribinama stadiona tokom fudbalskog derbija bude mnogo navijača).⁴ Međutim, nijedna empirijska činjenica nije isključivo i samo rezultat opažanja, već uključuje

3 Takvo shvatanje odgovara Aristotelovoj teoriji korespondencije (klasična teorija istine) iz njegove *Metafizike*, prema kojoj je „istinito reći o onome što jeste da jeste, a o onome što nije da nije. Netačno je reći o onome što jeste da nije ili o onome što nije da jeste.“ Ta teorija određuje šta je istina, ali ne i kako se do istine dolazi. Kad je neka činjenica očigledna (npr. koje je rase neki čovek) teorija korespondencije je prihvatljiva za određivanje istine. Međutim, to se ne bi moglo reći za činjenice čija se istinitost ne može utvrditi jednostavnim čulnim opažanjem.

4 Struktura naučnog znanja. Slajd 3. Preuzeto 25. 4. 2023. <http://www.ef.uns.ac.rs/predmeti/mas/metodologija-naucno-istravackog-rada/04-struktura-naucnog-znanja-cinjenice-zakoni-i-teorije.pdf>

i određena teorijska znanja i zato bi se moglo reći da su činjenice „pretežno empirijske“ ili „pretežno teorijske“.⁵

Činjenice koje se uzimaju „kao takve“ su opštepoznate ili notorne činjenice (lat. *notorious*) i one nisu predmet dokazivanja⁶ budući da vrlo širok krug ljudi ima (ili može da ima) pouzdano saznanje o njima. Na primer, Mars je planeta, a Sunce je zvezda; Dunav je druga reka po dužini u Evropi; Mont Everest je najviši planinski vrh na Zemlji itd. Ne bi bilo racionalno – u pogledu utroška vremena i resursa – da se dokazuje ono što je opštepoznato, jer bi se dokazivanjem došlo do početnog istog znanja o (tom) nečemu, što je „zahvaljujući svojoj notornosti već poznato i tako utvrđeno“ (Dika, 2017: 10). Još je Aristotel tvrdio da ne samo da bi nerazuman nego i apsurdan bio zahtev da sve što se odnosi na čovekovu umnu spoznaju treba dokazivati. „Takav bi zahtev otvorio vrata beskonačnom nizanju i potraživanju argumenata – što znači da nikad ne bismo imali pravo utemeljeno ni dokazano ... *Anagke stenai!* – Kad-tad treba stati.“ (Horvat, Gavrić, 2014: fn. 5).

Pojam opštepoznatih činjenica nije zakonom definisan i zbog toga je teško zaključiti da li su očigledne činjenice njima sinonimni pojam ili pak poseban pojam. Prema našem mišljenju, između opštepoznatih činjenica i očiglednih činjenica postoji određena razlika. Očigledne činjenice podrazumevaju nešto što je svima čulno vidljivo (npr. požar, erupcija vulkana i dr.). Kod opštepoznatih činjenica postoji tzv. „interpersonalni *consensus*“.⁷ Objektivnost sagledavanja, na primer, opštepoznate činjenice da „magnet privlači gvožđe“ ogleda se u tome što pojedinac koji je to zapazio (odnosno sam se u to uverio) saopštava (daje izjavu) drugome. „Doživljaji svih tih pojedinaca su nekako uzajamno jednaki“ (Marotti, 2005: 312). U podudarnosti njihovih izjava pokazuje se „interpersonalnost“.

Mogućnost saznavanja raznih činjenica je značajno povećana u savremenom informatičkom dobu. Te činjenice bi se mogle označiti kao opštedostupne činjenice. Smatramo da se one ne mogu poistovetiti sa opštepoznatim činjenicama. Opšta dostupnost činjenica o različitim događajima iz prošlosti i sadašnjosti, ličnostima i dr. se mnogo brže, lakše i jednostavnije obezbeđuje zahvaljujući internetu. Međutim, na taj način saznate činjenice ne mogu se smatrati pouzdanim dok se ne

5 *Ibid.*, slajd 4

6 *Notoria non egent probatione* – Notorne (opštepoznate) činjenice ne treba dokazivati.

7 To je mišljenje hrvatskog filozofa i leksikografa Kruna Krstića, a koje citira Maroti. Vid. B. Marotti, 311.

provere. Na primer, ako poreski inspektor pretragama po internetu ili iz javnih medija sazna činjenicu o određenom licu ne može je automatski kvalifikovati kao opštepoznatu činjenicu koju ne treba dokazivati. On tada ima samo lično (sa)znanje o određenoj činjenici te da bi mogao da je uzme u obzir prilikom rešavanja poreske stvari mora prethodno proveriti njenu verodostojnost. Opštedostupne činjenice se, za razliku od opštepoznatih činjenica, ne mogu smatrati notornim ili nepobitnim činjenicama.

Postojanje više činjenica vezanih za isti predmet ili događaj može da se označi kao činjenično stanje,⁸ koje označava skup činjenica koje je nadležni organ koji vodi postupak utvrdio radi rešavanja konkretne pravne stvari.

Činjenice se pominju i u frazeološkom smislu (u kolokvijalnom razgovoru, u izlaganju i dr.). Na primer, „Prekini samo da pričaš, iznesi činjenice“, „Činjenica je da u svakom ratu ima puno žrtava na obe zaraćene strane“ itd.

3. Načelo istine u opštem upravnom postupku

Utvrđivanje činjenica u postupku, sudskom i upravnom, podrazumeva utvrđivanje objektivnog stanja, odnosno u najširem smislu, utvrđivanje istine. Ne postoji opšta saglasnost o definiciji pojma istine, ali se u doktrini mogu naći različita shvatanja. Mi se nećemo baviti pojmom istine sa filozofskog aspekta, ali ćemo ukazati na to da, prema Aristotelovoj teoriji korespondencije, činjenice moraju da odgovaraju (korespondiraju) objektivnoj stvarnosti da bi se smatrale istinitim. *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, odnosno istina je podudaranje stvari i misli, kako je još sredinom 13. veka Toma Akvinski (*T. Aquinas*) definisao istinu (Horvat, Gavrić, 2014: 12, 14). Jednom rečju, istina označava saglasje sa činjenicama ili stvarnošću (*Merriam-Webster's Online Dictionary*, 2005).

Da li je cilj navedenih postupaka utvrditi materijalnu istinu (eng. *sub-stantive truth*), formalnu istinu (eng. *procedural truth*) ili je pak cilj doći do istine, nezavisno od atributa koji bi joj se dodali uz naziv? (Nuhodžić, 2019: 123). Ima mišljenja da je svaka istina na neki način „materijalna“ te bi „riječ istina trebala biti dovoljna“.⁹ Materijalna (objektivna ili

8 Nekad se termin „činjenično stanje“ (pogrešno) koristi kao sinonim za (pojedinačnu) činjenicu.

9 G. Tomašević, *Kazneno procesno pravo*, Split 2011, 217. Citirano prema: H. Sijerčić-Čolić, fn. 64

стварna) istina se zasniva na stvarnom činjeničnom stanju koje objektivno odražava konkretan događaj iz prošlosti. Formalna (zakonska, procesna) istina je unapred određena formalnim ili zakonskim pravilima (Sijer- čić-Čolić, 2012: 187). Iako se do formalne istine brže dolazi, materijalna istina obezbeđuje da odluka organa u postupku bude zakonita i legitimna.

U tom smislu, upravnopravni autori su stava da je u upravnom postupku prihvaćeno načelo utvrđivanja materijalne istine. Tako, na primer, Babac shvata načelo materijalne istine preko zahteva „da se utvrde sve okolnosti koje su važne za to da se donese rješenje koje udovoljava visokim zahtjevima zakonitosti i pravilnosti“.¹⁰ Prema Tomiću, Milovanoviću i Cuciću, „ovo načelo sastoji se u zahtevu da se u postupku, naročito onom koji prethodi donošenju rešenja, ustanovi objektivna, tj. stvarna istina – pravo stanje stvari. Da bi se to postiglo, neophodno je da se *tačno utvrde sve pravno relevantne činjenice*“ (Tomić, Milovanović, Cucić: 31). Savremeni autori načelo materijalne istine (Ljubanović, 2019: 665)¹¹ ne shvataju u smislu klasične filozofske (Aristotelove) teorije istine, već opravdanost i prihvatljivost tog načela vide „... u značenju metode ili načina prikupljanja procesne građe i utvrđivanja činjeničnog stanja koje se shvaća kao činjenično stanje na kojem je legitimno utemeljiti odluku procesnog tijela“ (Ljubanović, 2019: 664). Birkmajer (*Birkmeyer*) smatra da „zakon ne sme svojim pravilima da onemogući utvrđivanje materijalne istine, već organu koji vodi postupak propisi treba da osiguraju put bez prepreka do saznanja istine.“¹² Triva je, polazeći od Bajerove (*Bayer*) definicije,¹³ načelo materijalne istine definisao kao „način postupanja iz kojega su isključene (negirane) sve štetne forme koje bi se inače, iz bilo kojeg razloga, nametale“.¹⁴

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

11 Ljubanović govori o „načelu traženja materijalne istine“, stavljajući time naglasak na metode, načine i aktivnosti kojima se dolazi do istine kod utvrđivanja činjeničnog stanja u upravnom postupku.

12 K. von Birkmeyer, *Deutsches Strafprozeßrecht*, H. W. Müller, Berlin 1898, 81. Navedeno prema: B. Ljubanović, 663.

13 Budući da organ koji vodi postupak mora da poštuje sva pravila i forme predviđene zakonom, Bayer smatra da isključivo od zakonodavca zavisi da li će zakonom biti propisane forme koje bi mogle da ugroze ili onemoguće utvrđivanje materijalne istine. V. Bayer, *Kazneno procesno pravo: odabrana poglavlja, Knj. I: Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb 1995, 116. Navedeno prema: B. Ljubanović, 663.

14 S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2004, 162. Navedeno prema: B. Ljubanović, 663.

U upravnom postupku treba utvrditi sve činjenice i okolnosti koje su bitne za zakonito i pravilno rešavanje upravne stvari.¹⁵ Ljubanović smatra da načelo utvrđivanja materijalne istine, da bi ostvarilo svoju svrhu, mora da (ko)egzistira s ostalim opštim procesnim načelima i predlaže modifikaciju postojeće formulacije navedene odredbe čl. 8 hrvatskog ZUP-a¹⁶ tako da glasi: „U postupku se moraju pravilno (istinito) i potpuno utvrditi činjenice koje su važne za zakonito rešavanje upravne stvari“ (Ljubanović, 2019: 665). Slažemo se sa Ljubanovićem predlogom jer da bi upravna stvar (u bilo kojoj upravnoj oblasti, uključujući poresku) mogla da bude rešena u skladu sa zakonom, neophodno je da prethodno činjenice (koje grade činjenično stanje) budu istinito i potpuno utvrđene. Samo tačno, objektivno i obuhvatno utvrđeno činjenično stanje može da spreči diskreciona odlučivanja i obezbedi delotvoran postupak. Srpski ZUP sadrži upravo takvu odredbu: „Organ je dužan da pravilno, istinito i potpuno utvrdi sve činjenice i okolnosti koje su od značaja za zakonito i pravilno postupanje u upravnoj stvari.“¹⁷ Zakonodavac je utvrđivanje istine u upravnom postupku „vezao“ za slobodu dokaza, odnosno slobodnu ocenu dokaza. I u nemačkom Zakonu o upravnom postupku oslonac je na načelu materijalne istine: „Organ utvrđuje činjenice slučaja *ex officio*. On određuje način i opseg ispitivanja i nije vezan podnescima i predlozima stranaka u prikupljanju dokaza. Organ uzima u obzir sve okolnosti koje su od značaja za pojedinačni slučaj te koristi dokaze koje smatra, po svom najboljem nahođenju, neophodnim za utvrđivanje činjenica slučaja.“¹⁸

Nije nam, međutim, jasan razlog zbog čega se u opštim *upravnim* zakonima, osim utvrđivanja činjenica, pominju i okolnosti.¹⁹ Veznik „i“ u zakonskim odredbama („... sve činjenice i okolnosti ...“) dodatno ukazuje da ih zakonodavac nije koristio kao sinonime. Pojam „okolnost“ se u pravnom smislu, pre svega, vezuje za krivični postupak, u kojem se ukazuje na olakšavajuću okolnost (koja ublažava stepen krivice), odnosno otežavajuću okolnost (koja uvećava stepen krivice okrivljenog) (*Rečnik srpskoga jezika*, 2011: 854). Srpski *poreski* zakonodavac je, prema našem

15 Čl. 8 Zakona o općem upravnom postupku – hrvatski ZUP, *Narodne novine*, 47/09 i 110/21

16 U hrvatskom ZUP-u precizirano je da je reč o materijalnoj istini, što potvrđuje naziv načela.

17 Čl. 10 Zakona o opštem upravnom postupku – ZUP, *Sl. glasnik RS*, 18/16 i 95/18

18 Čl. 24 i 26 *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Preuzeto 15. 5. 2023. <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>

19 Npr. čl. 11 i 12 Zakona o upravnom postupku, *Sl. list Crne Gore*, 56/14, 20/15, 40/16 i 37/17; Čl. 123, st. 1 Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srpske, *Sl. glasnik Republike Srpske*, 13/02, 87/07, 50/10 i 66/18

mišljenju, u tom smislu precizniji jer institut utvrđivanja poreza vezuje samo za činjenice, a ne i okolnosti.²⁰

4. Odnos između opšteg upravnog postupka i poreskog postupka

Da bi se razumeo odnos između upravnog postupka i poreskog postupka potrebno je prvo sagledati odnos i međusobnu povezanost upravnog prava i poreskog prava. Iako ima autora (npr. Rastelo (*L. Rastello*), Đanini (*A. D. Giannini*) i dr.) koji zastupaju gledište da poresko pravo čini samo deo upravnog prava te da nema samostalnost, čvrsti razlozi govore u prilog tome da je poresko pravo posebna grana javnog prava koja je autonomna u odnosu na upravno pravo (Liccardo, 1962: 51–60; Popović, 2020: 28–31). Naime, glavni cilj poreskopravnog odnosa je da se državi obezbede javni prihodi za finansiranje javnih rashoda i ostvarivanje ustavnih funkcija. Iako se on primarno postiže preko obaveze davanja, tj. plaćanjem poreza i drugih fiskalnih dažbina, taj cilj se takođe ostvaruje ispunjenjem obaveza formalne (upravnopravne) prirode kojima se poreskim obveznicima nalaže da pomognu (u smislu saradnje) poreskom organu kod utvrđivanja i naplate poreza. Poreskopravni odnos, otuda, ima i svoju upravnu stranu, koja podrazumeva rešavanje poreske upravne stvari, odnosno korigovanje postojećeg pravnog odnosa ako se upravno-kontrolnim radom uoče određene nezakovitosti i/ili nepravilnosti. Međutim, prilikom određivanja prirode poreskopravnog odnosa imovinska komponenta preteže nad upravnom komponentom te upravo imovinski element ukazuje na posebnost poreskog prava. Ali, ne samo da postoji vrlo bliska veza između poreskog i upravnog prava nego se može opravdano zaključiti da se poresko pravo, kao posebna grana prava, razvilo iz upravnog prava.

S obzirom na povezanost poreskog i upravnog prava, kao i na to da je poreski postupak poseban upravni postupak, poreski postupak se sprovodi po načelima i u skladu sa odredbama ZUP-a ako ZPPPA nije drukčije propisao.²¹ ZUP, dakle, ima supsidijarnu primenu u svim onim pitanjima koja nisu uređena posebnim (u konkretnom slučaju, poreskim) zakonom. Ukoliko je, pak, ZUP-om pitanje iz oblasti koju uređuje ZPPPA uređeno na drukčiji način primenjuje se ZPPPA.²² Međutim, budući da se ZUP primenjuje na postupanja u svim upravnim stvarima, a da se pojedina pitanja upravnog postupka mogu posebnim zakonom urediti samo ukoliko

20 Čl. 43, st. 1 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, *Sl. glasnik RS*, 80/02, ..., 138/22

21 Čl. 3, st. 2 ZPPPA

22 Čl. 3, st. 1 ZPPPA

je to u pojedinim upravnim oblastima neophodno, ako je u saglasnosti s osnovnim načelima određenim ZUP-om i ukoliko time nije smanjen nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajemčenih ZUP-om,²³ Ustavni sud bi mogao da se pozove na „jedinstvo pravnog poretka“²⁴ i poništi odredbu ZPPPA za koju bi ustanovio da nije u skladu sa čl. 3 ZUP-a. Otuda zaključujemo da za poreski postupak, pored posebnih načela predviđenih ZPPPA-om,²⁵ važe i načela na kojima je zasnovan upravni postupak, uključujući i načelo utvrđivanja materijalne istine i slobodnu ocenu dokaza, koje ZPPPA ne predviđa kao posebna načela poreskog postupka.

5. Način utvrđivanja činjenica u poreskom postupku

5.1. Činjenice koje se utvrđuju u upravnom postupku uopšte

Utvrđivanje svih bitnih i pravno relevantnih, odnosno odlučnih (Živković, 1982: fn. 7; Popović, 2020: 269–279)²⁶ činjenica je nužna pretpostavka za primenu materijalnih zakona. Stranka je dužna da činjenično stanje na kojem temelji svoj zahtev iznese tačno, potpuno i određeno, kao i da za svaku odlučnu činjenicu (izuzev opštepoznate) predloži, odnosno podnese odgovarajuće dokaze.²⁷ Sem toga, poseban značaj kod odlučivanja o upravnoj stvari imaju podaci o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija, do kojih nadležan organ dolazi po službenoj dužnosti.²⁸ Takođe, opštepoznate činjenice ili činjenice koje su poznate organu upotpunjuju činjenično stanje.²⁹ Budući da nijednim propisom nije određeno koje činjenice se smatraju opštepoznatim niti postoji „registar notornih činjenica“ (Dika, 2017: 14), stranka može da tvrdi da neka činjenica nije notorna (Dika, 2017: 5–7)³⁰ ili da je organ

23 Čl. 3 ZUP

24 Čl. 4, st. 1 Ustava Republike Srbije – Ustav RS, *Sl. glasnik RS*, 98/06, 115/21

25 Čl. 4–9 ZPPPA

26 Odlučne su one činjenice koje su od značaja za rešavanje predmeta upravne stvari, odnosno za donošenje zakonitog i pravilnog rešenja. Odlučne činjenice nisu isto što i odlučujuće činjenice. U međunarodnom poreskom pravu odlučujuće činjenice (državljanstvo, rezidentstvo i izvor dohotka ili imovine) sadržane su u kolizionim normama kojima se utvrđuje merodavno poresko pravo za konkretan slučaj.

27 Čl. 102, st. 3 i 4 ZUP

28 Čl. 9, st. 3 ZUP. Upor.: čl. 105, st. 2 crnogorskog ZUP

29 Čl. 104, st. 1, tač. 1 ZUP

30 Dika, Juhart i dr. ukazuju na razliku između opšte notornosti (u smislu opštepoznatih činjenica koje su poznate najširem krugu ljudi) i sudske notornosti, koja podrazumeva činjenice za koje je sud saznao iz nekog drugog službenog postupanja

trebalo drukčije da je shvati. Opštepoznate činjenice se, da ponovimo, ne dokazuju³¹ pošto bi, u suprotnom, priroda notornosti bila dovedena u pitanje. Sve dok je organ uveren u svojstvo notornosti određene činjenice te da ne postoje opravdani razlozi koji bi ga naveli da posumnja da činjenica o kojoj je reč ipak nije notorna ili da ne postoji onako kako je to opšteprihvaćeno (Dika, 2017: 14), on ne treba, smatramo čak i ne sme, da se upušta u dokazivanje notornosti jer bi to dovelo do odugovlačenja postupka i nepotrebnog povećanja troškova. Neki autori su mišljenja da sud „po slobodnoj ocjeni odlučuje o tomu treba li neku činjenicu smatrati opće- poznatom“ (Dika, 2017: 6). To bi se podjednako moglo odnositi i na organ uprave, ukoliko se zanemari primedba na račun odugovlačenja postupka.

5.2. Specifičnost utvrđivanja činjenica u poreskom postupku

Veći broj načela, a naročito princip zakonitosti³² i princip jedna- kosti³³ određuju način na koji poreski organ treba da postupa kod utvrđivanja i naplate poreza. Nemački Zakon o javnim приходима sazeo je te zahteve formulacijom da „poreski organi utvrđuju i naplaćuju poreze na jednoobrazan način u skladu sa važećim zakonima“.³⁴ Zahtev jednakog postupanja prema poreskim obveznicima u istim ili sličnim poreskim situacijama suočava se, međutim, sa realnošću u kojoj se odvijaju poreski postupci. Naime, Poreska uprava je po svojoj prirodi „masovna uprava“ (nem. *Massenverwaltung*) (Seer, 2010: 369) jer sprovodi veliki broj postupaka, koji se najčešće periodično ponavljaju.³⁵ „Ako bi poreski organi bili prinuđeni da svaki poreski slučaj detaljno ispituju u pogledu poreskih posledica ostvarenih prema zakonu, mogli bi da se egzaktno bave samo

(npr. iz javnih registara, službenih evidencija, spisa o drugom predmetu o kojem se vodi drugi postupak itd.). J. Juhart, *Civilno procesno pravo FLRJ*, Univerzitetna založba, Ljubljana 1961, 357 (Navedeno prema: M. Dika, fn. 12)

Imajući u vidu ta dva tipa notornosti, zaključujemo da bi „činjenice koje su poznate organu“ na osnovu kojih organ odlučuje o upravnoj stvari mogle u srpskom upravnom pravu da se označe kao „upravna notornost“ (npr. činjenica o površini određene nepokretnosti koju je poreski upravni organ saznao iz katastra nepokretnosti može da se smatra upravno notornom činjenicom, koju će Poreska uprava uzeti u obzir prilikom utvrđivanja poreza na imovinu).

31 Čl. 116, st. 3 ZUP

32 Čl. 4 ZPPPA (koji svoje utemeljenje ima u čl. 91, st. 1 Ustava RS)

33 Čl. 21 Ustava RS

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

35 Velika većina poreza su periodični porezi, koje plaća vrlo veliki broj poreskih obveznika u većem broju poreskih perioda, pri čemu je činjenično stanje najčešće vrlo slično (osim npr. poreske osnovice).

nekim predmetima, ali u većini drugih predmeta ne i materijalnim poreskim pravom“ (Seer, 2010: 369). „Ograničeni resursi uprave znače da najveće moguće ostvarenje zakonitosti u pojedinačnom slučaju više ne koincidira sa najvećim mogućim ostvarenjem zakonitosti u ukupnom izvršenju svih pojedinačnih slučajeva“ (Seer, 2008: 11).

U doktrini se skreće pažnja na to da materijalna poreskoppravna norma treba da je formulisana tako da – ne zahtevajući nesrazmerne administrativne troškove poreskih organa, ni nesrazmerne troškove ispunjavanja poreske obaveze kod obveznika – obezbedi jednaku primenu u poreskim postupcima koji se odnose na iste ili slične poreske situacije. Materijalni poreski propis mora i normativno da bude oblikovan tako da može uopšte da bude izvršen. U suprotnom, ostaje samo „zakon na papiru“ (Seer, 2008: 8). Prema Radbruchovom (*G. Radbruch*) mišljenju, „pravna odredba je validna samo ako se na nju može računati u pretežnoj većini slučajeva“ (Radbruch, 1910: 12). Ukoliko pravna norma nalaže nešto što je faktički nemoguće, mora joj se uskratiti pravna valjanost zbog nedostatka društvene efektivnosti (Tipke, 2004: 3).

Imajući u vidu da su u Srbiji „pred Ustavom i zakonom svi ... jednaki“³⁶ i da se svakome „jemči ... jednaka zaštita prava pred sudovima i drugim državnim organima, imaoćima javnih ovlašćenja i organima autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave“,³⁷ zaključujemo da za poreske organe – iako u ZPPPA nije izričito formulisano – mora da važi pravilo da poreze i druge javne dažbine treba da utvrđuju i naplaćuju *na jednak način*, u skladu sa zakonom. Navešćemo, međutim, zahtev iz jedne odluke nemačkog Ustavnog suda, prema kojem „normativnoj jednakosti mora da odgovara strukturalna jednakost u primeni“.³⁸ Efekti ustavnog principa jednakosti pred zakonom³⁹ su navedenom odlukom preneti na teren izvršenja poreske obaveze tako što se od zakonodavca zahteva da obezbedi ne samo usklađenost materijalno-pravnih normi iz pojedinačnih poreskih zakona sa principom jednakosti nego i njihovu „ugrađenost“ u normativno okruženje, koje garantuje jednakost „poreskog ishoda“, odnosno naplate poreza. Ukoliko je utvrđivanje poreza zasnovano na činjenicama koje je poreski obveznik naveo u poreskoj prijavi, jednakost u oporezivanju nalaže njihovu proveru u poreskom postupku. Teza da je materijalni

36 Čl. 21, st. 1 Ustava RS

37 Čl. 36, st. 1 Ustava RS

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

39 Čl. 3, st. 1 Ustava SR Nemačke (*Grundgesetz*)

poreski zakon dobar koliko i njegovo izvršenje treba da bude dopunjena recipročnom tezom: Materijalna poreska norma mora da bude formulisana tako da se može izvršiti na jednak (otuda i pravičan) način prema svim obveznicima (Seer, 2010: 370).

Poreski organ treba, dakle, da obezbedi suptilnu ravnotežu između tri principa ustavnopravnog karaktera: zakonodavne jednakosti, jednakosti u primeni prava i garantije osnovnih prava poreskih obveznika. Time dolazimo do pitanja standarda dokazivanja u poreskom postupku. Standard dokazivanja definiše zahtev u pogledu stepena izvesnosti razjašnjenja činjeničnog stanja.⁴⁰ On se odnosi na stepen izvesnosti ili verovatnoće sa kojim se činjenice moraju utvrditi (nakon što se razjasni činjenično stanje, uključujući ocenu dokaza) da bi se mogle podvesti pod zakonski opis činjeničnog stanja iz kojeg, kao pravna posledica, nastaje poreska obaveza.

U srpskom poreskom (procesnom) pravu predviđeno je da se činjenice u poreskom postupku utvrđuju na osnovu dokaza, pri čemu se kao dokaz mogu upotrebiti poreska prijava, poreski bilans, poslovne knjige i evidencije, računovodstveni iskazi, poslovna dokumentacija i druge isprave i informacije kojima raspolaže Poreska uprava, prikupljene od poreskog obveznika ili trećih lica, iskaz svedoka, nalaz veštaka, uviđaj i svako drugo sredstvo kojim se činjenice mogu utvrditi.⁴¹ Međutim, u ZPPPA (kao ni u nemačkom *Abgabenordnung*-u (Seer, 2010: 370)) nema odredbe koja uređuje standard dokazivanja.

Čl. 10 srpskog ZUP-a, da ponovimo, predviđa da je organ dužan da pravilno, istinito i potpuno utvrdi sve činjenice i okolnosti koje su od značaja za zakonito i pravilno postupanje u upravnoj stvari, te da ovlašćeno službeno lice odlučuje po svom uverenju koje činjenice uzima kao dokazane, na osnovu savesne i brižljive ocene svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, kao i na osnovu rezultata celokupnog postupka. „Činjenice koje su od značaja za postupanje u upravnoj stvari utvrđuju se ... dokazima“, ali (izuzetno) „o upravnoj stvari može da se odluči na osnovu činjenica koje nisu potpuno utvrđene ili koje se dokazima samo

40 „Količina dokaza neophodnih da bi se dokazali neka tvrdnja ili zahtev u postupku.“ Preuzeto 25. 5. 2023. <https://barprephero.com/legal-terms/evidence/standard-of-proof/>

41 Čl. 43 ZPPPA. Ali, „propust prvostepenog organa da u postupku prethodne kontrole izvrši proveru tačnosti, potpunosti i usklađenosti sa zakonom, odnosno drugim propisom podataka iskazanih u poreskoj prijavi ... ne može se smatrati razlogom za ponavljanje postupka“. Upor. Presuda Upravnog suda, Odeljenje u Nišu, br. II-4, U. 16469/12, od 22. 8. 2013. godine.

posredno utvrđuju (činjenice koje su učinjene verovatnim), ako je to zakonom određeno“.⁴²

U nemačkoj doktrini su pojedini autori, među kojima Tipke i Lang, osporili standard dokazivanja u vidu „potpune uverenosti“ (nem. *volle Überzeugung*) kao „krhku dogmu“ (Tipke, Lang, 2005: 879). Potpuna uverenost (tzv. „stopostotna doktrina“) podrazumeva da u poreskom postupku standard dokazivanja treba da odgovara onome koji se primenjuje u postupku pred sudom, tj. da bi činjenice trebalo smatrati dokazanim tek kad su utvrđene sa verovatnoćom koja se graniči sa izvesnošću.⁴³ Međutim, u poreskim postupcima u kojima se svake godine donose stotine hiljada poreskih upravnih akata takav standard se ne može postići. Službeno lice u poreskoj administraciji susreće se sa toliko činjenica relevantnih za oporezivanje da nije moguće da bude 100% ubeđeno u njihovu istinitost. Ako bi se u poreskom postupku insistiralo na tom standardu dokazivanja, poreski inspektor bi mogao precizno da ga primeni samo na manjem broju slučajeva. S druge strane, takav standard mogao bi da se tretira jedino kao standardno uputstvo o tome kako treba postupati, a ne kao obavezujući propis. Međutim, Zer (*R. Seer*) s pravom konstatuje da obe alternative ne mogu da se usklade sa fundamentalnim principima zakonitosti i jednakosti kod oporezivanja (Seer, 2010: 370).

Realnost masovnosti poreskog postupka nalaže da se „zahtev za najpotpunije moguće ostvarenje zakonitosti u pojedinačnom slučaju zameni zahtevom za što je moguće potpunije ostvarenje zakonitosti u sveukupnom izvršenju (tj. u zbiru svih pojedinačnih slučajeva)“ (Seer, 2010: 370). Poreski organ u toj realnosti može da sprovodi svoja kontrolna ovlašćenja samo posredstvom mehanizma upravljanja rizikom, koji će ga usmeriti ka slučajevima u kojima (može da) posumnja u tačnost i potpunost podataka koje je pružio poreski obveznik te da zato pokrene postupak kontrole.⁴⁴ Upravljanje rizikom je neophodan instrument u rukama poreskog organa jer mu omogućuje da proceni rizike koje predstavljaju obveznici ili grupe obveznika i da zatim na odgovarajući način usmeri resurse, odnosno odredi na koje obveznike će se fokusirati, a koje neće kontrolisati

42 Čl. 116, st. 1 i 5 ZUP

43 O pretežnom stavu u nemačkoj doktrini da u parničnom postupku sudija sme da se zadovolji jednim za praktični život upotrebljivim stepenom sigurnosti koji otklanja sumnje, ne isključujući ih potpuno, upor. M. Dika, „O standardima utvrđenosti činjenica u parničnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/1991, 7.

44 Sve dok upravljanje rizikom koje sprovodi Poreska uprava ne pokaže da postoji opravdana sumnja u verodostojnost činjenica koje dostavlja poreski obveznik, on će uživati korist od sumnje (eng. *benefit of doubt*).

(OECD, 2008: 23). Ukoliko poreski obveznik ospori rešenje poreskog organa, ni tada ne bi trebalo statički primenjivati standard potpune uverenosti nego „standard dokazivanja koji je zasnovan na respektivnim sferama odgovornosti poreskog organa i poreskog obveznika“ (Seer, 2010: 371).

U srpskom poreskom pravu propisano je da teret dokaza snosi Poreska uprava – za činjenice na kojima se zasniva postojanje poreske obaveze, odnosno poreski obveznik – za činjenice od uticaja na smanjenje ili ukidanje poreza.⁴⁵ Sumnja koja proistekne zbog obveznikovog uskraćivanja informacija Poreskoj upravi, odnosno nedostavljanja dokaza može biti na njegovu štetu u postupku utvrđivanja poreske obaveze. Prevedeno na teren standarda dokazivanja, mogle bi se razlikovati dve situacije (Seer, 2010: 371):

Za činjenice koje opravdavaju postojanje poreske obaveze ili je povećavaju:

(a) ako je do nedostatka činjeničnog razjašnjenja došlo zbog povrede obaveze saradnje poreskog obveznika u poreskom postupku, standard dokazivanja (koje pada na teret Poreske uprave) bi se spustio do najveće moguće verovatnoće, u skladu sa povredom obaveze;

(b) ako do nedostatka činjeničnog razjašnjenja nije došlo zbog povrede obaveze saradnje poreskog obveznika u poreskom postupku, standard dokazivanja (koji primenjuje Poreska uprava) bi ostao na verovatnoći koja se graniči s izvesnošću.

Za činjenice koje oslobađaju od plaćanja poreza ili smanjuju poresku obavezu:

(a) ako je do nedostatka činjeničnog razjašnjenja došlo zbog povrede obaveze saradnje poreskog obveznika u poreskom postupku, važio bi (za poreskog obveznika) regularni standard dokazivanja u vidu verovatnoće koja se graniči s izvesnošću, kako se ne bi favorizovalo „kvarenje dokaza“;

(b) ako do nedostatka činjeničnog razjašnjenja nije došlo zbog povrede obaveze saradnje poreskog obveznika u poreskom postupku, standard dokazivanja (koje pada na teret poreskog obveznika) bi se morao spustiti do najveće moguće verovatnoće.

U tako složenom razgraničenju „sfera odgovornosti poreskog organa i poreskog obveznika“ može se zaključiti da je načelo istrage (utvrđivanja istine) dvostruko ograničeno. S jedne strane, načelo proporcionalnosti ne dopušta prekomernost koja bi ugrozila slobodu čoveka i građanina:

45 Čl. 51 ZPPPA

poreski organ može da ograniči pravo poreskog obveznika ili da utiče na njegov pravni interes samo postupanjem koje je neophodno da se njime ostvari svrha propisa i samo ako ta svrha ne može da se ostvari drukčijim postupanjem kojim bi se manje ograničavala prava ili u manjoj meri uticalo na pravni interes obveznika.⁴⁶ To praktično znači da načelo istrage ne nalaže poreskom organu da svaki pojedinačni poreski predmet rešava na način sudije koji presuđuje u parnici, a napred navedeni ustavni principi zakonitosti i jednakosti podrivaju obaveznost „stopostotne doktrine“. S druge strane, zabranom potcenjivanja (nem. *Untermaßverbot*) (Seer, 2010: 371) štite se osnovna prava svih ostalih poreskih obveznika, jer bi ustavno načelo jednakosti i iz njega proistekao poreskopравни принцип horizontalne pravičnosti⁴⁷ bili narušeni ukoliko bi Poreska uprava pokazivala nerazumnu (nesrazmernu) uzdržanost u primeni poreskog zakona prema pojedinom obvezniku ili određenom krugu obveznika. Poreski organi treba da sprovode kontrolu kako bi sprečili da porezi budu prijavljeni u manjem iznosu ili pogrešno naplaćeni, odnosno da se povraćaji poreza i poreske olakšice odobravaju ili, pak, uskraćuju pogrešno.⁴⁸ Na taj način se obezbeđuje zakonitost u celokupnoj primeni, čime se strukturalno, na efikasan način, suzbija rizik od izbegavanja plaćanja poreza.

5.3. Promena paradigme – sporazumi između Poreske uprave i poreskog obveznika

Osnovni (standardni) poreski upravni odnos između Poreske uprave i poreskog obveznika podrazumeva da je, u okviru zakonom propisanih obaveza saradnje,⁴⁹ poreski obveznik dužan da podnosi poresku prijavu u kojoj dostavlja podatke od značaja za utvrđivanje poreske osnovice, a u slučaju samooporezivanja i podatak o obračunatom porezu. Od obveznika se, po pravilu, ne zahteva da objašnjava na koji način je stekao dohodak. Poreski organ može, međutim, da u postupku utvrđivanja i provere činjenica ispituje obveznika o podacima koje je naveo u poreskoj prijavi (Ilić Popov, 2021: 363–376),⁵⁰ prikuplja dodatne informacije, ispravlja

46 Upor. čl. 6, st. 1 ZUP

47 Horizontalna pravičnost nalaže da lica s istom ekonomskom snagom treba da plate isti iznos poreza.

48 Čl. 85 *Abgabenordnung*; Čl. 1, st. 1 ZPPPA

49 Čl. 10, st. 1, tač. 2 ZPPPA

50 Npr. kod utvrđivanja posebnog poreza na uvećanje imovine za koju fizičko lice ne može da dokaže da je stekao na zakonit način. Zakon o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu, *Sl. glasnik RS*, 18/20 i 18/21

obračunati iznos dugovanog poreza i dr. Osnovni poreski upravni odnos je, dakle, zasnovan na zakonom uvedenim obavezama i većina poreskih obveznika neće imati podsticaje da u iznošenju činjenica prekorače najniže postavljenu lestvicu zahteva za obelodanjivanje, posebno onih činjenica koje su vezane za neizvesnost i rizike (OECD, 2008: 40).

OECD je uveo koncept „ispunjavanje obaveza u saradnji“ (eng. *co-operative compliance*),⁵¹ koji ukazuje ne samo na saradnju poreskih obveznika i poreske administracije, zasnovanu na međusobnom razumevanju, nepristrasnosti, poštovanju srazmernosti, uvažavanju komercijalnog aspekta poslovanja obveznika i obelodanjivanju relevantnih činjenica, nego i da je cilj, u okviru strategije upravljanja rizikom koju sprovodi poreski organ, ispunjavanje obaveza koje vodi blagovremenom plaćanju tačnog iznosa poreza, koji je utvrđen na osnovu verodostojnih činjenica od značaja za oporezivanje (OECD, 2013: 16).

Ispunjavanje obaveza u saradnji poreskog organa i poreskog obveznika, prema našem mišljenju, naročito dolazi do izražaja u domenu transfernih cena. Pošto se u praksi pokazuje da standardna (uobičajena) kontrola u postupcima koji se tiču cenovnih aranžmana među povezanim licima (najčešće članicama multinacionalne grupe kompanija) nije dovoljno efikasna – kako sa stanovišta visokih troškova (vremena i resursa), tako i u pogledu ostvarenih rezultata – počeli su se razvijati kooperativni modeli ispunjavanja obaveza u vezi sa transfernim cenama, među kojima se posebno izdvaja prethodni sporazum o cenama. Reč je o sporazumu koji utvrđuje, pre nastanka kontrolisanih transakcija, odgovarajući skup kriterijuma (npr. metod „van dohvata ruke“, uporedive parametre i prateća adekvatna usklađivanja i dr.) na osnovu kojih se za navedene transakcije za određeni period primenjuju pravila o transfernim cenama te se njime dopunjuju tradicionalni administrativni i sudski mehanizmi i mehanizmi međunarodnih poreskih ugovora (OECD, 2022: 14).

S obzirom na to da se u srpskom pravu i u većini evropskih nacionalnih prava ratifikovani međunarodni ugovor u hijerarhiji opštih pravnih akata nalazi iznad zakona, obaveza iz čl. 25, st. 3 međunarodnog poreskog ugovora (rađenog na osnovu Model konvencije OECD o dohotku i imovini) bi, i u odsustvu norme domaćeg prava koja bi dopuštala zaključivanje sporazuma između poreske uprave i poreskog obveznika, mogla da predstavlja pravni osnov ako je reč o sprečavanju međunarodnog dvostrukog

51 Njemu je prethodio koncept tzv. „unapređenog odnosa“ (eng. *enhanced relationship*), ali se smatralo da njegov naziv može, eventualno, da asocira na određenu nejednakost u tretmanu poreskih obveznika (npr. da poreski organ posebno „unapredi odnos“ sa velikim kompanijama koje su poreski obveznici) (OECD, 2013: 16)

oporezivanja. U literaturi se navodi da se kod prethodnog sporazuma o cenama, kao ni kod prethodnog poreskog mišljenja, ne radi o napuštanju principa zakonitosti poreza nego o postupku kojim se unapređuje pravna sigurnost i smanjuju administrativni troškovi Poreske uprave i troškovi ispunjavanja obaveze (Popović, 2020: 56; Popović, Ilić-Popov, 2020: 7–37). Bilateralnim prethodnim sporazumom o cenama bi se unapred ugovorilo koja od metoda „van dohvata ruke“⁵² će biti primenjena za potrebe poreskog bilansa u konkretnoj transakciji između povezanih lica, sa ciljem da transfernu cenu što vernije prevede na cenu „van dohvata ruke“. Razlozi pravne sigurnosti, transparentnosti i ekonomičnosti imaju i u ovom slučaju prevagu nad zahtevom da se primenjuje standard dokazivanja u vidu verovatnoće koja se graniči s izvesnošću.

6. Zaključak

Poreska uprava je dužna da utvrđuje sve činjenice koje su bitne za donošenje zakonite i pravilne odluke, posvećujući jednaku pažnju činjenicama koje idu u prilog i na štetu poreskom obvezniku. Činjenice moraju da što objektivnije i potpunije odraze poresku situaciju poreskog obveznika. „Put“ do donošenja poreskog rešenja, zasnovanog na pravilnoj primeni materijalnog poreskog zakona, nije uvek brz i jednostavan, ali je bitno da se posredstvom utvrđenih činjenica dođe do materijalne istine, koja će u krajnjem ishodu dovesti do naplate poreza. Pri tome, ne sme se robovati „krhkoj dogmi“ standarda dokazivanja u vidu potpune uverenosti, već je neophodno zahtev za najpotpunije moguće ostvarenje zakonitosti u pojedinačnom slučaju zameniti zahtevom za što je moguće potpunije ostvarenje zakonitosti u sveukupnom izvršenju. Sem toga, ukoliko je poresko rešenje zasnovano na tačnom i potpuno utvrđenom činjeničnom stanju, koje podrazumeva poštovanje zakonitosti i postupanje u dobroj veri obe stranke u poreskom postupku, opravdano je očekivati da će broj žalbi protiv poreskih rešenja, odnosno tužbi Upravnom sudu biti značajno manji, što rad poreskih organa čini delotvornijim, a poreski postupak efikasnijim.

52 Metoda uporedive cene na tržištu, metoda cene koštanja uvećane za uobičajenu bruto maržu, metoda preprodajne cene, metoda transakcione neto marže, metoda podele transakcione dobiti.

Literatura (References)

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

Babić, J. (2005). *Moral i naše vreme*. Beograd: Službeni glasnik.

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

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

Velepeditja. Enciklopedija Veleučilišta u Rijeci. Preuzeto <http://ucka.veleri.hr/wiki/>

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

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

Dika, M. (2017). Općepoznate činjenice u parničnom postupku. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 1(38). 1–19.

Dika, M. (1991). O standardima utvrđenosti činjenica u parničnom postupku. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 1(36). 1–70.

Živković, M. (1982). Primena kolizione norme međunarodnog privatnog prava na pravo države sa nejedinstvenim pravnim područjem. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 22. 473–489.

Zakon o opštem upravnom postupku. *Službeni glasnik RS*. Br. 18/2016 i 95/2018

Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske. *Službeni glasnik Republike Srpske*. Br. 13/2002, 87/2007, 50/2010 i 66/2018

Zakon o općem upravnom postupku. *Narodne novine*. Br. 47/2009 i 110/2021

Zakon o porezu na dohodak građana. *Službeni glasnik RS*. Br. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011, 7/2012, 93/2012, 114/2012, 8/2013, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/2015, 5/2016, 7/2017, 113/2017, 7/2018, 95/2018, 4/2019, 86/2019, 5/2020, 153/2020, 156/2020, 6/2021, 44/2021, 118/2021, 132/2021, 10/2022, 138/2022, 144/2022 i 6/2023

Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji. *Službeni glasnik RS*. Br. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012,

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

Zakon o upravnom postupku. *Službeni list Crne Gore*. Br. 56/2014, 20/2015, 40/2016 i 37/2017

Zakon o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu. *Službeni glasnik RS*. Br. 18/2020 i 18/2021

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

Ilić-Popov, G. (2014). Podaci i informacije u poreskom postupku i pravna sigurnost u Republici Srbiji. U Marković, G. (Ur.). *Vladavina prava i pravna država u regionu*. Istočno Sarajevo: Univerzitet u Istočnom Sarajevu Pravni fakultet. 871–891.

Kvas, K. (2011). *Istina i poetika*. Novi Sad: Akademska knjiga.

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

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

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

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

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

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

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

Popović, D. i Ilić-Popov, G. (2020). Prethodno poresko mišljenje: pledoaje za njegovo preoblikovanje u srpskom poreskom pravu. *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*. 3(68). 7–35.

Presuda Upravnog suda, Odeljenje u Nišu, br. II–4, U. 16469/12, od 22. 8. 2013. godine

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

Rečnik srpskoga jezika. (2011). Novi Sad: Matica srpska.

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

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

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

Struktura naučnog znanja. Slajd 3 i 4. Preuzeto 24. 4. 2023. <http://www.ef.uns.ac.rs/predmeti/mas/metodologija-naucno-istrazivackog-rada/04-struktura-naucnog-znanja-cinjenice-zakoni-i-teorije.pdf>

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

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

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

Tomić, Z. R., Milovanović, D. i Cucić, V. *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*. Preuzeto 10. 5. 2023. <https://dokumen.tips/documents/oe-oe-za-primenu.html?page=31>

Ćosić, P. i saradnici. (2008). *Rečnik sinonima*. Beograd: Kornet. Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 98/2006 i 115/2021

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

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

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

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

FROM FACTS TO TRUTH IN TAX PROCEDURE

Summary

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

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

Tadeusz Zembrzuski, LL.D.,
Full Professor,

Faculty of Law and Administration, University of Warsaw
Republic of Poland

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

UDK: 366.5(4-672EU:438)

Rad primljen: 27.06.2023.

Rad prihvaćen: 28.07.2023.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Separate proceedings as a manifestation of improved consumer protection

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Procedural solutions in cases involving consumers

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Closing Remarks

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

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

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

14 See: Justification, p. 42.

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

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

Bibliographical references

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

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

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

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

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

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

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

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

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

17 See: Justification, p. 41.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Dr. Tadeusz Zembrzuski,
Redovni profesor,
Fakultet prava i administracije, Univerzitet u Varšavi Republika
Poljska*

RAZVOJ PRAVNE ZAŠTITE POTROŠAČA U POLJSKIM SUDSKIM POSTUPCIMA: NOVI ODVOJENI POSTUPCI

Rezime

Svrha zakona o potrošačima je da struktuiru poštene i pristojne odnose između potrošača i privrednih subjekata. Potrošački sporovi su od značaja za čitavu zajednicu. S obzirom da je pravo Evropske unije deo domaćeg pravnog poretka, ono se mora uzeti u obzir prilikom presuđivanja u građanskopravnim predmetima u Poljskoj. Budući da proizilazi (između ostalog) iz obaveze transpozicije prava EU, dinamičan razvoj prava potrošača u Poljskoj prvenstveno je povezan sa materijalnim građanskim pravom, dok je diskurs u pogledu građanskopravnih postupaka uvek ostao u senci analize instrumenata materijalnog građanskog prava koji se primenjuju u zaštiti potrošača. U pogledu zaštite prava potrošača, poljski Zakonik o građanskom postupku ne nudi mnogo rešenja za regulisanje potrošačkih sporova koja bi se po bilo čemu razlikovala od drugih građanskopravnih sporova.

Bez obzira na napredak evropskih integracija, proces definisanja i razgraničenja nadležnosti raspodeljenih između zakonodavstva EU i domaćeg zakonodavstva u pogledu procesnog prava izaziva povremene kontroverze ili sumnje. Treba pohvaliti činjenicu da je Poljska nedavno preduzela zakonodavne mere koje potrošačima olakšavaju da ostvare svoja prava u sudskim postupcima. Ove mere obuhvataju uvođenje uzastopnih odvojenih postupaka; (u Poljskoj su poslednjih godina vraćeni odvojeni postupci u privrednim predmetima, dok su uvedeni novi postupci u predmetima koji se odnose na intelektualnu svojinu). Dok trend umnožavanja odvojenih postupaka zabrinjava (jer doprinosi usložnjavanju deklaratornog postupka i nosi pretnju od nastajanja i nagomilavanja sistemskih nedoslednosti), pojam razvoja sveobuhvatnih proceduralnih rešenja namenjenih rešavanju potrošačkih sporova i jačanju procesne pozicije potrošača (kao tzv. slabije strane u postupku) čini se vrednim pažnje.

Dopunjene odredbe Zakonika o parničnom postupku (članovi 45814 – 45816) regulišu postupke koji se odnose na potrošače. Novi procesni mehanizmi uključuju rešenja koja unapređuju postojeće mehanizme i donose nova procesna

rešenja. Prvopomenuta grupa obuhvata rešenja koje se odnose na sud mesne nadležnosti. U principu, potrošač stiče sposobnost da podnese tužbu i pred sudom koji je nadležan za njegovo ili njeno mesto prebivališta. Nova proceduralna rešenja obuhvataju obavezu privrednih subjekata da navedu sve tvrdnje i dokaze u tužbi protiv potrošača pod pretnjom odbacivanja. Iako ovo rešenje olakšava učešće potrošača u sudskim postupcima, ono dodatno komplikuje ionako zamršeni sistem prikupljanja procesnih dokaza u građanski postupcima zasnovanom na prekluziji. S druge strane, rešenja koja se odnose na troškove sudskih sporova su za pohvalu jer ohrabruju privredne subjekte da pristupe dobrovoljnom rešavanju potrošačkih sporova pre pokretanja tužbe pred sudom. Između privrednog subjekta i potrošača obično postoji realna ekonomska disproporcija. Mere koje je doneo poljski zakonodavac usmerene su ka ostvarivanju principa jednakosti, a vreme će pokazati njihovu efikasnost u sudskim postupcima.

Ključne reči: potrošač, zaštita prava potrošača, građansko pravo, parnični postupak.

Dr Ljubica Nikolić,*
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

originalni naučni rad
DOI: 10.5937/zrpfm1-44231

UDK: 336.74:004.738.5
Rad primljen: 27.04.2023.
Rad prihvaćen: 22.06.2023.

IZAZOVI DIGITALIZACIJE FINANSIJSKIH TRANSAKCIJA**

Apstrakt: *Primena savremenih informacionih tehnologija suštinski je izmenila i unapredila globalni finansijski sistem i ekonomsku razmenu. Digitalizacija finansijskog sektora stvorila je nove finansijske opcije, povećala je kvalitet finansijskih usluga, omogućila brži i jeftiniji transfer novca. Prateća pojava digitalne transformacije finansijska jesu izazovi vezani za regulisanost i sigurnost korišćenja novih digitalnih proizvoda, kao i moguće zloupotrebe digitalnih transfera novca. Jedan od izazova novih finansijskih tehnologija jeste pojava decentralizovanih finansijskih direktno konkurišu tradicionalnim finansijskim sektorima i mogu biti faktor finansijske nestabilnosti. U ovom radu ukazujemo na aktuelne digitalne inovacije u tradicionalnim i decentralizovanim finansijskim sistemima, sa namerom pojašnjenja novih tehnologija i finansijskih instrumenata nedovoljno poznatih široj javnosti. Centralne banke i regulatorni organi trebalo bi ozbiljnije da sagledaju digitalne inovacije u složenim i dinamičnim decentralizovanim finansijskim sektorima u cilju očuvanja finansijske stabilnosti i sprečavanja pranja novca. Deo rada posvećujemo definisanju i korišćenju virtuelnih valuta. Sa aspekta centralnih banaka, virtuelne valute nisu novac u pravom smislu reči. Kao razlozi za ovu tvrdnju navode se: da virtuelne valute nisu regulisane zakonima (one imaju svoja pravila), da ne vrše*

* ljubica@prafak.ni.ac.rs

** Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija RS, prema ugovoru evidencioni broj 451-03-47/2023-1/200120 od 3. 2. 2023. godine.

Rad je izložen na Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i društvene vrednosti“, održanoj 21. 4. 2023. godine, na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

u potpunosti sve funkcije novca, da nisu opšteprihvaćeno sredstvo razmene i plaćanja i drugo. I pored toga, ne možemo zanemariti mogućnost ekspanzije virtuelnih valuta u budućnosti, kao ni činjenicu da se značajan iznos tradicionalnog novca investira u ove valute.

Ključne reči: digitalizacija, finansijske transakcije, izazovi, tehnološke inovacije, virtuelne valute.

1. Uvod

Svedoci smo tehnoloških inovacija koje su suštinski izmenile i unapredile finansije i ekonomsku razmenu. U ovom radu ukazujemo na značaj i izazove digitalizacije finansija. Digitalne inovacije u finansijskom sektoru su brojne, mnoge od njih su nedovoljno poznate opštoj i delu stručne javnosti, što nas je navelo da, u osnovnim crtama, definišemo značaj najvažnijih finansijskih inovacija. Zadatak koji smo postavili nije lak, s obzirom na to da u stručnoj literaturi ne postoje opšteprihvaćene definicije i stavovi o ulozi novih digitalnih finansijskih proizvoda i usluga. Arhitektura, funkcionisanje i regulativa tradicionalnih finansijskih sistema suočeni su sa izazovom razvoja novih decentralizovanih finansijskih sektora. Nesporno je da digitalizacija povećava kvalitet finansijskih usluga, ovaj proces, međutim, prate izazovi vezani za pravnu uređenost i sigurnost korišćenja novih digitalnih proizvoda, kao i moguće zloupotrebe digitalnih transfera novca. Novonastali decentralizovani finansijski sektori razvijaju se nezavisno od tradicionalnih finansijskih sektora. Ovi prvi funkcionišu po svojim pravilima koja korisnici dobrovoljno prihvataju, dok su tradicionalne finansije regulisane zakonima. Sa jedne strane, tradicionalne finansije doživljavaju transformaciju primenjujući nove digitalne tehnologije a regulatorna tela nastoje da adekvatno normiraju nove digitalne finansijske proizvode i usluge. Sa druge strane, decentralizovani finansijski sektori privlače značajne iznose tradicionalnih valuta i funkcionišu nezavisno od regulative vrhovnih monetarnih institucija. Ovakvo stanje na globalnom finansijskom tržištu stvara problem očuvanja finansijske stabilnosti i praćenja finansijskih tokova. U ovom radu ukazujemo na digitalne inovacije u tradicionalnim i decentralizovanim digitalnim finansijama. Ova dva koncepta finansija jesu različita, oni utiču jedan na drugi ali njihov odnos nije sistemski uređen, što može biti razlog finansijske i ekonomske nestabilnosti. Deo rada posvećujemo virtuelnim

valutama koje realno egzistiraju u globalnom finansijskom sektoru a da pritom nisu ozbiljno sagledane kao faktor finansijske stabilnosti. Savremene finansije nameću nove odgovore na pitanja: Šta je novac? Kako dobija i gubi vrednost? Kako ulazi u društvo? Odgovori na ova pitanja su različiti u zavisnosti od metodoloških i ontoloških polazišta (Papadopoulos, 2015: 136). Ne ulazeći dublje u analizu različitog teorijskog definisanja, govorićemo o instrumentima tradicionalnih i decantralizovnih finansija (u nastavku i DEFI), koristićemo termine: novac, tradicionalne/zvanične valute (uključujući digitalne) i vitruelne valute (kriptovalute). *Virtuelne valute* (Virtual Currencies) Evropska centralna banka definiše kao „digitalnu reprezentaciju vrednosti, koju ne izdaje centralna banka, kreditna institucija ili institucija za e-novac, koja u nekim okolnostima može biti korišćena kao alternativa novcu“ (European Central Bank, 2015: 4).

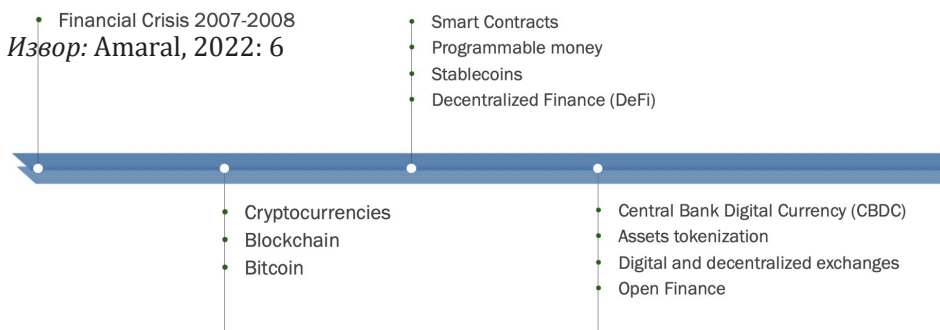
2. Inovacije u finansijskom sektoru

Finansijska tehnologija (Financial technology – FinTech) odnosi se na upotrebu tehnologija za pružanje finansijskih usluga i ona „predstavlja izazove za regulatore i učesnike na tržištu, posebno u balansiranju koristi od inovacija sa potencijalnim rizicima“ (Arner, Barberis, Buckley, 2015: 3).¹ Antagonizam između konzervativne inercije i primene novih tehnoloških znanja određuje tempo integracije tehnoloških inovacija u institucionalnu strukturu monetarnih sistema. Globalna finansijska kriza 2007–2008. god. stvorila je dodatnu nesigurnost ljudi u tradicionalne finansije. Ova kriza je pokazala slabost monetarnih vlasti da očuvaju finansijsku stabilnost i činjenicu „da su informacione tehnologije banaka i arhitekture podataka bile neadekvatne za obimno upravljanje finansijskim rizicima“ (Basel Committee on Banking Supervision, 2013: 8). Svetska finansijska kriza 2008. god. bila je prekretnica i jedan od glavih razloga razvoja novih, konkurentnih, decentralizovanih, digitalnih finansijskih sistema. Osnovne inovacije savremene tehnološke revolucije u svetu finansija i ekonomske razmene (videti: sliku 1) uključuju nove tehnologije i finansijske instrumente, kao

1 Finansijska tehnologija ima dugu istoriju razvoja od: uvođenja telegrafa (1838. god.) i postavljanja transatlantskog kabla (1866. god.), čime je postavljena infrastruktura za funkcionalnu finansijsku globalizaciju; uvođenja bankomata (1967. god.), ovo se smatra periodom transformacije finansija iz analogne u digitalnu industriju; kasnih 1980-ih finansijski sektor uglavnom koristi digitalne transakcije, finansijske usluge su postale visoko globalizovane i digitalizovane; 2008. god. ekspanzija različitih tehnologija i aktera za pružanje finansijskih usluga (Arner et al. 2015: 5–15).

što su: *blokčein* (blockchains) tehnologija i *tehnologija distribuirane knjige* (distributed ledger technologies), *kriptovalute* (cryptocurrencies), *tokenizacija imovine* (assets tokenization), *pametni ugovori* (smart contracts), *programabilni novac* (programmable money), *stabilni novac* (stablecoins) i *digitalne valute centralne banke* (central bank digital currencies).

Slika 1. Inovacije u finansijskom sektoru



3. Kriptovalute i blokčein tehnologija

Evropska centralna banka (u nastavku i ECB) zastupa stav da virtuelne valute nisu novac, niti zvanične valute (European Central Bank, 2015: 4). Činjenica je, međutim, da se virtuelne valute koriste u njihovom sistemu, u skladu sa pravilima decantralizovanih finansijskih sektora. Ova pravila i procesi nazivaju se šeme virtuelne valute (virtual currency schemes) koje ECB razvrstava u tri kategorije (European Central Bank, 2015: 6): *zatvorene virtuelne valute*, njima se mogu kupovati samo virtuelne jedinice u okviru virtuelne zajednice; *virtuelne valute sa jednosmernim tokovima*, mogu se kupiti zvaničnim novcem po određenom kursu ali se ne mogu zameniti nazad za zvaničnu valutu (recimo, bodovni programi lojalnosti aviokompanija); *virtuelne valute sa dvosmernim tokovima*, razmenjuju se sa zvaničnim valutama po promenljivom kursu, to su privatne kriptovalute, kao što su bitcoin (Bitcoin), itirijum (Ethereum) i tzv. stabilne kriptovalute vezane za zvanične valute ili drugu imovinu. U nedostatku opšte prihvaćene definicije, možemo reći da je *kriptovaluta* decentralizovana digitalna valuta, kreirana softverom i kodom. Preciznije, kriptovalute jesu „kriptografski tokeni izdati i registrovani u infrastrukturi blokčaina/distribuirane knjige, gde se mogu uskladištiti, kojima se trguje elektronski, i koji mogu funkcionisati kao sredstvo razmene, jedinica obračuna i čuvanja vrednosti“ (Amaral, 2022: 3). Kriptovalute se smatraju *virtuelnim valutama*, jer su konceptualno drugačije od zvaničnih digitalnih

valuta. Naziv kriptovaluta povezan je sa tehnikom *kriptovanja* (šifrovanja informacija) koja se koristi za verifikaciju transakcija i kontrolu generisanja novih jedinica valute. *Bitcoin* je prva i najpoznatija kriptovaluta nastala 2008. god. Kriptovalute ne izdaje zvanična finansijska institucija, zbog čega se smatraju *privatnim finansijskim instrumentima*. Jedinice kriptovalute dodeljuju se putem algoritma, bez postojanja centralizovanog izdavača. U decentralizovanom sistemu, koji čine pojedinačne baze podataka umreženih dobrovoljnih korisnika, svaka transakcija se validira od samih korisnika. Iako se privatne kriptovalute smatraju virtuelnim valutama, nije isključeno da se njihov status vremenom promeni u zvanične valute. Pravila za zvanične i virtuelne valute su različita, a monetarne kontrole se mogu primeniti na obe valute (izdavanje, obračun poreza, izrada regulative i sl.). Na decentralizovanim berzama razmenjuju se digitalna sredstva putem blokčein pametnih ugovora. DEFI funkcionišu na bazi *novih oblika poverenja*, kao što su poverenje u kompjuterski kod i poverenje u blokčein mrežu. Praktično, u redizajniranom globalnom finansijskom sistemu, novi oblici poverenja koegzistiraju sa tradicionalnim, kao što je poverenje u zvanične valute, poverenje u institucije zadužene za finansijsku stabilnost i poverenje u pravni sistem koji obezbeđuje sprovođenje ugovora i propisa.

Blokčein (blockchain) tehnologija/mreža i kriptovalute nastali su 2008. god.² Svi učesnici u trgovini kriptovalutama i njihovi korisnici povezani su u jednu *peer to peer mrežu*, prihvatajući ista pravila. Ova mreža nije hijerarhijski organizovana, već su svi korisnici međusobno povezani a svako čvorište (hiljade njih) u mreži proverava validnost svake transakcije i informacije (proveru vrši sam softver). Svaki učesnik u mreži raspolaže informacijama o svim obavljenim transakcijama kriptovalutama, prati i validira sve transakcije ali ne može sprečiti da se neka transakcija obavi. Broj trenutno aktivnih korisnika u mreži ne utiče na protok informacija, dovoljno je da samo nekoliko korisnika (nodova, čvorišta) validira i prosleđuje informacije o transakcijama, kako bi se očuvala funkcionalnost ovog sistema. Peer to peer mreža danas ima mnogo korisnika i decentralizovanih hardverskih sistema sa jedinstvenim bazama podataka. Posebnu ulogu u blokčein mreži imaju tzv. *rudari* koji štite i skladište informacije o transakcijama u blokove i ređaju ih u jedan lanac (blockchain).

2 Blokčein tehnologiju/mrežu moguće je koristiti i u drugim oblastima (umrežavanje banaka, trgovina nepokretnostima, glasanje na izborima i sl.).

Izazovi blokčein tehnologije odnose se na stalno usavršavanje ove tehnologije u cilju poboljšanja funkcionalnosti i sigurnosti mreže, verodostojnost i trajno čuvanje svih podataka, kao i brzinu njihovog protoka. *Izazovi korisnika blokčein tehnologije* povezani su sa tehnološkim znanjem, sigurnošću ovog sistema i fluktuacijama cena kriptovaluta. Pristup blokčein mreži je slobodan, ostvaruje se instaliranjem softvera i davanjem odgovarajućeg hardvera sistemu, s obzirom na to da ovaj sistem nema centralni server. Rudari obezbeđuju hardver sistemu, a kao nagradu dobijaju novogenerisane jedinice valute za rudarenje i validiranje transakcija (više hardvera, više jedinica valute). Kriptovalutama se može trgovati na kripto berzama, mogu se koristiti i kao instrument investiranja i online plaćanja, mada su ove mogućnosti za sada ograničene. Ono što privlači korisnike kriptovaluta jeste mogućnost zarade na razlici u ceni, transferi kriptovaluta obavljaju se brzo, bez većih provizija i bez utvrđivanja porekla valuta. Iako je primarno nastala kao osnova kriptovaluta, blokčein tehnologija zadnjih godina ima sve širu primenu u različitim oblastima. *Distribuirana knjiga* je decentralizovana baza podataka kojom upravlja više učesnika, na više čvorova, što eliminiše potrebu za centralnim organom ili posrednikom za obradu, validaciju ili autentifikaciju transakcija.³ *Blokčein je vrsta tehnologije distribuirane knjige*⁴ (u nastavku i TDK) u kojoj se podaci čuvaju u kontinuiranom toku blokova, povezanih zajedno, koristeći kriptografsku funkciju, održavajući tako kontinuirano rastuću listu proverljivih zapisa (Videti: Zheng, Xie, Dai, Chen, Wang, 2017).

3.1. Bitcoin

U ovom delu govorimo o bitcoinu, jednoj od kriptovaluta, uz napomenu da postoje i druge implementacije blokčaina i alternativne kriptovalute. *Bitcoin* je virtuelna novčana jedinica koja nema fizičku reprezentaciju i „može se podeliti na 100 miliona „satošija“, što je najmanji deo bitkoina“ (Berentsen, Schär, 2018: 4). *Bitcoin blokčein* je datoteka podataka koja nosi zapise o svim prošlim bitcoin transakcijama i stvaranju

3 Mnoge distribuirane knjige (većina distribuiranih knjiga koje vode veliki finansijski posrednici) danas funkcionišu kao hijerarhijski model, sa centralizovanim upravljanjem (pristup imaju samo ovlašćeni učesnici).

4 Tehnologije distribuirane knjige (Distributed ledger technologies), uključujući blokčein, kombinuju upotrebu kriptografije i distribuiranih mreža kako bi se postigao novi oblik kreiranja i čuvanja zapisa dizajniran da bude zaštićen od neovlašćenog korišćenja (Lemieux, 2021: 1). Zadnjih godina se TDK koristi za čuvanje zapisa u različitim poslovnim sektorima.

novih jedinica. Svaki učesnik upravlja sopstvenom kopijom knjige i može pratiti pridržavanje pravila mreže od ostalih učesnika. Vlasnici bitcoin jedinica obično ostaju anonimni, korišćenjem pseudonima. Lice koje želi da koristi bitcoin sistem preuzima bitcoin novčanik (softver) koji omogućava primanje, čuvanje i slanje bitcoin jedinica. Sledeći korak je zamena zvaničnih valuta za bitcoin jedinice, što se najčešće čini otvaranjem računa na nekoj od mnogih bitcoin berzi. Vlasnik računa može koristiti ova sredstva za kupovinu bitcoina ili drugih kriptovaluta na berzi. Transakcije su transparentne, obavljaju se preko knjige naloga i drugih finansijskih alata. Informacije o transakcijama kriptovalutama distribuiraju se na mreži, dok svi čvorovi ne budu obavešteni o prenosu vlasništva. Bitcoin mreža poseduje mehanizam konsenzusa koji osigurava saglasnost svih učesnika oko prava vlasništva na jedinicama virtualne valute. Ovaj mehanizam konsenzusa smatra se osnovnom inovacijom bitcoin sistema jer omogućava saglasnost između velikog broja umreženih učesnika, uz odsustvo bilo kakvih ličnih odnosa (Berentsen, Schär, 2018: 4–5). U bitcoin sistemu rudari prikupljaju informacije o bitcoin transakcijama na čekanju i formiraju tzv. „kandidate za blok“. Na osnovu ove aktivnosti rudari zarađuju novostvorene bitcoin jedinice, ukoliko ubede sve ostale učesnike mreže da dodaju njegovog kandidata u svoje kopije bitcoin blokčein.⁵ Svako može postati rudar preuzimanjem odgovarajućeg softvera i najnovije kopije bitcoin blokčaina, međutim, konkurencija je profilisala da nekoliko velikih rudara proizvodi većinu novih opšteprihvaćenih blokova.

Bitcoin jedinice nemaju suštinsku vrednost, nezavisno od toga, njima se trguje po ceni koja oscilira. I upravo je očekivano kretanje budućih cena bitcoina razlog njihove kupovine. Kupac je spreman da kupi bitcoin jedinicu ukoliko veruje da će je kasnije prodati po višoj ceni. Poverenje u bitcoin blokčein mrežu i očekivano kretanje cena jesu osnovni razlozi trgovine bitcoinom i drugim kriptovalutama. Cena bitcoina, zbog promene očekivanja učesnika na tržištu i nepostojanja njene suštinske vrednosti, ima izraženu volatilnost. Gubitak poverenja i potresi u bitcoin blokčein sistemu mogu biti razlog urušavanja ovog sistema. Za sada ovaj sistem opstaje i usavršava se novim tehnološkim rešenjima,

⁵ Da bi blok kandidat bio opšteprihvaćen, mora ispuniti određeni skup unapred definisanih kriterijuma. Detaljnije o ovome, videti: Berentsen, Schär, 2018: 6.

prevazilazići brojne potrese. Prikaz koji sledi možda najbolje pokazuje dinamičnost i značaj kriptovaluta.⁶

2008–2009. god. – Pojava bitkoina i početak rudarenja bitkoinom. 2010. god.

– Prvo plaćanje bitkoinom (pice).

2011. god. – Značajan rast cene bitkoina. Nastanak alternative bitkoinu (lajtkoin).

2013. god. – Dalji rast cene bitkoina i profesionalizacija rudarenja (upotrebom posebnog hardvera).

2014. god. – Kraх MtGox-a (berze na kojoj je obavljano oko 80% transakcija) i veliki pad cene bitkoina. Razlog kraha je bilo hakovanje velikog broja bitkoina.

2015. god. – Nastaje itirijum, druga blokčein platforma. 2017. god.

– Veliki skok cene bitkoina (preko 10.000\$).

2018–2019. god. – Zatišje na tržištu kriptovaluta i pad cena. Početak pravnog regulisanja poslovanja kriptovalutama u nekim zemljama.⁷

2020. god. – Rekordne cene bitkoina (28.000\$). Pojava itirijum 2.0.

2022. god. – Burna dešavanja u kriptosvetu. Unapređenje blokčein tehnologije, u isto vreme kolaps i skandali brojnih kripto menjačnica. Počelo je sa hakovanjem *Ronin bridge*, kada je nestalo oko 650 miliona dolara kripto imovine. Najveću štetu kripto tržištu nanela je propast *FTX* i *Alameda Research* Sema Benkmana Frida, kome se sudi za prevaru i pranje novca. Ovi skandali podstakli su regulisanje kripto tržišta i digitalne imovine.⁸

22. 3. 2023. god.⁹ – Trenutna cena bitkoina je 27.472 \$ a itirijuma 1.741\$.

6 Detaljnije o ovome videti: <https://www.google.com/search?q=aleksandar+matanov+i%C4%87+%D0%BA%D1%80%D0%B8%D0%BF%D1%82%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%BB%D1%83%D1%82%D0%B0&client=firefox-bd&tbm=vid&ei=D3IbZJ-xH8iB9u8PxOeEyAw&start=10&sa=N&ved=2ahUKEwjf9LTJvPD9AhXlGP0HHcQzAckQ8tMDegQIDxAG&biw=1536&bih=739&dpr=1.25#fpstate=ive&vld=cid:c6dcccc3,vid:Lk pPtk2P0PM> Preuzeto 22. 3. 2023.

7 Zakon o digitalnoj imovini, *Sl. glasnik RS*, 153/20, kod nas je usvojen krajem 2020. god., a počeo je sa primenom sredinom 2021. god. On definiše ključne pojmove, obaveze izdavalaca digitalne imovine, uslove i postupak licenciranja za pružaoce usluga povezanih sa digitalnom imovinom i sprečavanje zloupotreba na tržištu.

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

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

3.2. *Bitcoin i tradicionalne valute*

Oni koji veruju u budućnost kriptovaluta naglašavaju da bitcoin nije jedina valuta koja nema suštinsku vrednost. Državne zvanične valute takođe nemaju suštinsku vrednost, stvorene su odlukom vlada i regulisane zakonima. Vrhovne monetarne institucije država i regiona, istorijski posmatrano, nisu uspevale da očuvaju kontinuiranu stabilnost svojih finansijskih sistema i valuta. Globalnu finansijsku krizu 2007. god. mnogi su videli kao opravdanje za prihvatanje kriptovaluta, kao koristan dodatak postojećem valutnom sistemu (Berentsen, Schär, 2018: 7–9). Bitcoin sistem regulisan je protokolima iz 2008. god., koji su vremenom revidirani, u cilju inoviranja ovog sistema. *Blokčein protokoli* imaju za cilj da obezbede: bezbednost (protokoli definišu strukturu podataka i način njihove zaštite); decentralizaciju (kako nema centralnog organa, protokoli ovlašćuju celu mrežu); konzistentnost (protokoli ažuriraju svaku transakciju na svakom koraku) i skalabilnost (povećanje broja transakcija)¹⁰. Za razliku od blokčein protokola, monetarno pravo i politika država često su pod uticajem političkih odluka koje utiču na finansijsku stabilnost i vrednost zvaničnih valuta.

4. **DEFI i tradicionalne finansije**

Decentralizovane tehnologije stvorile su novi *koncept decentralizovanih finansija* (Decentralized Finance – DeFi) koji čini finansijska infrastruktura izgrađena u blokčein tehnologiji, kao što su bitcoin i Ethereum blokčein (Ethereum blockchain). „DEFI koriste pametne ugovore za kreiranje protokola koji kopiraju postojeće finansijske usluge na otvoreniji, interoperabilniji i transparentniji način“ (Schär, 2021: 153). DEFI pružaju mogućnost stvaranja efikasne i transparentne finansijske infrastrukture, umesto centralizovanog posrednika postoje automatizovani protokoli na decentralizovanoj peer-to-peer mreži, kojoj korisnici dobrovoljno pristupaju. Kao novi finansijski koncept, DEFI postoji paralelno sa tradicionalnim konceptom, iza koga stoji vrhovna monetarna institucija. Iako su utemeljeni na potpuno drugačijim sistemima, oba finansijska koncepta funkcionišu na temelju *poverenja korisnika*. Kada poverenje u neki finansijski sistem nestane, takav sistem postaje neodrživ. Vremensko podudaranje finansijske krize 2008. god. i nastanka DEFI u istom periodu, možda najbolje odslkava značaj poverenja u neki finansijski sistem. Kriza tradicionalnih

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

finansija stvorila je povoljne uslove za nastanak potpuno drugačijeg digitalnog finansijskog sistema, kao nove finansijske alternative koju su mnogi ljudi bili spremni da prihvate. „DEFI obuhvataju decentralizovano pružanje finansijskih usluga kroz različite infrastrukture, tržišta, tehnologije, metode i aplikacije“ (Zetzsche, Arner, Buckley, 2020: 173), zasnivaju se na otvorenim protokolima, ugovori se sprovode kodom, transakcije se izvršavaju na proverljiv način a promene stanja postoje na javnom blokčeinu. Ova arhitektura može stvoriti visoko interoperabilan i transparentni finansijski sistem, sa jednakim pravima pristupa i malom potrebom za čuvarima, centralnim klirinškim kućama ili uslugama deponovanja (većina ovih uloga može se preuzeti pametnim ugovorima). DEFI realno postoje u globalnom finansijskom sistemu, njihova uloga se ne može ignorisati. Ovu činjenicu valja prihvatiti i raditi na regulisanju odnosa DEFI sa tradicionalnim finansijama, u suprotnom, decentralizacija može poljuljati efikasnost tradicionalnih finansija. Sa druge strane, regulacija može uticati na efikasnost i kontrolu rizika u DEFI. Štaviše, DEFI potencijalno nudi mogućnost razvoja potpuno novog načina dizajniranja regulacije – ideja „ugrađene regulacije“ (Zetzsche et al. 2020: 172), zapravo je DEFI potrebna regulacija kako bi se ostvario cilj decentralizacije.¹¹

Tradicionalne finansije imaju hijerarhijsku strukturu, koju čini vrhovna monetarna institucija i finansijski posrednici (banke, berze hartija od vrednosti i drugi). Savremene tehnologije i globalizacija preoblikovali su tradicionalna finansijska tržišta i aktivnosti grupišući ih u lokalna, regionalna i globalna pristupna čvorišta (hubs), čije korišćenje zavisi od usluga koje pružaju i poverenja koje ulivaju. Korišćenje različitih finansijskih čvorišta stvara klijentima probleme, kao što su: korišćenje stranih jezika i zakona, standardi međudržavnih finansijskih transakcija, raspolaganje potpunim informacijama, troškovi transfera novca i savetodavnih usluga, moguće kazne za nepoštovanje zakona. Nestabilnosti tradicionalnih finansija pokušavaju se rešiti regulacijom, što se pokazalo nedovoljno uspešnim. Nasuprot tome, korisnici DEFI sistema povezani su putem opšteprihvaćenih tehnologija, a transakcije se obavljaju brzo, standardizovano, uz male troškove. DEFI predstavlja direktan izazov sistemima zasnovanim na državi, kao potpuno decentralizovane finansije one eliminiše ulogu država kao kreatora i implementatora pravila. U DEFI sistemu „kod je zakon“, sa tehnologijom koja zamenjuje

11 O potrebi i specifičnostima regulacije DEFI, videti: Zetzsche et al. 2020.

pravne sisteme zasnovane na državi (Zetsche et al. 2020: 184). Uprkos značajnim inovacijama i potencijalu, DEFI prate i mnogi izazovi. Pravno gledano, DEFI mogu potkopati vladavinu prava, a postoje i tehnološki rizici koji su do sada bili nepoznati i u razmerama koje nikada ranije nisu viđene (videti: Zetsche et al. 2020: 184–190).

4.1. Pametni ugovori

„Pametni ugovori su samoimplementirajući i samoizvršivi kompjuterski programi”, kojima se realizuju transakcije preme unapred definisanim uslovima, „zasnovani na programskom algoritmu“¹² (Cvetković, 2022: 449). Drugim rečima, tradicionalni ugovor se stavlja u programski kod (jezik razumljiv računaru)¹³, čime se definiše način izvršenja pametnog ugovora. Koncept pametnih ugovora nije nov, međutim, blokčein tehnologija daje im novu dimenziju „da automatizuju i garantuju izvršenje velikog broja različitih ugovornih obaveza bez potrebe postojanja centralnog autoriteta, pravnog sistema ili spoljašnjeg mehanizma sprovođenja“ (Cvetković, 2021: 16). Izvršenje tradicionalnog ugovora podrazumeva sastavljanje teksta ugovora i postupanje po ugovorenim normama uz mogućnost povrede ugovora. Nasuprot tome, programski kod integriše definisanje teksta pametnog ugovora u programski jezik i njegovo istovremeno izvršenje. Ugovori u formi koda jesu sredstvo ispunjenja ugovora, s obzirom na to da „se potencijalno izjednačava ugovorno regulisanje i ispunjenje ugovora – samim postankom koda (normiranjem) ono što bi trebalo da bude učinjeno kao rezultat ugovora već je izvršeno s obzirom na nepromenljivost programskog koda i njegovu zatvorenost za intervenciju posrednika“ (Cvetković, Nikolić, 2022: 760). Aktiviranjem programa počinje ispunjenje ugovora koje je van kontrole ugovarača (Cvetković, Nikolić, 2022: 761). Pametni ugovori se generalno odnose na aplikacije uskladištene na blokčeinu kojima se izvršavaju ugovori u skladu sa nalogom. Za razliku od običnih aplikacija, kod pametnog ugovora se čuva na osnovnom blokčeinu, može se proučiti, pravila ugovora su definisana a transakcije paralelno obrađuje mnogo učesnika mreže. Pametni ugovori imaju pristup mnogim instrukcijama i stoga su prilično fleksibilni. Pored toga, oni mogu da skladište kriptoaktive i na taj način preuzmu ulogu čuvara, sa potpuno prilagodljivim kriterijumima o tome kako, kada i kome se konkretna

12 Algoritam je redosled operacija pri izvršavanju programa.

13 O konvertovanju pravila iz ugovora na „prirodnom jeziku“ u programski kod, videti: Cvetković, 2022: 452.

sredstva mogu prebaciti (Schär, 2021: 154).¹⁴ Izvršavanje pametnih ugovora temelji se na jasnim pravilima i savremenoj tehnologiji, međutim, sigurnost nije zagarantovana. Pametni ugovori mogu imati bezbednosne probleme koji mogu dovesti do nenamenskog korišćenja sredstava.¹⁵ Recimo, mnogi DEFI protokoli i aplikacije koriste eksterne izvore podataka i specijalne administratorske ključeve za upravljanje sistemom, sprovođenje pametnih nadogradnji ugovora ili čak isključivanje u hitnim slučajevima (Schär, 2021: 170). Iako ovo ne predstavlja nužno problem, korisnici bi trebalo da budu svesni da postoji rizik od zloupotreba.

4.2. Tokenizacija sredstava/imovine

Tokenizacija je nova tehnologija kojom se neka imovina digitalizuje i dobija formu tokena (digitalnog fajla).¹⁶ „Pravo sadržano u tokenu može biti svako pravo koje je podobno da dobije svoj digitalni oblik: pravo svojine na pokretnoj ili nepokretnoj stvari, udeo u privrednom društvu, pravo intelektualne svojine, finansijski instrument, pravo na učestvovanje u dobiti, pravo na kamatu, pravo da se zahteva ispunjenje određene činidbe i slično“ (Cvetković, 2022: 450). *Tokenizacija* je oblik digitalizacije a *tokenizacija sredstava* znači da se fizička sredstva pretvaraju u digitalna sredstva, koja se mogu podeliti, a podjedinice mogu biti predstavljene *digitalnim tokenom* (Sazandrishvili, 2020: 68). Blokčein tehnologija, pored kreiranja kriptovaluta, proširena je na mnoge druge poslovne procese. Jedan takva ekspanzija blokčaina je tokenizacija imovine, metod koji pretvara prava na sredstvo u digitalne tokene kojima se može trgovati na blokčeinovima, trend prisutan od 2018. god. Sve više stvari se tokenizuje, od umetničkih dela, dijamanata, akcija kompanija do brodova, aviona i nekretnina. Tokenizacija sredstva na blokčeinu pruža nove finansijske i poslovne mogućnosti ali može

14 Vrednost sredstava zaključenih u pametnim ugovorima vezanim za DEFI 2021. god. prešla je 10 milijardi USD. To nisu iznosi obima transakcija ili tržišne kapitalizacije, već vrednost rezervi zaključenih u pametnim ugovorima, raspoloživih za korišćenje na različite načine (Schär, 2021: 155).

15 DEFI sistemi su izloženi rizicima vezanim za: izvršenje pametnih ugovora, operativnu sigurnost i zavisnost od drugih protokola i eksternih podataka. Šire o ovome, videti: Schär, 2021: 170–171.

16 *Tokenizacija* ima širu primenu. Kada se primenjuje na bezbednost podataka, to je proces zamene osetljivog elementa podataka (npr. broj bankovnog računa), neosetljivim ekvivalentom – tokenom (nasumični niz podataka koji nema suštinsku ili iskoristivu vrednost ili značenje). *Tokenizacija sredstava* je proces pretvaranja sredstva ili prava vlasništva nad sredstvom u tokene. Tokeni mogu predstavljati identitet pojedinaca, imovinska prava i još mnogo toga.

dovesti i do poremećaja, posebno u finansijskom sektoru i tržištu nekretnina (Sazandrishvili, 2020). Opšta ideja tokenizacije je da sredstva budu dostupnija a transakcije efikasnije. Konkretno, tokenizovana imovina se može lako i brzo preneti na bilo koga u svetu. Ova imovina se može koristiti u mnogim decentralizovanim aplikacijama i čuvati u okviru pametnih ugovora. Postoje različiti tehnološki načini kreiranja blokčein tokena ali se, za sada, većina tokena izdaje na itirijum blokčeinu preko šablona pametnog ugovora koji se naziva ERC- 20 standard tokena (Schär, 2021: 157). Ovi tokeni su interoperabilni i mogu se koristiti u skoro svim DEFI aplikacijama. Osnovni problem u vezi sa tokenizovanom imovinom je rizik vezan za izdavaoca. Izvorni digitalni tokeni, kao što su bitcoin i itirijum, nisu problematični u ovom pogledu. Nasuprot tome, kada neko uvede tokene uz obećanje, na primer, isplate kamate ili isporuke robe, vrednost tokena zavisi od kredibiliteta izdavaoca. Ukoliko izdavalac ne želi ili nije u stanju da izvrši obavezu, token može izgubiti vrednost.

5. Digitalna valuta centralne banke

Digitalna valuta centralne banke (u nastavku i DVCB) jeste novi oblik zvaničnog digitalnog novca. Značaj kriptovaluta i ulazak velikih tehnoloških firmi u finansijske usluge, navele su centralne banke širom sveta da rade na kreiranju novog digitalnog novca koji se naziva digitalna valuta centralne banke (Central Bank Digital Currency). Implementacija DVCB zavisi od motivacije građana da usvoje ovaj novi oblik digitalnog novca, što je direktno povezano sa njihovim poverenjem u DVCB ekosistem (Amaral, 2022: 166). U literaturi se uglavnom navodi da je DVCB novi oblik novca centralne banke, odnosno, obaveza centralne banke, denominovana u postojeću obračunsku jedinicu, koja služi kao sredstvo razmene i čuvanje vrednosti. Centralne banke već koriste digitalni novac u vidu rezervi ili stanja na računima za poravnanje, koje drže poslovne banke i druge finansijske institucije u centralnoj banci. Ova kombinacija novih i postojećih oblika digitalnog novca centralne banke čini izazovnim precizno definisanje DVCB (Bank for International Settlements 2018: 3). „DVCB se može definisati kao elektronska obaveza centralne banke izražena u nacionalnoj monetarnoj jedinici koja deluje kao sredstvo razmene i čuvanja vrednosti“ (Kochergin, Yangirova, 2019: 83). U Izveštaju Banke za međunarodna poravnanja navodi se da je: „DVCB digitalni oblik novca centralne banke koji se razlikuje od stanja na tradicionalnim računima rezervi ili računima za poravnanje, odnosno, to je digitalni instrument plaćanja, denominovan u nacionalnu

obračunsku jedinicu (Bank for International Settlements, 2021: 13). Evropska centralna banka terminom *digitalni evro* „označava obavezu Evrosistema evidentiranu u digitalnom obliku kao dopunu gotovini i depozitima centralne banke”, naglašavajući da bi „digitalni evro bio samo još jedan način snabdevanja evrom, a ne paralelna valuta“ i „trebalo bi da bude konvertibilan sa drugim oblicima evra, kao npr. novčanice, rezerve centralne banke i depoziti poslovnih banaka” (European Central Bank, 2020: 3–9).

U Izveštaju Banke za međunarodna poravnanja iz 2021. god. izneti su zajednički stavovi vodećih svetskih centralnih banaka o sistemu njihovih digitalnih valuta. Osnovni zaključci u ovom izveštaju su: da sistem DVCB treba da uravnoteži inovirani javni i privatni sektor plaćanja; postizanje lakog protoka sredstava ka i iz drugih platnih sistema i aranžmana; centralna banka mora stvoriti poverenje u DVCB sistem; posebno je važan pristup i tretman podataka o plaćanju, pitanja privatnosti mogu stvoriti niz izazova (standardi za razmenu podataka i kooperativnost sa tradicionalnim sistemima zahtevaju detaljne informacije o računima i transakcijama); razviti praktičnu interoperabilnost novih sa postojećim sistemima plaćanja; dizajn DVCB sistema treba da bude takav da poboljša monetarnu i finansijsku stabilnost, koegzistira sa snažnim privatnim novcem i ponudi korisnicima inovativna i efikasna sredstva plaćanja (Bank for International Settlements: 2021: 1).

6. Programabilni novac (Programmable money) i Stablecoins

Termin *programabilni novac* koristi se, između ostalog, za razlikovanje novca zasnovanog na blokčeinu (uključujući bitcoin) od drugih oblika digitalnog novca. Programabilni (pametni) novac označava novac koji proverava da li su dati uslovi ispunjeni pre nego što se može potrošiti. Prednosti pametnog novca su u tome što omogućava kontrolu: kada, gde i ko ga troši, kome se isplaćuje i za šta. Centralne banke istražuju prednosti programabilnog novca za DVCB i različita konceptualna rešenja za njihov dizajn (Weber, Staples, 2022: 112). Plaćanja zasnovana na blokčeinu koriste naloge koje kontrolišu krajnji korisnici, osmišljavajući oblik *programabilnog novca podržanog pametnim ugovorom*. Koncept programabilnog novca se usavršava, pružajući nove mogućnosti i izazove (Videti: Weber, Staples, 2022: 113–122).

Stabilne kriptovalute (u nastavku i stablecoins) je termin koji se koristi za kriptovalute čija je vrednost vezana za zvanične valute ili

drugu imovinu. Cilj nastanka stablecoins je rešavanje „fundamentalnog pitanja kriptovaluta, kao što su bitcoin i itirijum, njihova prevelika nestabilnost koja smanjuje njihovu efikasnost korišćenja kao sredstava plaćanja ili čuvanja vrednosti“ (d’Avernas, Bourany, Vandeweyer, 2021: 2). Ova vrsta kriptovalute omogućava kombinaciju efikasnosti blokčein tehnologija sa stabilnošću tradicionalnih valuta i druge imovine. Naš je stav da nastanak stablecoins jeste pokušaj prevalizazanja problema izražene volatilnosti kriptovaluta, a vezivanje za imovinu koja se smatra stabilnom jeste još jedan izazov za kupce ove kriptovalute (svedoci smo nestabilnosti tradicionalnih valuta i druge „sigurne“ imovine). Stablecoins su, međutim, privukle mnoge investitore u poslednjih nekoliko godina.¹⁷ Najzastupljeniji tip stablecoin vezan je za zvaničnu valutu, kao elektronska jedinica vrednosti na distribuiranoj knjizi, u odnosu 1 : 1 (obično američki dolar) i uvek se može iskoristiti isti iznos u valuti denominacije (d’Avernas et al. 2021: 7). Zadnjih godina, stablecoins stvaraju niz izazova monetarnim vlastima širom sveta, posebno tzv. globalni stablecoins. Mnogi tvrde da smo svedoci tehnološke revolucije u oblasti novca i plaćanja, koja je započela od stvaranja bitcoina do pojave različitih stablecoins projekata (Arner, Auer, Frost, 2020: 2). Izazovi regulatornih tela su veliki, od regulisanja suštinski izmenjenog tradicionalnog finansijskog sektora, preko segmentiranih decentralizovanih finansija i njihovih instrumenata – bitcoina, drugih kriptovaluta i stablecoins, „koji su postali glavna alternativa suverenim monetarnim aranžmanima“ (Arner et al. 2020: 2). Privatni stablecoins imaju potencijal da budu usvojeni kao sredstvo plaćanja za online kupovine, peer-to-peer i mikro plaćanja, da služe kao digitalni monetarni instrument za ugradnju u TDK aplikacije, uključujući programabilni novac i pametne ugovore (Arner et al. 2020: 3–4). U literaturi se pravi razlika između običnih stablecoins (imaju ograničenu namenu, mada se ona vremenom može proširiti) i globalnih (značajnih) stablecoins, koji imaju široku primenu i mogu ugroziti finansijsku stabilnost (Arner et al. 2020: 14).¹⁸ Monetarne vlasti bi trebalo da *izgrade odgovarajući regulatorni i nadzorni okvir* za stablecoins, posebno globalne stablecoins. Tehnologije nude nove mogućnosti poboljšanja nadzora i kontrole sprovođenja propisa. Stablecoins i drugi oblici decentralizovanih finansija ne samo da predstavljaju regulatorne i nadzorne izazove već pružaju mogućnost ugrađivanja okvira za nadzor i praćenje direktno

17 Od 2018. god. ukupna tržišna kapitalizacija stablecoins porasla je sa 3 milijarde USD na početku 2019. god. na 35 milijardi USD u januaru 2021. god. (d’Avernas et al. 2021: 2).

18 O značaju regulisanja stablecoins i međunarodnih sporazuma zbog njihovih prekograničnih potencijala, videti: Arner et al. 2020: 14–17.

u sistem, tokom procesa njihovog kreiranja i autorizacije (Arner et al. 2020: 23).

7. Zaključak

Nedavne tehnološke inovacije revolucionisale su svet novca, plaćanja i ekonomske razmene. Finansijski proizvodi i usluge decentralizovanih tehnologija stvorili su koncept decentralizovanih finansija (DEFI). Razvoj DEFI, kao alternativnog i konkurentnog finansijskog sektora, podstakao je proces digitalnih inovacija tradicionalnih finansija. Interesantno istraživanje o načinu na koji je informaciona tehnologija uticala na finansijski sektor, u poslednjih nekoliko godina, ukazuje na „ignorisanje prilika nasuprot rizika, dihotomija koja je nastala iz najnovijih dostignuća“ (Amaral, 2022: 6). S jedne strane, informacione tehnologije doprinose efikasnosti pružanja finansijskih usluga, s druge strane, one povlače neke značajne izazove. Mnogi od tih izazova povezani su sa nedostatkom jedinstvenih koncepata u finansijskom sektoru, zbog čega je otežana komunikacija između učesnika u globalnom finansijskom sistemu. Nekompatibilnost različitih finansijskih sektora otežava razmenu informacija između njih i integrisanje tih informacija. U dinamičnom i segmentiranom finansijskom sistemu monetarne vlasti suočavaju se sa izazovom vezanim za očuvanje finansijske stabilnosti i poverenja u monetarni sistem, dok se poslovni svet suočava sa izborom između novih finansijskih i poslovnih tehnoloških mogućnosti i pratećih rizika. Integrisani pogled na zajedničku konceptualizaciju u oblasti ekonomije i finansija i dalje je izazov, pre svega zbog pokušaja takvog integrisanja na temelju funkcionisanja tradicionalnih finansijskih sistema, uz nedovoljno uključivanje inovacija decentralizovanih tehnologija i drugih inovacija, kao što je pojava novih oblika poverenja, novca i instrumenata plaćanja, kao i novih poslovnih modela za digitalne ekonomske razmene. Informacije iz više heterogenih finansijskih sistema valja objediniti kako bi bilo moguće pratiti kretanje novca i otkrivanje ilegalnih transakcija. Za sada ne postoji sveobuhvatni model jasnog definisanja novca i svih njemu sličnih koncepata, čime je i upoređivanje njihovih vrednosti i odnos razmene netransparentan. Svaka fundamentalna inovacija, kao što su blokčein tehnologija i kriptovalute, prirodno stvara otpor od neizvesnosti i promena, posebno kada su te promene deo globalnog finansijskog sistema. Umesto zanemarivanja njihove ekspanzije, valjalo bi raditi na kompatibilnosti tradicionalnih i decentralizovanih finansija, i

koristiti prednost blokčein tehnologija, kako u finansijskoj oblasti tako i u drugim sektorima.

Literatura

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cvetković, P. (2022). *Primena tehnologije u pravnom kontekstu: primer legaltech-a*. Pravo i privreda. 3. 447-460. DOI: 10.55836/PIp_22302A Preuzeto

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

Cvetković, P. (2021). *Ugovor kao algoritam: uvodna razmatranja*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. 92. 15–34.

Cvetković, P. Nikolić, Lj. (2022). *Ugovor i kod: primer prediktivnog ugovaranja*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu. 3. (745–765) doi: 10.5937/zrpfns56-40802

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

Zakon o digitalnoj imovini. *Službeni glasnik RS*. Br. 153. 2020.

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

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

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

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

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

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

CHALLENGES OF DIGITALIZATION OF FINANCIAL TRANSACTIONS

Summary

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

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

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

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

Dr Aleksandar S. Mojašević,*
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

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

UDK: 323.173(=18)(497.11)

Rad primljen: 15.03.2023.

Rad prihvaćen: 27.04.2023.

KAKO RAZMRSITI „KOSOVSKI ČVOR“? INTEGRATIVNI PRISTUP SRPSKO-ALBANSKOM SUKOBU**

Apstrakt: U ovom radu izlaže se Mnukinov konceptualni okvir za identifikaciju i prevazilaženje prepreka efikasnom i pravičnom rešenju individualnih i grupnih konflikata i sporova. Potom sledi prikaz osnovnih elemenata dosadašnjih pregovora između Republike Srbije i samoproglašene Republike Kosovo, sumiranje rezultata tih pregovora, kao i stavova srpskog javnog mnjenja o proglašenju nezavisnosti tzv. Kosova i kosovskom pitanju generalno. Nakon toga se prikazuju osnovni elementi dveju poznatih teorija intergrupnog konflikta radi osvetljavanja prirode konflikta između dveju etničkih grupa (Srba i Albanaca). Konačno, dosadašnji pregovori dveju strana stavljaju se u prikazani konceptualni okvir pregovaranja, radi identifikacije ključnih tačaka sporenja u dosadašnjim pregovorima Srbije i tzv. Kosova i nuđenja potencijalnih rešenja za njihovo prevazilaženje na osnovu izloženog teorijskog modela pregovaranja u prisustvu trećeg lica (medijatora). Ključni nalaz je taj da se pregovori mogu okončati pravičnim sporazumom, ali samo ako se uvažavaju ne samo realni (materijalni) interesi dveju strana nego pre svega emocionalni, to jest, oni koji proizilaze iz prirode sukoba socijalnih identiteta dveju etničkih grupa.

Ključne reči: Srbija, tzv. Kosovo, pregovori, prepreke, medijator, grupni konflikt.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021–2025.

1. Prepreke Pareto efikasnom rešenju spora

Od radova koji istražuju prepreke efikasnom¹ i pravičnom² rešenju spora i ulogu posrednika (medijatora) u prevazilaženju tih prepreka, izdvajamo Mnuikinov rad iz 1993. godine (Mnookin, 1993). Ovaj autor ima u vidu individualne i grupne sporove koji su mogli biti rešeni efikasnim pregovaranjem strana u sporu, ali do toga nije došlo zbog brojnih prepreka. U uvodu autor (Mnookin, 1993: 235) nas podseća na istorijske primere sukoba religijskih i etničkih grupa u Libanu, Izraelu, Kipru, Jugoslaviji, i na osnovu toga postavlja tezu da su konflikti neizbežni, ali ne i njihovo efikasno i pravično rešenje.³

Autor (Mnookin, 1993: 238–247) dalje izdvaja četiri reprezentativne grupe prepreka efikasnom rešenju spora. Na prvom mestu navodi *strategijsko ponašanje strana u sporu*, odnosno zauzimanje ekstremnih pozicija strana u sporu kako bi prisvojile što je moguće veći deo kooperativnog

1 Koncept efikasnosti koji se najčešće koristi u analizi pregovaranja i rešavanja sporova i konflikata jeste koncept Paretove efikasnosti. Paretoov kriterijum efikasnosti znači da neka promena dovodi do Paretovog poboljšanja ako će bar jednom pojedincu biti bolje, a da drugima ne bude gore. Kada nisu moguća dalja poboljšanja, postoji *Pareto optimum* (Pareto, 1906).

2 Pravda nije isto što i pravičnost. Formalna pravda je jednako postupanje u jednakim stvarima, a nejednako u nejednakim. Nju dopunjuje materijalna pravda koja kazuje koje slučajeve treba tretirati jednako, a koje nejednako. U literaturi ekonomske analize prava mahom se spominju dva Rolsova materijalna principa pravde (Rawls, 1971: 60–65). Prvi, sloboda se jednako garantuje svima dok svojim ponašanjem ne ugrožavaju slobode drugih (koncept negativne slobode). Drugi, društvene i ekonomske nejednakosti mogu da postoje u društvu ako se razumno može očekivati da je to na korist svih članova, a naročito na korist onih koji dobijaju manje od drugih. Konačno, pravičnost (engl. *fairness*) je prilagođavanje formalne pravde svakom konkretnom slučaju, njegovim osobenostima. Dobro je poznato da sudije treba da ispolje i osećaj pravičnosti odmeravajući okolnosti svakog konkretnog slučaja (više o pravdi i pravičnosti u: Vranjanac, Dajović, 2014: 93–100).

3 Da bi potkrepio svoju tezu, Mnuikin (Mnookin, 1993: 235–236), između ostalog, navodi primer individualnog spora iz američke sudske prakse – razvod supružnika i borba oko starateljstva nad detetom. Umesto iscrpljujuće borbe oko razvoda i starateljstva nad detetom u dugotrajnoj i skupoj parnici, strane u sporu mogle su da pristupe pregovaranju oko tih pitanja i ishoduju okončanje spora s nižim troškovima. Drugim rečima, obe strane, uključujući i dete, mogle su da poboljšaju svoje pozicije (postignu Paretovo poboljšanje) da su pristupile pregovorima, ali umesto toga spor se okončava sudskim putem na način kojim su i supružnici i dete na gubitku. Taj gubitak se odnosi na eksplicitne troškove advokata i veštaka, ali i značajne implicitne troškove, poput nanošenja emocionalnog bola detetu ili pogoršanja međusobnog odnosa supružnika i njihovog odnosa s detetom.

viška.⁴ Recimo, ako je kupac spreman da kupi kuću po ceni od *100.000 evra*, dok je prodavac spreman da proda kuću po ceni od *90.000 evra*, podela kooperativnog viška od *10.000 evra* na jednake delove predstavljala bi razumno rešenje. No, prodavac i kupac mogu da uđu u iscrpljujuću borbu oko podele kooperativnog viška radi uzimanja većeg dela kolača. To bi bilo racionalno ponašanje, ali je pitanje da li je razumno, imajući u vidu to da epilog strategijske borbe može biti nepostizanje podele kooperativnog viška.⁵ Hipotetički, ako kupac i prodavac znaju obostrane rezervacione cene, prodavac može zauzeti strategiju prodaje *ne ispod 99.999 evra*, a kupac strategiju kupovine *ne iznad 90.001 evra*. U ovom slučaju svako bi želeo da prisvoji što je moguće veću vrednost kooperativnog viška od *10.000 evra*. U pitanju su dve ekstremne pozicije radi materijalizacije maksimalne vrednosti kooperativnog viška, a koja zavisi od vrednosti kredibilne pretnje jednog i drugog učesnika u pregovorima.⁶ Sve u svemu, ovakva strategijska igra može dovesti do toga da se oba učesnika u pregovorima nađu u lošijoj poziciji, tj. da rezultat pregovora bude nepostizanje dogovora oko podele kooperativnog viška. Ekonomski rečeno, neto ishod može biti nepotrebno rasipanje resursa (novca, vremena i drugih) na neuspešne pregovore oko podele kooperativnog viška. U našem primeru to bi značilo da kupoprodaja ne bi bila realizovana, što bi predstavljalo nekooperativno rešenje igre.

Druga prepreka efikasnom rešenju spora posledica je tzv. *principal-agent problema* koji nastaje zbog divergentnih podsticaja (interesa) agenta i principala. Principal-agent problem može se ispoljiti u odnosu advokata i klijenta, ali i u odnosu menadžera korporacije i vlasnika (akcionara), poslodavca i radnika, izabranih predstavnika i građana (glasača), itd. Na primer, izabrani predstavnik bi možda nastojao da odustane od zaključenja nekog državnog sporazuma na uštrb interesa građana zbog procene da bi time izgubio glasove na izborima.

Kao treću prepreku uspešnim pregovorima Mnukin izdvaja brojne *kognitivne faktore*. Zadržaćemo se na *averziji prema gubitku* i *efektu*

4 Raspon između dve rezervacione cene jeste kooperativni višak (engl. *cooperative surplus*), koji, u osnovi, predstavlja novostvorenu vrednost usled alokacije resursa od niže ka višoj vrednosti. Za više detalja videti teoriju pregovaranja u: Cooter, Ulen, 2016: 74–76.

5 Kuter i Julin (Cooter, Ulen, 2016: 76, fusnota 5) koriste termin *razumno rešenje* nasuprot racionalnom rešenju i navode, s pozivom na rezultate kontrolisanih eksperimenata, da većina ljudi ne bi prihvatila ovakvu ponudu oko cene.

6 Pojedinačne isplate igrača u slučaju nekooperativnog rešenja igre (nepostizanja sporazuma) predstavljaju vrednost njihovih pretnji (engl. *credible threats*).

okvira. Averzija prema gubitku je otelotvorena u ljudskoj tendenciji da se gubici procenjuju značajnije nego dobiti identične veličine.⁷ Shodno tome, većina ljudi nije spremna na rizik (*da se kocka*) kada bira između sigurnog i nesigurnog dobitka, čak i kada nesiguran dobitak može doneti veću korist. S druge strane, ljudi su više spremni da preuzmu rizik (*da se kockaju*) kako bi izbegli *siguran gubitak* nego što su spremni da preuzmu rizik kako bi ostvarili dobitak, čak i ako je taj siguran gubitak veći. Ova kognitivna barijera može uticati na ishod pregovora ako bi jedna strana procenila da ustupak koji čini drugoj strani predstavlja siguran gubitak. Po logici bihevorista, ta strana bi preuzela rizik da izbegne siguran gubitak, tj. nastavila bi sa pregovorima koji sa sobom nose dalju neizvesnost i rizik i potencijalni odlazak na suđenje. Dalje, kada je reč o *efektu uokviravanja*, on znači da pojedinci donose različite odluke odluku da preuzmu rizik ili ne u zavisnosti od toga da li je ponuda opcija oblikovana kao dobitak (pozitivan okvir) ili gubitak (negativan okvir).⁸ U slučaju dobitka, izbegava se rizik, a u slučaju gubitka, rizik se preuzima, te manipulacija okvirom ima značajne implikacije, između ostalog, i na proces pregovora.

Konačno, poslednja prepreka efikasnom rešenju spora tiče se dobro istražene pojave u okviru socijalne psihologije, pre svega, od istraživača i profesora psihologije sa Stenforda, Li Rosa (Ross, 1994). U pitanju pojava *reaktivne devalvacije* koja se odnosi na situaciju kada jedna strana u pregovorima umanjuje aktuelnu vrednost ponude ili ustupka druge strane, naročito ako između njih postoje neprijateljski odnosi ili bilo koja vrsta animoziteta. Ova pojava je posledica pregovaranja kao društveno interaktivnog procesa između dve strane u sporu u kome one često izvode određene zaključke o namerama, motivima ili interesima druge strane. Tako je u jednom eksperimentu (naveden u: Ross, 1994: 30–31) studentima Stenford univerziteta postavljen zadatak da izaberu između dva kompromisna predloga (plana): 1) *momentalno povlačenje* investicija Univerziteta Stenford iz kompanija koje posluju sa južnoafričkom policijom ili vojskom i 2) *oročeno povlačenje* investicija nakon dve godine praćenja „demontaže“ aparthejd sistema u Južnoj Africi. Formirane su dve grupe studenata, i jednoj je rečeno da će Univerzitet izvršiti prvi, a drugoj da će izvršiti drugi plan, a preostalim studentima nisu ponuđeni specifični razlozi da veruju da li će Univerzitet primeniti jedan ili

7 Poznata je fraza na engleskom jeziku „losses loom larger than gains“ (Kahneman, Tversky, 1979: 279).

8 Za eksperimentalnu potvrdu ove tendencije na uzorku studenata prava, videti: Mojašević, 2019.

drugi plan. Eksperimentom je potvrđena hipoteza da pojedinci umanjuju vrednost aktuelnog predloga (plana), preferirajući drugi, alternativni predlog. Konkretno, kada je rečeno da će Univerzitet navodno primeniti drugi (oročeni) plan, 85% ispitanika se izjasnilo da preferira prvi plan; suprotno, kada im je rečeno da će Univerzitet primeniti prvi plan, 60% njih je taj plan ocenilo gorim nego drugi plan. Drugim rečima, dokazano je da pojedinci, u izboru između *ponuđene* i *neponuđene opcije*, preferiraju drugu i umanjuju vrednost prve opcije. Ovo i brojna druga istraživanja (za pregled videti: Ross, 1994: 29–33) ukazuju na to da pregovarači pokazuju sklonost ka verovanju da aktuelna ponuda druge strane ne odražava nikakvo odricanje od realne vrednosti, i na osnovu takve procene, odbijaju da učestvuju u razmeni sa drugom stranom. Ona strana koja je uputila inicijalnu ponudu proceniće odbijanje ponude u pregovorima kao odraz strategijskog ponašanja.⁹ Time se stvara začarani krug u procesu pregovora čiji epilog može biti nepostizanje sporazuma.

2. Uloga medijatora u prevazilaženju prepreka efikasnom rešenju spora

Kada je reč o ulozi medijatora u prevazilaženju prepreka efikasnom rešenju spora, ona je i više nego značajna (Mnookin, 1993: 248–249). Prvo, kada govorimo o strategijskom ponašanju strana u sporu, objašnjeno je da suštinu procesa pregovaranja predstavlja deoba kooperativnog viška i da njegova podela na jednake delove predstavlja razumno rešenje. Nameće se pitanje: da li medijator može pomoći da se izbegne nekooperativno rešenje igre uzrokovano strategijskim ponašanjem strana u sporu? Odgovor je pozitivan, ali postoje određeni uslovi koji moraju da se ispune da bi do toga došlo. Pre svega, medijator bi trebalo da stekne poverenje oba pregovarača. Samo u atmosferi poverenja postoji mogućnost da strane u sporu otkriju svoje prave potrebe i interese. Tek ukoliko je medijator uspeo da dopre do bazičnih potreba i interesa strana u sporu, može se očekivati da će im svojim veštinama pregovaranja pomoći da uvećaju kolač i da ga podele. U prethodnom primeru, medijator bi mogao da relaksira napetu situaciju između prodavca i kupca i da podstakne njihovo nestrategijsko ponašanje. Recimo, mogao bi da ih podstakne da razmišljaju o mogućim koristima od kooperativnog rešenja igre.

⁹ Pregovarač može odbiti ponudu iz strategijskih razloga kako bi u daljem toku pregovora izdejtstvovao još niži iznos ponude za sklapanje poravnanja.

Drugo, kada je reč o principal-agent problemu, medijator takođe može biti od koristi u njegovom prevazilaženju. Recimo,¹⁰ menadžer korporacije može imati drugačije interese u odnosu vlasnike korporacije po pitanju rešenja nekog spora. Menadžeru korporacije može biti u interesu da nastavi sa suđenjem, dok vlasnicima korporacije može biti u interesu sklapanje poravnjanja. Motiv zbog koga se menadžer ponaša drugačije u odnosu na vlasnike može biti izbegavanje lične odgovornosti, što postiže prolongiranjem sudskog postupka.¹¹ Takvo ponašanje menadžera može naneti veliku materijalnu štetu korporaciji i njenim vlasnicima. Da bi se to izbeglo, Mnookin (Mnookin, 1993: 248) navodi da bi medijator mogao da dovede za pregovarački sto predstavnika druge kompanije, koji nema vlasništvo u kompaniji u kojoj postoji kolizija interesa menadžera i vlasnika, i koji bi mogao da podstakne približavanje interesa menadžera i vlasnika. Zatim, slična kolizija interesa može postojati između advokata i klijenata (Mnookin, 1993: 242 i 248). Naime, advokati strana u sporu mogu biti snažno podstaknuti da idu na suđenje, što se često ispoljava u američkoj sudskoj praksi kada je reč o advokatima koji su plaćeni po satu radnog vremena. Taj njihov podsticaj može biti pojačan i aspiracijama njihovih klijenata, posebno ako su dobrog imovnog stanja i ako su spremni da idu do kraja u sudskoj borbi. No, podsticaj za izbegavanje suđenja može biti u visokom iznosu parničnih troškova. S obzirom na to da će parnične troškove snositi klijenti, postoji mogućnost da im medijator za pregovaračkim stolom pomogne da uvide da je njihov zajednički interes u zaobilazanju plaćanja tih troškova, i to okretanjem pregovaranju i sklapanju poravnjanja s drugom stranom. Jedino medijator to može da učini, jer se ne može očekivati od advokata, snažno podstaknutih odlaskom na suđenje, da utiču na stranke da se poravnaju.

Treće, kada je reč o kognitivnim barijerama, rečeno je da averzija prema gubitku i efekat okvira mogu negativno uticati na ishod pregovora. S tim u vezi, medijator bi mogao da preoblikuje izbore s kojima se suočavaju strane u sporu, to jest, mogao bi da ublaži negativnu percepciju strana da je ustupak koji vodi ka poravnanju siguran gubitak. To može učiniti tako što bi naglašavao pozitivne efekte rešenja spora putem poravnjanja. Drugim rečima, dobro obučeni medijator mogao bi da pomogne stranama u sporu da date izbore vide iz drugačije perspektive, tj. iz perspektive koja

10 Videti primer iz američke sudske prakse koji potvrđuje postojanje agencijskog problema između menadžera i akcionara preduzeća u: Mnookin, Wilson, 1989: 299 i na drugim mestima.

11 Pod time se misli i na ulaganje žalbe na prvostepenu presudu u cilju izbegavanja suočavanja sa posledicama.

vodi ka ishodu koji nije toliko negativan kako one procenjuju. Upravo se na ovakvim pitanjima ispoljava facilitatorska sposobnost medijatora.

Konačno, ukoliko je reč o reaktivnoj devalvaciji, uloga medijatora je više nego korisna. Naime, ako jedna strana procenjuje ustupak druge strane kao odraz neprijateljstva, pitanje je da li bi ta procena ostala identična ako bi predlog rešenja spora došao od strane trećeg neutralnog lica. Medijator može u odvojenim razgovorima sa stranama u sporu da ustanovi i otkrije njihove interese i potrebe, te formuliše predlog koji bi bio prihvatljiv za obe strane. Predlog mora biti veoma pažljivo sačinjen, jer ako ne sadrži bar minimum prihvatljivih elemenata za obe strane, pitanje je da li će biti prihvaćen. U svakom slučaju, na tom planu ispoljavaju se osobine dobro obučenog medijatora.

3. Pregovori između Srbije i samoproglašene Republike Kosovo

3.1. Šta je do sada dogovoreno?

Briselski sporazum (skr. BS), odnosno *Prvi sporazum o principima koji regulišu normalizaciju odnosa*,¹² potpisan je 19. aprila 2013. godine od strane Premijera Republike Srbije i Premijera samoproglašene Republike Kosova.¹³ Sporazum je potpisan nakon šest meseci pregovora i deset rundi razgovora uz posredništvo Evropske unije, odnosno Visoke predstavnice Evropske unije za spoljnu politiku i bezbednost Ketrin Ešton (*Catherine Ashton*). Cilj ovog sporazuma jeste normalizacija odnosa dveju strana,¹⁴ pri čemu se prvih šest tačaka odnose na formiranje tzv. Asocijacije/Zajednice srpskih opština (skr. ZSO), a preostale tačke na integraciju tzv. paralelnih struktura na severu KiM u kosovske policijske snage, kosovski pravni sistem, održanje opštinskih izbora i detalje primene.¹⁵

12 Za detalje sporazuma, videti: <https://www.kim.gov.rs/p03.php>

13 Prema Ustavu Republike Srbije, samoproglašena Republika Kosovo (skr. RK) ima tretman pokrajine koja je sastavni deo teritorije Srbije i položaj suštinske autonomije u okviru suverene države Srbije (videti: Preambulu Ustava RS, *Sl. glasnik RS*, 98/2006, 115/2021). U tekstu paralelno koristimo nazive *Samoproglašena Republika Kosovo* i tzv. *Kosovo*.

14 Normalizacija odnosa Srbije i tzv. Kosova predmet je razmatranja u i okviru Poglavlja 35 pristupnih pregovora Srbije sa EU („Ostala pitanja“). Videti: <https://eupregovori.bos.rs/progovori-o-pregovorima/poglavlje-35>

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

Briselski sporazum prati nekoliko dokumenata. Prvi dokument je Plan implementacije Sporazuma o normalizaciji odnosa između Beograda i Prištine (skr. Plan) koji se sastoji iz šest glavnih elemenata: 1. Prilagođavanje pravnih okvira; 2. Asocijacija/Zajednica; 3. Policija; Pravosuđe; 5. Lokalni izbori; 6. Opšte odredbe.¹⁶ Izdvajamo i tačku 6 ovog Plana pod nazivom *Opšte odredbe* koja predviđa *Punu implementaciju svih dogovora ranije postignutih u Dijalogu*,¹⁷ tzv. Tehničkih sporazuma¹⁸. Posebno je interesantan Tehnički sporazum koji se tiče regionalnog predstavljanja, u kome je u tački 2 predviđeno da će „Kosovo*“ biti jedini naziv koji će se koristiti u okviru regionalne saradnje.¹⁹ Na kraju ove tačke 6 kaže se da će „*dve strane nastaviti politički dijalog*“. Zatim, drugi dokument nosi naziv Delokrug rada i mandat Rukovodećeg tima za uspostavljanje ZSO, koji se sastoji iz dva dela: A. Sastav i funkcionisanje, B. Zadaci i odgovornosti.²⁰ Dalje, opšti principi za uspostavljanje ZSO predviđeni su u posebnom dokumentu naziva Asocijacija/Zajednica opština sa većinskim srpskim stanovništvom na Kosovu – opšti principi/glavni elementi, i oni su razvrstani na sledeće delove: pravni okvir, ciljevi, organizaciona struktura, odnosi sa centralnim vlastima, pravna sposobnost, budžet i podrška, opšte i završne odredbe.²¹ Izdvajamo njen pravni okvir, a to je da ZSO ima status pravnog lica koje može da poseduje pokretnu i nepokretnu imovinu i da zaključuje ugovore, sedište predviđeno statutom, budžet i organe (Skupštinu, Predsednika, Savet, Odbor, Administraciju, Kancelariju za žalbe). Naposljetku, sklopljeni su sporazumi u vezi s energetikom,²² telekomunikacijama²³ i pravosuđem²⁴.

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

17 Radi se o dogovorima koji se odnose na: Katastar; Matične knjige; Carinski pečat; Univerzitetske diplome; Slobodu kretanja; Regionalno predstavljanje; Integrisano upravljanje prelazima (IBM); Oficire za vezu; Specijalnu policijsku jedinicu za zaštitu verskog i kulturnog nasleda; Naplatu carina/fond za razvoj severnog Kosova.

18 Videti sve zaključene Tehničke sporazume na internet stranici Kancelarije za Kosovo i Metohiju Vlade Republike Srbije: <https://www.kim.gov.rs/pregovaracki-proces.php>

19 Fusnota koja će se primenjivati uz zvezdicu glasiće: „Ovaj naziv ne dovodi u pitanje stavove o statusu i u skladu je sa Rezolucijom Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija 1244 i mišljenjem Međunarodnog suda pravde o proglašenju nezavisnosti Kosova“.

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

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

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

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

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

Briselski sporazum, kao politički sporazum, potpisan je pre skoro deset godina, i do danas ZSO nije konstituisana, uprkos razradi principa za njeno formiranje. S druge strane, došlo je do postepene integracije srpskih institucija sa severa tzv. Kosova u kosovsko pravosuđe i policiju. No, budući da pitanje ZSO nije rešeno, novembra 2022. godine, pripadnici srpske nacionalnosti napuštaju kosovske političke institucije i prekidaju učešće i rad u organima policije i pravosuđa na severu tzv. Kosova.²⁵ Iako postoje i brojna druga sporna pitanja, kao što je, recimo, vlasništvo nad imovinom na teritoriji KiM,²⁶ pitanje ZSO kao da se „izdvojilo“ po značaju, te postalo kamen spoticanja daljih pregovora dveju strana.²⁷ U nastavku želimo da vrednosno neutralno sagledamo pregovore dveju strana u konceptualnom okviru prethodno izloženom u ovom radu, da identifikujemo prepreke u procesu pregovaranja i moguće implikacije na dalji tok pregovora. No, pre toga, potrebno je ustanoviti prirodu spora između dveju strana, a to nas navodi i na pitanje stavova javnog mnjenja o ovom pitanju.

3.2. Stavovi srpskog javnog mnjenja o tzv. Kosovu

Pitanje između čega se dve strane suštinski sukobljavaju dovodi nas do pitanja elemenata države. Kao što je rečeno, država Srbija južnu srpsku pokrajinu KiM tretira sastavnim delom svoje teritorije, dok samoproglašena Republika Kosovo smatra da je reč o nezavisnoj

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

26 U Zaključcima EU posrednika o sprovođenju Sporazuma o energetici iz 2013. godine, u završnom delu pod nazivom „Odricanje od odgovornosti“, albanska strana smatra da je *imovina na teritoriji Kosova u vlasništvu Republike Kosovo*, dok srpska strana smatra da je *u vlasništvu Republike Srbije* (videti: <https://www.kim.gov.rs/p20.php>).

27 Raniji kamen spoticanja u pregovorima dveju strana bilo je uvećanje carina na uvoz robe iz Srbije i BiH na tzv. Kosovo za sto odsto 2018. godine, zbog lobiranja Srbije protiv nezavisnosti tzv. Kosova u međunarodnim organizacijama. Uvećane carine bivaju zamenjene tzv. recipročnim trgovinskim merama marta 2020. godine, da bi potom ove potonje bile ukinute juna iste godine, kako bi bile uklonjene prepreke u procesu dijaloga o normalizaciji odnosa dveju strana. Ove mere imale su za posledicu smanjenje robne razmene između Srbije i tzv. Kosova, a prema nekim podacima, pad srpskog izvoza kreće se oko **37%** u periodu od 2017. do 2022. godine (videti: <https://www.slobodnaevropa.org/a/kosovo-izvoz-srbija-trgovina/31706854.html>).

državi.²⁸ Polazeći od opštepoznate premise²⁹ da jednu državu čini: 1) stanovništvo,³⁰ 2) teritorija, 3) suverena vlast,³¹ možemo uočiti da je, formalno gledano, suštinski sukob dveju strana oko drugog elementa: teritorije. Preciznije, radi se o teritorijalnom sukobu dveju etničkih grupa: Srba i Albanaca. Animizitet između dveju etničkih grupa potvrđen je brojnim istraživanjima.³² Takođe, reprezentativno istraživanje stavova građana Srbije o Kosovu Centra za društveni dijalog i regionalne inicijative iz 2021. godine³³ pokazuje sledeće: 1) tema KiM u Srbiji izaziva veliki emocionalni naboj, a emocije koje dominiraju jesu: tuga, ravnodušnost, ponos, ljutnja, strah, itd.; 2) indeks etničke distance iznosi 0,41 (na skali od 0 do 1); 3) skoro dve trećine ispitanika uglavnom ili u potpunosti podržava dijalog Beograda i Prištine; 4) oko 40% ispitanika ne zna šta je plan Predsednika Srbije za Kosovo, te je i podeljeno po pitanju podrške tom planu; 5) najveći broj ispitanika (oko 45%) smatra da Briselski dijalog postepeno vodi ka priznanju nezavisnosti Kosova; 6) dominiraju stavovi da Srbi imaju istorijsko pravo na Kosovo; da su Albanci doseljenici, a Srbi starosedeoци na

28 Skupština tzv. Kosova je 17. februara 2008. godine usvojila aklamacijom *Deklaraciju o nezavisnosti Kosova*, za koju je glasalo svih 109 albanskih poslanika. Međunarodno priznanje samoproglašene Republike Kosovo dobijeno je od 98 članica Ujedinjenih nacija – UN (oko 50%) i tri entiteta koji nisu članice UN (Tajvan, Kukova ostrva i Niue). Ukupno 51 država je priznala tzv. Kosovo iste godine kada je ono proglasilo nezavisnost (2008). Poslednje priznanje dobijeno je od države Izrael 2020. godine. Videti: <https://www.danas.rs/vesti/politika/koje-drzave-su-priznale-kosovo-a-koje-nisu-infografika/>

29 Za detaljniju raspravu o državi, upućujemo na sociološko-pravnu studiju Slobodana Jovanovića (Jovanović, 1990).

30 Prema poslednjem popisu stanovništva na tzv. Kosovu iz 2011. godine, Albanci čine **92,93%** ukupnog stanovništva (tačnije: 1.739.825), a Srbi 1,47%, s tim da u popis nisu bili uključeni stanovnici opština Leposavić, Zubin Potok i Severna Mitrovica, dok su u preostalim opštinama Srbi samo delimično učestvovali na popisu (videti: <https://www.aa.com.tr/ba/balkan/popis-stanovni%C5%A1tva-na-kosovu-naredne-godine-od-1-septembra-do-16-oktobra/2699605>).

31 Budući da je Republika Srbija nakon potpisivanja Vojno-tehničkog sporazuma, tzv. Kumanovskog sporazuma (skr. KS), 9. juna 1999. godine, „povukla“ svoju vojsku i policiju sa teritorije KiM, ona je faktički izgubila ključne poluge suverene vlasti na delu svoje teritorije. Videti sadržaj KS: <https://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/en/8911>

32 Skorašnje istraživanje agencije „Faktor plus“ povodom projekta „Srbi i Albanci – kojim putem dalje“, pokazuje da dve trećine Srba ne voli Albanaca, a skoro isto toliko Albanaca Srbe. Videti: <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/politika/3270221/istrazivanje-srbi-i-albanci-ne-vole-se-a-ne-poznaju-se.html>

33 Istraživanje dostupno na: <https://cddri.rs/wp-content/uploads/2021/06/Stavovi-gradjana-Srbije-o-Kosovu.pdf>

Kosovu; da je priznanje poniženje i sramota; da je „Kosovo srce Srbije“, itd. Posebno je indikativan stav da Kosovo nije izgubljeno (oko 55%), odnosno da jeste (oko 36%), te da je Srbija izgubila Kosovo bombardovanjem NATO pakta i ratom (oko 61%). Zatim, skoro 70% ispitanika radije bi biralo sveobuhvatni sporazum koji obuhvata: osnivanje ZSO, zaštitu manastira, Srbija ne priznaje faktički Kosovo, ali ono postaje članica UN, u odnosu na sveobuhvatni sporazum koji obuhvata: razgraničenje Srbije i Kosova, Srbija priznaje nezavisnost Kosova i Kosovo postaje članica UN, a za uzvrat Srbija dobija sever Kosova (oko 30% ispitanika). Dodajmo i to da na budućem referendumu, oko 65% ispitanika uopšte ne bi podržalo sporazum koji priznaje nezavisnost Kosova, a kao najmanje loše rešenje (oko 30% ispitanika koji bi ga uglavnom ili u potpunosti podržali) izdvaja se ono kojim se ne priznaje nezavisnost, ali Srbija pristaje na članstvo Kosova u UN, a zauzvrat dobija ZSO. Konačno i ne manje važno je i to da bi oko 64% ispitanika radije biralo ekonomski i politički napredak Srbije u odnosu na 36% onih koji bi pre birali suverenitet Srbije nad Kosovom. Naposletku, oko 71% ispitanika ne bi podržalo priznanje nezavisnosti Kosova ako bi to bio uslov za ulazak u EU (identičan procenat je utvrđen i 2019. godine). Ispitanici se boje da bi priznanje Kosova generisalo gubljenje i drugih teritorija Srbije.

Ovo istraživanje jasno pokazuje da među građanima Srbije prevladava stav da su za neku vrstu sporazuma (kompromisa) i da su više zainteresovani za ekonomski i politički napredak Srbije nego za teritorijalna pitanja. Međutim, istovremeno ova tema za njih ima značajnu emocionalnu i simboličku vrednost, jer dotiče pitanje grupnog identiteta. Iz tog razloga potrebno je „zaviriti“ u teorije intergrupnog sukoba, čije ćemo osnovne elemente prikazati u nastavku.³⁴

4. Teorije grupnog konflikta - implikacije na srpsko-albanski sukob

Da bismo razumeli prirodu etničkog sukoba između Srba i Albanaca, nužno je sagledati dve teorije: teoriju realističnog (grupnog) konflikta (skr. TRK) i teoriju socijalnog identiteta (skr. TSI). Teorija realističnog (grupnog) konflikata polazi od teze da *realni konflikt grupnih interesa uzrokuje intergrupni konflikt* (izvorno u: Campbell, 1965; citirano u: Tajfel, Turner, 1979: 33). Ova teorija potvrđena je brojnim eksperimentalnim

³⁴ Osnovna intencija nije da duboko zalazimo u brojne individualne i grupne teorije konflikata, već samo da skiciramo elemente dveju teorija značajnih za naš predmet istraživanja.

i terenskim studijama (za pregled i evaluaciju videti: Jackson, 1993). TRK stavlja akcenat na funkcionalne odnose između grupa, njihovu težnju za prisvajanjem retkih resursa, bilo fizičkih (teritorije, hrane ili vode) ili psiholoških (statusa, prestiža ili moći). Usled te težnje nastaje konkurencija između grupa koja može da se pretvori u otvoreni društveni sukob. Istovremeno, intergrupni konflikt jača intragrupnu koheziju i privrženost pripadnika grupi kojoj izvorno pripadaju. Pri tome, nije bitno da li pretnja druge grupe (recimo, etničke grupe S) zaista postoji, dovoljno je da pripadnici prve grupe (etničke grupe K) *veruju* da ta pretnja postoji. U tom slučaju mogu se javiti neprijateljska osećanja prema grupi S, a da li će se ona pretočiti u diskriminatorno i neprijateljsko ponašanje zavisi od moći koju ta grupa poseduje. U svakom slučaju, ishod može biti formiranje negativnih stereotipa o drugoj grupi sa pratećim nepoverenjem i distancom, a intenzitet konflikta svakako zavisi od percipirane vrednosti i oskudnosti resursa koji su predmet spora. Iz ovoga se jasno vidi da odnos dveju grupa liči na igru nulte sume – dobitak druge grupe se percipira kao gubitak prve grupe što generiše neprijateljsko ponašanje (detaljnije u: Baumeister, Vohs, 2007).

TRK je dopunjena teorijom socijalnog identiteta (Tajfel, Turner, 1979). Ova teorija polazi od toga da je pripadnost grupi važan izvor našeg ponosa i samopoštovanja, koja tvori, pored ličnog, i grupni identitet. Pošto pripadamo grupi, delimo svet na „naš“ i „njihov“, odnosno vršimo tzv. društvenu kategorizaciju, naglašavajući razlike između različitih grupa i sličnosti između pripadnika iste grupe. U pitanju je normalan kognitivni proces koji dovodi do toga da tražimo negativne aspekte druge grupe kako bismo ojačali pozitivnu sliku o grupi kojoj pripadamo. U svakom slučaju, predrasude koje formiramo prema drugoj grupi mogu dovesti do brojnih negativnih posledica. Pored socijalne kategorizacije, odigrava se i drugi kognitivni proces: društvena identifikacija, odnosno usvajanje identiteta grupe koju smo kategorisali kao „našu“. Na primer, pripadništvo srpskoj etničkoj grupi (prethodna kategorizacija) generiše da se ponašamo kao „Srbi“ i da se povinujemo normama te grupe. Konačno, poslednja faza formiranja grupnog identiteta jeste društvena komparacija. Jednom kada smo kategorisali pripadnost grupi, identifikovali sa njom i povinovali njenim normama, sledi upoređivanje s drugom grupom, naročito onom koju percipiramo kao rivalsku. Zaključak ove teorije jeste da neprijateljstvo dveju grupa (na primer, Srba i Albanaca) ne nastaje samo zbog borbe za oskudne resurse (što postulira TRK), nego i kao rezultat sukoba socijalnih identiteta

(što postulira TSI), naročito u situaciji kada postoji (stvarna ili percipirana) pretnja tom identitetu.

5. Ključne prepreke u pregovorima dveju strana i moguća rešenja

Na osnovu izloženih teorija intergrupnog konflikta, postuliramo da sukob dveju etničkih grupa – Srba i Albanaca – ima korene u borbi za oskudne resurse – teritoriju (uključujući i druge vredne resurse na toj teritoriji),³⁵ ali i da je refleksija sukoba socijalnih identiteta. Stoga, ovaj konflikt ima dve dimenzije: 1) materijalnu i 2) emocionalnu (simboličku). Ako pođemo od ovakve prirode konflikta, pitanje je da li se on, i na koji način, može prevazići? U pokušaju da ponudimo neka rešenja, stavljamo prethodno opisane pregovore dveju strana u opisani Mnukinov konceptualni okvir, kako bismo identifikovali prepreke efikasnom i pravičnom rešenju konflikta.

Strategijska borba. Dosadašnji pregovori otkrivaju da su obe strane manje-više zauzimale maksimalističke pozicije. Iako je priroda ovog konflikta višedimenzionalna, uočavamo da jedna strana zauzima strategiju permanentnog insistiranja na priznanju, dok se druga strana tome stalno protivi. Strategija „ništa bez priznanja“ i opozitna „ne damo priznanje“ predstavljaju strategijske pozicije s ciljem uzimanja što je moguće većeg dela kolača. Strane se ponašaju racionalno, ali je pitanje da li i razumno.³⁶ Pitanje priznanja verovatno je i ključni „kamen temeljac“ ovih pregovora, te ako se ne nađe način da se ovaj problem reši ili makar ublaži, pregovori će još jednom zapasti u „čorsokak“. U ovom slučaju, medijator (EU) bi mogao da podstakne obe strane da razmišljaju o mogućim koristima od kooperativnog rešenja igre i ublaži njihove strategijske pozicije. Pritom, sudeći po dosadašnjem ponašanju (izjavama) srpske strane, ne može se očekivati da će ona formalno priznati nezavisnost dela teritorije koju smatra svojom.³⁷ U dosadašnjim pregovorima primećujemo da se ide na neku vrstu *faktičkog priznanja*,³⁸ ali ne i formalnog (ili je to samo prvi korak ka kasnijem insistiranju

35 Ovde mislimo na prirodna bogatstva, pre svega rude, ali i druge resurse.

36 O razlici između razumnog i racionalnog rešenja igre, videti fusnotu broj 5.

37 U radu se razmatra ideja o formalnom priznanju tzv. Kosova „u postojećim granicama“ od strane Republike Srbije, a ne i ideja o podeli Kosova i Metohije, koja je, sagledavajući aktuelna zbivanja u pregovorima, napuštena.

38 Štaviše, koriste se meki izrazi poput „prihvatanja realnosti“. Iako logičan, ovaj stav mora da se dopuni time da je realnost ono što dve strane *percipiraju da jeste*. U toj percepciji, emocionalna komponenta podjednako je važna jer ona „boji“ tu percepciju.

na *de jure* priznanju?).³⁹ Kako god bilo, pregovori ne mogu uroditi plodom ako se srpskoj strani ne pruži neka vrsta izlazne strategije radi „čuvanja nacionalnog obraza“ (engl. *face saving*). U ovom delu pregovora, najviše prepoznajemo emocionalnu i simboličku vrednost za srpsku stranu. Od nje se insistira da se odrekne „nečega“ u šta je decenijama (materijalno i emocionalno) ulagala. Upravo ovi nepovratni troškovi (engl. *sunk costs*) značajno determinišu poziciju srpske strane i generišu njene (sadašnje i buduće) odluke. Ako se ne nađe način za prevazilaženje ovih nepovratnih troškova, odnosno ako se ne pruži pravična kompenzacija za njihovo snošenje, pregovori ne samo da ne mogu dovesti do obostrano prihvatljivog rešenja nego mogu ostati na nivou dosadašnjih (političkih i tehničkih) sporazuma. Hipotetički gledano, čak i ako se srpskoj strani nametne neko rešenje koje ne uvažava ovaj bazični interes, i ona ga nevoljno prihvati, to će biti izvor dodatnih sukoba u budućnosti ili ponavljanja ranijeg sukoba. Bilo koje rešenje treba da bude izbalansirano i da uvaži emocionalnu komponentu srpske i albanske strane, budući da prva doživljava da joj je ratom oteto nešto što njoj izvorno pripada i potom dato drugom na upravljanje, dok druga strana smatra da je decenijama ugnjetavana od prve strane, te joj ova teritorija i pripada.

Principal-agent problem. Ovaj problem svakako se reflektuje u odnosu pregovarača i građana koje zastupaju. Ako pođemo od toga da ogromna većina Srba ne želi da prizna nezavisnost tzv. Kosova, i da ogromna većina Albanaca želi samo priznanje, može se reći da glavni pregovarači manje-više ostaju na pozicijama građana koje zastupaju. No, imajući u vidu to da su pregovarači izloženi velikom pritisku trećih lica (pre svega, EU medijatora, ali i drugih zainteresovanih strana, poput SAD),⁴⁰ njihovi lični i politički interesi divergiraju u odnosu na interese onih koje zastupaju. Tu divergenciju dalje pokušavaju da iskoriste i opozicione stranke i grupacije u Srbiji i na tzv. Kosovu, te možemo govoriti o mnoštvu prepletenih interesa. Prema tome, ovde se ne radi samo o (doslednom) zastupanju interesa dvaju naroda, već i o tome da pregovarači moraju da vode računa i o implikacijama eventualnog zaključenja sporazuma na njihovu *političku poziciju i reputaciju*. Ako pođemo od toga, onda medijator svakako mora da uvaži ove divergentne interese i da nađe prostor za njihovo približavanje, ali pre svega na način koji ne bi ugrozio vitalne interese dveju sukobljenih etničkih grupa radi čijeg mira i buduće saradnje se pregovori i vode. To praktično

39 Podsetimo da normalizacija odnosa treba da dovede do pravno obavezujućeg sporazuma.

40 Pritisci su značajno intenzivirani prolongiranjem rusko-ukrajinskog rata.

znači da za pregovaračkim stolom medijator treba da pomogne obema stranama da uvide da je njihov zajednički interes u zaobilaženju plaćanja cene nepostizanja sporazuma.⁴¹ U interesu je dveju etničkih grupa da do pravičnog sporazuma dođe (istraživanja pokazuju da većina građana Srbije to želi), a lične i političke pozicije pregovarača treba da ostanu u drugom planu. Ovaj sukob nadilazi trenutne političke pozicije pregovarača i tiče se budućnosti dvaju naroda, a na umešnosti medijatora je da li će do toga zaista i doći.

Kognitivne barijere. Navođenje svih kognitivnih barijera uočenih u dosadašnjim pregovorima prevazilazi okvire ovog rada, te ćemo se zadržati samo na averziji prema gubitku i efektu okvira. Percepcija potencijalnog gubitka do sada je generisala rizično ponašanje strana u pregovorima. Brojni su primeri, a eklatantan je uvođenje carina od sto odsto, kao recipročne mere zbog lobiranja srpske strane, a u stvari se radi o percepciji stvarnog i potencijalnog gubitka koji uslovljava takvo ponašanje.⁴² Verovatno je formiranje ZSO-a, uprkos prethodno preuzetim obavezama, u percepciji albanske strane i najveći gubitak, zbog čega ga tako zdušno izbegava sa svim negativnim posledicama na dalji tok pregovora i konačno rešenje. Šire gledano, jasno je da srpska strana „priznanje“ doživljava kao gubitak, dok albanska strana „nedobijanje priznanja“ verovatno isto tako percipira. Da nije ovih percepcija, možda bi dosadašnji pregovori dali veće rezultate. Pošto nije tako, došlo je do prolongiranja pregovora rizičnim ponašanjem obeju strana⁴³ i pitanje

41 U jednoj o poslednjih rundi pregovora srpskoj strani bilo je predloženo s čim će se suočiti ako ne prihvati tzv. Francusko-nemački, odnosno Evropski predlog – povlačenje stranih investicija, moguće sankcije, oduzimanje bezviznog režima, itd. Njegovo predočavanje mnogi su protumačili kao „ultimatum“ ili, nešto blaže, kao „ucenu“. Mi smatramo da je reč o svojevrsnom pritisku i suočavanju da se dve strane privole na potpisivanje sporazuma i da tek predstoje nove runde pregovora. Videti: <https://www.danas.rs/vesti/politika/sta-pise-u-francusko-nemackom-dokumentu-o-kosovu/>. Originalni tekst još uvek *nepotpisanog* Evropskog predloga, tačnije, Dijaloga Beograda i Prištine: Predlog EU – Sporazum o putu normalizacije između Kosova i Srbije (engl. *Belgrade-Pristina Dialogue: EU Proposal – Agreement on the path to normalisation between Kosovo and Serbia*) objavljen je na sajtu EU, 27.2.2023. godine, videti: https://www.eeas.europa.eu/eeas/belgrade-pristina-dialogue-eu-proposal-agreement-path-normalisation-between-kosovo-and-serbia_en

42 Stvarni gubitak je da tzv. Kosovo nije primljeno u Interpol, a potencijalni da se to može negativno odraziti na budući prijem u ovu ili druge međunarodne organizacije (videti: <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/politika/3329646/ko-sve-nije-dao-glas-za-prijem-kosova-u-interpol.html>).

43 Bez obzira na uzrok, povlačenje političkih predstavnika Srba iz tzv. kosovskih institucija takođe predstavlja rizičan potez koji unosi nestabilnost u pregovarački

je kada će se okončati ako se percepcija gubitka ne pretoči u neku vrstu dobitka za obe strane. Dakle, promena okvira iz negativne u pozitivnu od supstancijalnog je značaja za uspeh ovih pregovora. Cela priča mora da se okonča na iole pozitivan način koji će (i srpska i albanska) javnost moći da prihvati ili da ne doživi kao (potpuni) gubitak. Za srpsku stranu najnegativnije je formalno priznanje nezavisnosti, te insistiranje na njemu samo produbljuje problem. Na ovom mestu dodajemo i to da će potencijalno manipulisanje okvirom biti prepoznato u domaćoj javnosti, koja je ionako ophrvana sumnjama da se ovim pregovaračkim procesom „puzajući“ ide ka nekoj vrsti priznanja.⁴⁴ Sporazum jednostavno mora da zadovolji interese i potrebe obeju strana uz pravične obostrane ustupke.

Reaktivna devalvacija. Ovo je verovatno i najizraženija prepreka u dosadašnjim pregovorima, što je i razumljivo ako se ima u vidu priroda, intenzitet i trajanje ovog konflikta. Jednostavno, društvena atmosfera u kojoj se odvijaju pregovori i više je nego neprijateljska, a i odnosi između pregovarača ne odišu prijateljstvom i poverenjem. U takvoj atmosferi, svaki ustupak druge strane izaziva podozrenje i umanjenje njegove vrednosti. Ako bismo u jednoj rečenici opisali ovaj konflikt onda bi to bilo veliko nepoverenje dveju strana. U krajnjem, to je i osnovni razlog za uključanje medijatora. Naglašavamo da fasilitatorske veštine medijatora verovatno nisu i neće biti dovoljne za uspeh u pregovorima. Potrebno je da treće lice uputi pravičan predlog za rešenje ovog konflikta. Pravičan predlog ne znači da on može da zadovolji sve interese i potrebe obeju strana, već da sadrži izbalansirano uskraćivanje zadovoljenja pojedinih interesa dve strane. Verovatno bi takav pristup bio u skladu i sa preferencijama bar većine pripadnika dveju etničkih grupa. U ovim pregovorima mnogo važniji je pravičan pristup i tretman dveju strana, budući da su one verovatno svesne da konačno rešenje ne može biti u potpunosti pravično, bar ne onako kako bi one želele.

6. Zaključak

U dosadašnjim pregovorima Srbije i tzv. Kosova prepoznamo brojne prepreke, počev od strategijskog ponašanja, preko principal-agent problema i kognitivnih barijera, do veoma izražene reaktivne devalvacije. Naglašavamo da njihovo prevazilaženje svakako zavisi od umešnosti evropskog posrednika, pri čemu njegove fasilitatorske

proces.

44 Ove sumnje možda su i opravdane, ali svakako treba uzeti u obzir i to da je srpska strana preuzela odgovornost donošenjem odluke da učestvuje u ovim pregovorima.

veštine nisu i neće biti dovoljne. Potrebno je da medijator uputi predlog koji će predstavljati izbalansirano uvažavanje vitalnih interesa dveju strana, zbog sveprisutnog neprijateljstva i animoziteta sukobljenih etničkih grupa i njihovih predstavnika. Ključna tačka spoticanja tiče se formalnog priznanja nezavisnosti tzv. Kosova, oko čega postoje nepomirljivi stavovi. Bilo koje stvarno ili percipirano nametnuto rešenje, iako kratkoročno s određenim koristima, dugoročno može samo da produbi sukob socijalnih identiteta Srba i Albanaca. Prevazilaženje tog sukoba može da bude u „nuđenju evropske perspektive“ i nekoj vrsti „subordinisanog evropskog identiteta“, ali prema našem viđenju, iako nužno u ovoj vrsti konflikta (kako postulira TSI), to ne može biti dovoljno. U pregovorima je mnogo važniji pristup i pravičan tretman, kako bi pregovarači mogli da ponude onima koje zastupaju (domaćoj javnosti) sporazum koji neće biti percipiran kao (potpuni) gubitak. Prostor za to postoji, a ohrabrenje dolazi iz rezultata istraživanja srpske javnosti koji ukazuju na to da bi ona bila spremna da prihvati dogovor koji pre svega ne ugrožava njen emocionalni odnos prema ovom identitetskom pitanju. Da li će do toga doći, umnogome zavisi od sagledavanja dubine ovog konflikta i uvažavanja principa pravičnosti. Ovaj rad pokušava da ukaže na prirodu ovog (međunarodnog) konflikta, i da iz ugla postojećih teorijskih modela pregovaranja, ali i zdravorazumskog posmatranja,⁴⁵ ponudi određena rešenja i perspektive njegovog prevazilaženja.

Literatura

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

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

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

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

Jovanović, S. (1990). *O državi*. Sabrana dela, Tom 1. Beograd: BIGZ.

⁴⁵ Uz sva ograničenja autorovog pristrasnog rezonovanja budući da je i sam pripadnik etničke grupe koja je predmet razmatranja.

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

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

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

Mojašević, A. (2019). Empirijsko istraživanje efekta uokviravanja kao vida kognitivne pristrasnosti. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 67(2). 79–101.

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

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

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

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

Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. br. 98/2006 i 115/2021.

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

Internet izvori:

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

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

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

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

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

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

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

Kancelarija za Kosovo i Metohiju. Vlada RS. *Asocijacija/Zajednica opština sa većinskim srpskim stanovništvom na Kosovu – opšti principi/glavni elementi*. Pristupljeno 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p17.php>

Kancelarija za Kosovo i Metohiju. Vlada RS. *Delokrug rada i mandat Rukovodećeg tima za uspostavljanje ZSO*. Pristupljeno 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p01.php>

Kancelarija za Kosovo i Metohiju. Vlada RS. *Zaključci EU posrednika o sprovođenju Sporazuma o energetici iz 2013. godine*. Pristupljeno 1. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p20.php>

Kancelarija za Kosovo i Metohiju. Vlada RS. *Plan primene sporazuma o normalizaciji odnosa Beograda i Prištine*. Pristupljeno 1. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p02.php>

Kancelarija za Kosovo i Metohiju. Vlada RS. *Pravosuđe*. Pristupljeno 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p06.php>

Kancelarija za Kosovo i Metohiju. Vlada RS. *Prvi sporazum o principima koji regulišu normalizaciju odnosa*. Pristupljeno 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p03.php>

Kancelarija za Kosovo i Metohiju. Vlada RS. *Pregovarački proces sa Prištinom*. Pristupljeno 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/pregovarac-ki-proces.php>

Kancelarija za Kosovo i Metohiju. Vlada RS. *Sporazumi u vezi sa energetikom*. Pristupljeno 1. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p04.php>

Kancelarija za Kosovo i Metohiju. Vlada RS. *Telekomunikacije*. Pristupljeno 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p05.php>

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

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

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

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

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

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

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

Summary

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

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

Davorin Pichler*, LL.D.,
Associate Professor,

Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek
Republic of Croatia

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

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

UDK: 347.426:349.418]:004(497.5)

UDK: 349.4:004.738.5](497.5)

Rad primljen: 26.06.2023.

Rad prihvaćen: 21.07.2023.

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

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

* dpichler@pravos.hr

* drazen@etfos.hr

* ljvlatko@gmail.com

** This paper is the result of research conducted within the project Substantive and Procedural Civil Law in the 21st Century - Current Situation and Trends in the Future (IP-PRAVOS - 7), funded by the J.

J. Strossmayer University in Osijek. The paper was presented at the International Scientific Conference

“Law and Social Values”, held at the Faculty of Law, University of Niš, on 21 and 22 April 2023.

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

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

1. Introduction

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

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

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

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

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

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

2. Land Registry Management Models

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

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

4 Article 3 paragraphs 1-2 of the LRA

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

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

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

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

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

2.1. Insight into Land Registries

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

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

10 Article 14 paragraphs 1-2 of the LRA.

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

12 Article 4 paragraph 4 of the OORPRCJIS.

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

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

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

15 Article 4 paragraph 3 of the OESUAUJIS.

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

17 Article 5 paragraphs 1-3 of the OESUAUJIS.

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

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

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

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

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

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

¹⁹ Article 6 paragraph 1 of the OESUAUJIS.

4. Possibility of Demonstrating Data Modification in the JIS

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

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

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

5. Possibility of Information System Protection

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

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

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

22 Article 12 of the OESUAJIS.

23 ISO/IEC 27001 – Information security management system.

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

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

6. Damage Liability Model

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

24 Article 9 paragraphs 1-2 of the LRA.

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

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

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

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

7. Hosting Agreement

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Conclusion

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

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

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

References

Books and articles

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

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

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

- Ćepulić, E., Roksandić Vidlička, S., Babić, T. (2008). Skandinavski model osiguranja od medicinske greške – može li zaživjeti u okviru naših propisa. U: Barbić, J. (ur.) *Građanskopravna odgovornost u medicini*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava. 125-133.
- Crnić, I. (2006). *Zakon o obveznim odnosima*: Napomene, komentari, sudska praksa i prilozi. Zagreb: Organizator.
- Death, D. (2017). *Information Security Handbook*. Packt Publishing, Birmingham, UK.
- Dika, M. (2006). Zajednička načela registarskog postupovnog prava. U: Josipović, T. (ur.) *Hrvatsko registarsko pravo*. Zagreb: Narodne novine. 29-39.
- Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z. (2007). *Stvarno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Josipović, T. (2001). *Zemljišnoknjižno pravo*. Zagreb: Informator.
- Josipović, T. (2006). *Zajednička načela registarskog materijalnog prava*. U: Josipović, T. (ur.) *Hrvatsko registarsko pravo*. Zagreb: Narodne novine. 1-28.
- Klarić, P., Vedriš, M. (2006). *Građansko pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Pichler, D. (2022). *Novo zemljišnoknjižno uređenje*. Osijek: Pravni fakultet.
- Pichler, D. (2018). Objective Liability For Damages in Medicine and Prevention of Violation of Healthcare Rules (Medical Errors). Niš: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 79/2018, 241-252
- Proso, M. (2009). Sustavi osiguranja od odštetne odgovornosti u zdravstvenoj djelatnosti. Split: *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, god. 46, br. 2. 359-372.
- Šimundić, S., Franjić, S. (2009). *Računalni kriminalitet*. Split: Pravni fakultet.
- Triva, S. (1978). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Verwoerd, T. (1999). *Active Network Security*. University of Canterbury, UK.
- Legal sources and technical standards
- Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina (Act on State Survey and the Real Property Cadastre), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 112/18, 39/22.
- Zakon o zemljišnim knjigama (Land Registry Act), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 63/19, 128/22.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Web sources

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

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

Dr. sc. Davorin Pichler,

Vanredni profesor,

Pravni fakultet, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

Republika Hrvatska

Dr. sc. Dražen

Tomić, Docent,

Fakultet elektrotehnike, računarstva i informacijskih tehnologija,

Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

Republika Hrvatska

Vlatko Ljubanović,

student treće godine Integriranog preddiplomskog i diplomskog sveučilišnog studija

Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

Republika Hrvatska

ODGOVORNOST REPUBLIKE HRVATSKE ZA ŠTETU PROUZROKOVANU KOMPROMITACIJOM INFORMACIONOG SISTEMA ZEMLJIŠNIH KNJIGA I KATASTRA

Rezime

Tradicionalni način vođenja zemljišne knjige, do njihove digitalizacije u Republici Hrvatskoj, bilo je ručno vođenje zemljišnih knjiga. Novi Zakon o zemljišnim knjigama određuje da se zemljišne knjige, u Republici Hrvatskoj, vode elektronski u Zajedničkom informacijskom sistemu zemljišnih knjiga i katastra. Usklađeni podaci zemljišne knjige i katastra vode

se u Bazi zemljišnih podataka unutar Zajedničkog informacijskog sistema zemljišnih knjiga i katastra. Baza zemljišnih podataka nastaje kompjuterizacijom ručno vođene zemljišne knjige i katastra nekretnina, odnosno objedinjavanjem katastarskih i zemljišnoknjižnih podataka u istu bazu. Na taj način povećava se pravna sigurnost prometa nekretnina jer se na jednom mestu može utvrditi i pravni status zemljišta i sva ograničenja bitna za pravni promet nekretnina (koncesije, status javnog dobra i sl.). Baza zemljišnoknjižnih podataka omogućava da danas svaka promena na zemljištu bude vidljiva odmah bez potrebe uzajamnog obaveštavanja zemljišnoknjižnog suda i katastra o promenama na zemljištu i stvarnim pravima na zemljištu i drugim nekretninama. Zajedničkim informacijskim sistemom zemljišnih knjiga i katastra zajednički koordiniraju i upravljaju Ministarstvo pravosuđa i uprave Republike Hrvatske i Državna geodetska uprava. Zakon o zemljišnim knjigama određuje da Republika Hrvatska objektivno odgovara za štetu prouzrokovanu greškama u vođenju zemljišnih knjiga. Odgovornost Republike Hrvatske za štetu postoji ako je šteta prouzrokovana manom ili nedostatkom računarskog programa ili zakazivanjem računara. U radu će se istražiti adekvatnost mera zaštite informacijskog sistema zemljišnih knjiga i katastra, opšta pravila sigurnosti i kontrole pristupa informacijskom sistemu te analizirati opasnost kompromitacije sistema zemljišnih knjiga i katastra. U odnosu na odgovornost Republike Hrvatske za štetu prouzrokovanu greškama u vođenju zemljišnih knjiga, rad će prikazati model odgovornosti za štetu koji se primenjuje za štete koje nosiocima knjižnih prava nastanu zbog neovlašćenog pristupa računarskom sistemu zemljišnih knjiga i katastra. Naglasiće se prednosti i nedostaci primene modela subjektivne ili objektivne odgovornosti za štetu u ovim slučajevima, istaći pojedina otvorena pitanja u vezi s primenjenim modelom odštetne odgovornosti de lege lata, ali i ukazati na moguća pravna rešenja i eventualnu potrebu intervencije zakonodavca de lege ferenda.

Ključne reči: šteta, zemljišne knjige, katastar, informacijski sistem, digitalizacija.

Magdalena Skibińska*, LL.D.
Assistant Professor,
Institute of Law Studies, University of Zielona Góra
Republic of Poland

UDK: 347.91/.95](438)
UDK: 340.15(4)"04/14"
Rad primljen: 03.06.2023.
Rad prihvaćen: 22.06.2023.

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

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

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

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

1. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Increasing importance of written elements in civil proceedings

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Conducting proceedings in camera

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Segmental, piecemeal unfolding of the process

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

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

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

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

5. Long duration of the proceedings

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Conclusion

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

References

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Waśkowski, E. (1931). *Zasady podstawowe Kodeksu postępowania cywilnego*. *Więski Przegląd Prawniczy*. 10. 289-296.

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

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

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

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

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

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

Online sources

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

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

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

*Dr. Magdalena Skibińska,
Docent,
Instytut za pravne studije, Univerzitet u Zelenoj Gori Republika
Poljska*

PRISUSTVO OBELEŽJA IUS COMMUNE POSTUPKA U SAVREMENOM POLJSKOM GRAĐANSKOM POSTUPKU

Rezime

Društveno nezadovoljstvo sistemom pravosuđa u Poljskoj je čvrsto povezano sa prekomernim kašnjenjem kod rešavanja građanskih sporova. Ovaj problem je posledica komplikovanih i zastarelih propisa pa je poljski zakonodavac poslednjih nekoliko godina doneo razna nova rešenja kroz amandmane na Zakonik o parničnom postupku kako bi se ubrzale procedure i modernizovao građanski postupak. Neka rešenja svojim osobinama podsećaju na srednjovekovni ius commune postupak. Glavni cilj ovoga članka je identifikacija tih karakteristika, i razmatranje njihove osnovanosti i korisnosti za savremeni građanski postupak sa istorijske tačke gledišta. Sprovedeno istraživanje navodi na zaključak da su navedene zakonodane izmene u suprotnosti sa temeljnim načelima građanskog postupka koji su razvijani godinama unazad, kao što su usmenost, javnost ili neposrednost, i da ne mogu da dovedu do očekivanog rezultata u pogledu obezbeđivanja pristupa pravosuđu bez neopravdanog kašnjenja. Naime, veća efikasnost građanskog postupka može se postići isključivo kroz otvorenu i direktnu komunikaciju između suda i stranaka, pojednostavljivanje pravila postupka i povećanje broja kvalifikovanog osoblja u sudovima.

Ključne reči: *ius commune, načela usmenosti, javnosti i neposrednosti, pisani iskazi, saslušanje in camera, efikasnost građanskog postupka, stanje opasnosti od epidemije, pandemija COVID-19.*

Dr Dragan Milidragović,*

Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd Republika Srbija

Dr Nenad Milić,*

Redovni profesor,

Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd Republika

Srbija

UDK: 351.755:57.087.1](497.11)

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

Rad primljen: 14.06.2023.

Rad prihvaćen: 06.07.2023.

NORMIRANJE NOVIH POLICIJSKIH OVLAŠĆENJA U ZAKONU O POLICIJI

Apstrakt: *Pojavom savremenih tehnologija i njihovom implemen- tacijom u različite sfere ljudske delatnosti, uključujući i sferu bezbednosti, omogućen je brži razvoj društva, uz istovremeno povećanje rizika ugrožavanja ljudskih prava. S tim u vezi nastaje izazov kako maksimizirati mogućnosti novih tehnologija uz istovremeno očuvanje prava i slobode građana. Primena svih mera, radnji i sredstava u radu policije treba da bude zasnovana na pravu, odnosno postojanju adekvatnog pravnog osnova definisanog u formi policijskog ovlašćenja. Normiranje novih policijskih ovlašćenja nije lak zadatak i zahteva usklađivanje ili pronalaženje balansa između bezbednosti, prava i sloboda građana. U ovom radu upravo je to učinjeno. Sagledane su operativne mogućnosti savremenih tehnologija i drugih sredstava koja mogu pronaći primenu u policijskoj praksi i predložen je konkretan normativni osnov za njihovu primenu, u vidu definisanja četiri nova policijska ovlašćenja. Autori nastoje da ukažu na ulogu i značaj predloženih policijskih ovlašćenja u radu policije sa ciljem da se ona u narednim izmenama i dopunama normiraju u Zakonu o policiji.*

Ključne reči: *policija, policijsko ovlašćenje, ulazak u stan i druge prostorije, bespilotne letelice, biometrijske karakteristike crta lica.*

* milidragovicdragan@gmail.com

* nenad.milic@kpu.edu.rs

1. Uvod

Policija ostvaruje svoju ulogu u društvu obavljanjem policijskih poslova. Policijski poslovi su deo funkcije policijske organizacije čijim obavljanjem se ostvaruje cilj njenog postojanja. Zakonom o policiji¹ (u daljem tekstu ZOP) predviđeno je da su policijski poslovi deo unutrašnjih poslova koje obavlja policija primenom policijskih mera i radnji i policijskih ovlašćenja (Subošić, 2020: 111).

Policijska ovlašćenja i policijske mere i radnje predstavljaju sredstva/alate za obavljanje policijskih poslova i između njih nema suštinske razlike. U formalnom smislu, policijske mere i radnje su u ZOP-u obrađene posebno u odnosu na policijska ovlašćenja, ali bez zakonom utvrđenog merila ili kriterijuma za takvu njihovu posebnost i razdvajanje od policijskih ovlašćenja. U suštinskom smislu radi se u svakom slučaju o zakonskim ovlašćenjima policije, bez obzira da li je policija zakonom ovlašćena da, preko policijskih službenika ili neposredno, primeni „policijsko ovlašćenje“ ili je pak zakonom ovlašćena da primeni „policijsku meru i radnju“ (Miletić, Jugović, 2019: 199).² Svaka radnja koju policija preduzima u cilju obavljanja svojih poslova treba da bude zasnovana na pravu, odnosno postojanju adekvatnog pravnog osnova definisanog u formi policijskog ovlašćenja.

Policijska ovlašćenja imaju i određene karakteristike. *Prvo*, policijska ovlašćenja se, bez izuzetka, utvrđuju zakonom i kao takva ona se ne mogu utvrđivati aktom niže pravne snage od zakona. *Drugo*, policijska ovlašćenja podrazumevaju dužnost primene kada su za primenu ispunjeni zakonom predviđeni uslovi. *Treće*, policijska ovlašćenja primenjuju policijski službenici u statusu ovlašćenog službenog lica³ koji su za to obučeni radi obavljanja policijskih poslova.⁴

Poslednjih godina kao rezultat informatičke revolucije i tehnoloških inovacija pojavile su se savremene tehnologije koje svoju primenu

1 „Službeni glasnik RS“, br. 6/2016, 24/2018 i 87/2018.

2 U daljem tekstu zbog nepostojanja suštinskih razlika između policijskih ovlašćenja i policijskih mera i radnji, za njihovo navođenje u tekstu koristićemo policijska ovlašćenja kao jedinstven pojam.

3 U policiji Srbije nemaju svi policijski službenici pravo da primenjuju policijska ovlašćenja i preduzimaju druge mere i radnje u obavljanju policijskih poslova. Pravo primene policijskih ovlašćenja i policijskih mera i radnji imaju samo policijski službenici u statusu ovlašćenih službenih lica. Videti rešenje u članu 10 ZOP-a.

4 O opštim karakteristikama policijskih ovlašćenja videti više: (Miletić, Jugović, 2019: 199–205).

pronalaze i u sektoru bezbednosti. Njihovom primenom policija i druge službe bezbednosti dobijaju mogućnost da pojedine poslove iz svog delokruga obavljaju brže i efikasnije uz manji rizik po bezbednost policijskih službenika i uz minimalno angažovanje ljudskih i materijalno-tehničkih resursa. S tim u vezi, u daljem radu biće predstavljene operativne mogućnosti primene pojedinih savremenih tehnologija i sredstava u obavljanju policijskih poslova, uz predlaganje normativnih osnova za njihovu upotrebu.

Ovim putem nastojimo da upoznamo stručnu javnost sa značajem i ulogom savremenih tehnologija i drugih sredstava u obavljanju policijskih poslova sa ciljem da se predložena sredstva i radnje u narednim izmenama i dopunama ZOP-a normiraju kao policijska ovlašćenja.

2. Sredstvo za ulazak u stan, druge prostorije i prevozna sredstva

Nepovredivost stana je deo prava na privatnost kojim se štiti privatni posed u kome neko boravi. Stan obuhvata mesto gde se odvija privatni život nekog lica (to može biti i pokretna kamp-kućica) (Orlović, 2018: 94). Stan predstavlja jednu ili više prostorija namenjenih i podobnih za stanovanje, koje po pravilu čine jednu građevinsku celinu i imaju zaseban ulaz (čl. 3, st. 2, t. 9 Zakona o stanovanju i održavanju zgrada⁵). Prostorija je prostor unutar građevine, a najčešće je odvojena zidom i vratima. Pod prostorijom se podrazumeva, između ostalog, kancelarija, soba za sastanke, hotelska soba, bolnička soba, čekaonica, učionica klupski prostor, ali i vagoni, brodovi i tako dalje (Ilić, Majić, Beljanski, Trešnjev, 2016: 432).⁶

Ustav Republike Srbije⁷ (u daljem tekstu Ustav) utvrđuje da je stan nepovrediv. Uvažavajući odredbe Ustava, u Zakoniku o krivičnom postupku⁸ (u daljem tekstu ZKP) propisano je da se pretresanje stana i drugih prostorija ili lica preduzima na osnovu naredbe suda ili izuzetno bez naredbe na osnovu zakonskog ovlašćenja (čl. 152, st. 2 ZKP).

Policijski službenici u situacijama kada je potrebno da spreče uništenje tragova i predmeta krivičnog dela, da uhapsu lice, da otklone neposrednu i ozbiljnu opasnost za ljude i imovinu, nastoje da na bezbedan

5 „Službeni glasnik RS“, br. 104/2016 i 9/2020 – dr. zakon.

6 Pojam stana bliže se određuje u svakom konkretnom slučaju zaštite njegove nepovredivosti (Orlović: 2018: 94).

7 „Službeni glasnik RS“, br. 98/2006.

8 „Službeni glasnik RS“, br. 72/2011,101/2011,121/2012,32/2013,45/2013,55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US.

način, po mogućnosti uz efekat iznenađenja, uđu u stan i druge prostorije. Prvi zadatak koji se tada postavlja pred policijske službenike je kako i na koji način otvoriti vrata stana ili drugi pogodan otvor na stanu i drugim prostorijama. U praksi ovaj problem policijski službenici rešavaju na razne načine, na primer, predstavljajući se kao poštari, komšije, dostavljači i slično, pokušavaju tako da dovedu u zabludu držaoca stana radi otvaranja vrata stana i drugih prostorija. U slučajevima kada to nije moguće, policijskim službenicima jedino preostaje da nasilno, upotrebom određenih sredstava otvore vrata stana ili drugi pogodan otvor na stanu i drugim prostorijama.

U svojim odredbama ZKP nije predvideo koje sve mere, radnje i sredstva prinude policija može primeniti radi ulaska u stan i druge prostorije. Mere, radnje i sredstva prinude koje policija primenjuje radi ulaska u stan i druge prostorije po svojoj suštini mogu se svrstati u policijska ovlašćenja.

Analizom policijskih ovlašćenja u ZOP-u uočava se da nema normiranog ovlašćenja, odnosno sredstava prinude, čijom primenom policija može da u određenim (taktički) složenijim događajima otvori vrata stana ili da savlada neku drugu prepreku radi ulaska u stan i druge prostorije.

U svrhu otvaranja vrata ili drugih otvora na stanu policijski službenici širom sveta koriste mehanička, hidraulična i eksplozivna sredstva. Mehanička sredstva su posebno napravljena ili prilagođena sredstva čijom upotrebom odnosno udarcima od vrata stana ili drugi otvor, usled dejstava fizičke sile, dolazi do njihovog otvaranja. Hidraulično sredstvo ili tzv. „door raider“ je posebno konstruisano sredstvo namenjeno za probijanje zaključanih, blindiranih, barikadiranih vrata i prolaza uz pomoć sile pritiska koji stvara hidraulična pumpa. Eksplozivna sredstva čine razne vrste eksploziva čijom upotrebom mogu da se savladaju različite prepreke (blindirana vrata, barikadirani prolazi, zidovi i slično).

Upotrebom navedenih sredstava narušava se nepovredivost stana i pričinjava se određena materijalna šteta manjih ili većih razmera. Osim za otvaranje stana i drugih prostorija, mehanička, hidraulična i eksplozivna sredstva svoju primenu mogu imati i radi omogućavanja ulaska policijskih službenika u prevozna sredstva (putničke automobile, kamione, autobuse, brodove, avione, vozove i druge). S tim u vezi, za ova sredstva predlažemo jedinstven naziv – sredstva za ulazak u stan, druge prostorije i prevozna sredstva.

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

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

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

Sredstvima za ulazak u stan, druge prostorije i prevozna sredstva smatraju se mehanička, hidraulična i eksplozivna sredstva.

Sredstva za ulazak u stan, druge prostorije i prevozna sredstva mogu se upotrebiti radi ulaska u stan, druge prostorije i prevozna sredstva kada je to neophodno u svrhu neposrednog hapšenja lica za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti u slučajevima kada se osnovano očekuje otpor upotrebom vatrenog oružja ili kada je to neophodno za otklanjanje neposredne ili ozbiljne opasnosti za ljude ili imovinu.

Odluku o upotrebi mehaničkih i hidrauličnih sredstava za ulazak u stan, druge prostorije i prevozna sredstva donosi rukovodilac unutrašnje organizacione jedinice u sedištu Direkcije policije, načelnik policijske uprave ili rukovodilac koga oni ovlaste.

Odluku o upotrebi eksplozivnih sredstava za ulazak u stan, druge prostorije i prevozna sredstva donosi direktor policije ili rukovodilac koga on ovlasti.

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

U policijskom zakonodavstvu bivših republika SFRJ (Slovenije,¹⁰ Hrvatske,¹¹ Bosne i Hercegovine,¹² Crne Gore¹³ i Makedonije¹⁴) nema posebnog policijskog ovlašćenja čijom bi primenom policija imala pravo da pod određenim uslovima otvori vrata stana ili drugi pogodan otvor na stanu i drugim prostorijama i prevoznim sredstvima. Međutim, u pojedinim policijskim zakonodavstvima u okviru policijskog ovlašćenja za ulazak u stan i druge prostorije (Slovenija), ulazak u tuđi dom (Hrvatska), ulazak u tuđi dom i zatvorene prostorije (Makedonija) predviđena je mogućnost upotrebe fizičke sile i tehničkih sredstava (Slovenija), nasilnog ulaska (Hrvatska), upotreba razumne sile (Makedonija), radi ulaska u stan i druge prostorije u slučajevima kada to nije moguće učiniti na drugi način.

Upotreba fizičke ili razumne sile ili tehničkih sredstava radi ulaska u stan i druge prostorije u navedenim zakonima zasnovana je na opštoj formulaciji „ako to nije moguće na drugi način“. Opšta formulacija „ako to nije moguće na drugi način“ bez preciziranja osnova/slučajeva za upotrebu bilo kakve sile/prinude radi ulaska u stan i druge prostorije može umesto izuzetka da pređe u pravilo i da predstavlja postupanje suprotno principu srazmernosti.

Za razliku od ovog zakonskog rešenja, u gore navedenom predlogu precizirana su tri različita sredstva (mehanička, hidraulična i eksplozivna) i naveden je konkretan pravni osnov (samo za izuzetne/hitne slučajeve u skladu sa principom srazmernosti) i predviđeno je dodatno ograničenje zasnovano na odobrenju nadležnog rukovodioca.

Upotrebom nekog od navedenih sredstava u slučajevima kada se očekuje oružani otpor moguće je ostvariti taktičku prednost (efekat iznenađenja) i veću zaštitu bezbednosti postupajućih policijskih službenika.

10 Zakon o nalogah in pooblastilih policije, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO6314>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

11 Zakon o policijskim poslovima i ovlastima, <https://www.zakon.hr/z/173/Zakon-o-policijskim-poslovima-i-ovlastima>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

12 Zakon o policijskim službenicima Bosne i Hercegovine, <https://www.paragraf.ba/propisi/bih/zakon-o-policijskim-službenicima-bosne-i-hercegovine.html>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

Zakon o policiji i unutrašnjim poslovima Republike Srpske, <https://www.paragraf.ba/propisi/republika-srpska/zakon-o-policiji-i-unutrašnjim-poslovima.html>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

13 Zakon o unutrašnjim poslovima, <https://mup.gov.me/biblioteka/zakoni?pagerIndex=2>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

14 Zakon za policija, <https://mvr.gov.mk/zakon/9>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

U ovakvim slučajevima, brz ulazak u prostor daje mogućnost sprečavanja nastupanja neželjenih posledica po život policijskih službenika, ljudi i njihovu imovinu.

3. Upotreba bespilotnih letelica

Kao posledica razvoja nauke i tehnike, danas se za najrazličitije potrebe savremenog čoveka koriste bespilotne letelice (u daljem tekstu BL) (Milojković, 2015: 6). Opremljene najsavremenijim aerovideo, termovizijskim i aerofotogrametrijskim kamerama, GPS navigacijom i drugom opremom BL mogu predstavljati značajno sredstvo u radu policije i drugih organa bezbednosti.

Eksploatacija BL značajno je isplativija od upotrebe standardnih letelica sa pilotom. Najčešće oblasti njihove primene su video nadzor u realnom vremenu, snimanje određenih objekata, pojava i procesa u geoprostoru, i prenos TV slike – interaktivnih panorama, ili za jednostavno fotografisanje iz vazduha i sa zemlje (Milojković, 2015: 7)

Upotreba helikoptera povezana je sa značajnim materijalnim troškovima nabavke, održavanja i korišćenja, potrebnim vremenom da se helikopter pojavi na mestu događaja¹⁵ i velikom bukom koja nije pogodna za njegovu upotrebu u taktičkim situacijama kada treba podatke prikupljati tajno kako bi se ostvario efekat iznenađenja. Sa druge strane BL su ekonomski pristupačnije u pogledu nabavke i eksploatacije, nude širi spektar upotrebe (veću operativnu fleksibilnost), lako su prenosive i mogu biti operativne za svega nekoliko minuta, mogu se koristiti u situacijama koje su rizične (za pilota i/ili letelicu) ili izvan tehničkih mogućnosti helikoptera, i mogu pomoći u obavljanju policijskih poslova koji tradicionalno nisu podrazumevali angažovanje helikoptera kao što je dokumentovanje mesta kriminalnog događaja (Milić, Milidragović, 2019).

Policije u svetu uvidevši prednosti BL počele su da ih upotrebljavaju u obavljanju svojih redovnih zadataka, rešavanju terorističkih i drugih kriznih događaja, vanrednim situacijama, spasilačkim operacijama i slično. U odnosu na helikopter, BL nisu samo pristupačnije u pogledu nabavke i održavanja, nego su i operativnije.

¹⁵ Na primer, u Velikoj Britaniji tokom 2016. godine u 40% slučajeva zahtev za angažovanje helikopterske jedinice otkazan je tokom leta helikoptera ka mestu događaja – osnovni razlog je bio okončanje događaja pre nego što bi helikopter stigao (Her Majesty's Inspectorate of Constabulary and Fire & Rescue Services, 2017: 6).

Пolicijski службеници пре увођења BL у policiju могли су да добију vazдушну подршку само из helikoptera. Данас имамо могућност да сваки policijski службеник у пртљажнику свог службеног automobila може да има „sвоју“ vazдушну подршку (Shinnamon & Cowell, 2019: 5).

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

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

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

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

¹⁶ „Službeni glasnik RS“, br. 87/2018.

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

Pozitivna praksa svetskih policija o upotrebi BL u obavljanju policijskih zadataka, kao i operativnost i ekonomičnost upotrebe BL, predstavljaju činioce koji opravdavaju njihovo uvođenje u rad naše policije. Prvi zadatak na tom planu odnosio bi se na normiranje ovlašćenja za upotrebu BL u ZOP. Pravni osnov za upotrebu BL kojima se mogu obrađivati podaci o ličnosti treba da bude definisan sa jasnim ciljem i svrhom.

Pravni osnov za upotrebu BL i drugih savremenih tehnologija radi obrade podataka o ličnosti treba formulisati samo za neophodne događaje/ slučajeve i normativno uskladiti sa odredbama ZZPL.¹⁸ U suprotnom, formulisanje nejasnog i nepreciznog pravnog osnova koji bi omogućio obradu podataka o ličnosti, u velikom broju slučajeva izazivalo bi dileme i ostavljalo prostor za moguće zloupotrebe.

Pored upotrebe BL u slučajevima kada se obrađuju podaci o ličnosti, njihova upotreba je značajna i u situacijama u kojima se ne obrađuju podaci o ličnosti, kao što je prikupljanje podataka u svrhu sprečavanja, otkrivanja i rasvetljavanja krivičnih dela, hapšenja učinilaca krivičnih dela, traganja, spasavanja i pružanja pomoći u traganju za nestalim, stradalim, izgubljenim licima i slično.

Pravni osnov za upotrebu BL treba da predstavlja jedinstvo operativnih mogućnosti BL i neophodnosti njene primene u obavljanju pojedinih policijskih poslova iz čega proizilazi usklađenost sa ZZPL. Na bazi ovog kriterijuma može se predložiti sledeći pravni osnov:

Policija može upotrebiti BL sa opremom za video akustična snimanja radi prikupljanja podataka o licima, događajima, prostorima i objektima ako to nije u mogućnosti da učini na drugi način ili drugim sredstvima u svrhu/sa ciljem sprečavanja, otkrivanja, rasvetljavanja i dokumentovanja krivičnih dela i prekršaja; hapšenja izvršilaca krivičnih dela; bezbednosne zaštite određenih ličnosti i objekata; obezbeđenja javnih skupova u slučajevima kada postoji verovatnoća ugrožavanja učesnika na javnom skupu, traganja i spasavanja nestalih lica i pružanja pomoći u vanrednim i drugim događajima.

ovog prava. Ovo pravilo istaknuto je u slučaju *Taylor Sabori v the United Kingdom* iz 2002. godine kada se uputilac podneska žalio da mu je nadziran pejdžer, iako u to vreme nije postojao relevantan propis koji je omogućavao prisluškivanje ovog sredstva komunikacije (Sindelić, 2012: 30).

18 Videti odredbe čl. 2, st. 1, čl. 6, st. 3, čl. 13, čl. 54, st. 12 ZZPL.

Pored ispunjenja pravnog osnova, za upotrebu BL treba predvideti ograničenje zasnovano na odobrenju nadležnog rukovodioca organizacione jedinice.

U uporednom zakonodavstvu bivših republika SFRJ (Slovenije, Hrvatske, Bosne i Hercegovine, Crne Gore i Makedonije) u normativnim aktima u kojima su normirana policijska ovlašćenja nema posebnog ovlašćenja za upotrebu BL, a takođe nema ni osnova za upotrebu BL kod primene drugih policijskih ovlašćenja.

Upotreba BL treba da bude zasnovana i na definisanim procedurama, pravilima i uslovima od strane osposobljenih policijskih službenika. Normativni okvir, definisana pravila i procedure upotrebe, kao i proces obuke – sertifikacije predstavljali bi činioce za zakonitu, pravilnu i bezbednu upotrebu BL.

4. Sredstva za zaštitu od bespilotnih letelica

Veća dostupnost BL usled male cene koštanja, mogućnost napada na ciljeve do kojih je teško pristupiti sa kopna, izvođenje napada velikih razmera sa visokom stopom smrtnosti, napad na mete iza linije odbrane, prikrivenost pripreme napada, loša efikasnost postojeće vazdušne odbrane, velika preciznost, postizanje snažnog psihološkog efekta su neki od faktora koji čine BL pogodnim sredstvom za izvršenje terorističkih napada (Miasnikov, 2005: 4).¹⁹

Policije u svetu su poslednjih godina u obavljanju poslova obezbeđenja javnih skupova počele da preduzimaju mere zaštite od BL radi sprečavanja njihovog ulaska u štice vazdušni prostor. Do pojave sredstava za zaštitu od BL njihovo uništavanje obavljano je u vazduhu upotrebom vatrenog oružja, pre svega pušaka iz kojih su ispaljivana zrna sačme. Uništena BL pada na tlo, čime može da prouzrokuje neželjene posledice.

¹⁹ Sa masovnijom upotrebom BL počela je i njihova zloupotreba u kriminalne i terorističke svrhe. Zloupotreba BL zabeležena je tokom predizbornog skupa u septembru 2013. godine u Nemačkoj na kome su prisustvovali nemačka kancelarka Angela Merkel i ministar odbrane Tomas de Mezijer. Mala BL u toku skupa sletela je na nekoliko metara od Angele Merkel. Letelicom je upravljao član Piratske partije koji je na ovaj način želeo da ukaže na aferu nastalu usled proizvodnje vojnih BL. U oktobru 2014. godine za vreme odigravanja fudbalske utakmice u Beogradu između Srbije i Albanije na fudbalski stadion sletela je BL sa albanskom zastavom. U jednom i drugom slučaju BL mogle su da budu naoružane eksplozivom i oružjem za masovno uništenje. Ovi incidenti pokazali su sposobnost BL da zaobiđu tradicionalne mere bezbednosti i ujedno nesposobnost snaga bezbednosti da se suprotstave ovakvom načinu ugrožavanja bezbednosti (Pejanović, Milenković, 2017: 358).

Sa druge strane, zrna sačme usled pada mogu takođe nekoga da povrede ili usmrte.

Radi zaštite od BL, policije širom sveta u operativnu upotrebu uvode „nesmrtonosna“ sredstava za sprečavanje daljeg leta BL (pušku za ometanje signala BL, pušku za hvatanje BL mrežom i BL koja hvata drugu BL). Uz pomoć puške za ometanje signala, BL se može automatski prizemljiti ili vratiti na mesto poletanja ili ostati da lebdi u vazduhu na mestu gde je signal ometen. Iz puške za hvatanje BL ispaljuje se kapsula sa mrežom koja se u vazduhu otvara i obavlja BL, onemogućavajući je u daljem letu i uz pomoć padobrana kontrolisano se prizemljuje (Gržin, Marić, 2018: 158).

U najefikasnija sredstva novije generacije koja onemogućavaju pristup BL određenom vazдушnom prostoru, omogućavaju rano otkrivanje BL, lociranje pilota i BL, ometanje njenog rada, kontrolisano i nekontrolisano obaranje BL spada sistem za detekciju BL. Ovaj sistem se aktivira u trenutku kada daljinski upravljač pošalje signal BL za poletanje. Na ovaj način signal o radu BL bude registrovan pre nego što ona bude u vazduhu. Sistem se može prilagoditi karakteristikama odgovarajućeg terena, odnosno područja koje treba zaštititi. Sistem za detekciju može biti stacioniran i prenosiv.

Policija Republike Srbije ne raspolaže nekima od navedenih tehničkih sredstava za zaštitu od BL. Mogućnost upotrebe BL u terorističke i druge svrhe ukazuje nam na potrebu nabavke određenih sredstava za zaštitu od BL. Prvi korak na ovom putu treba da bude predviđanje pravnih osnova u ZOP-u za upotrebu sredstava za zaštitu od BL. Pravi osnov za upotrebu ovih sredstava može da proizilazi iz njihove namene i on može da glasi: *Policija može radi obezbeđenja određenih javnih skupova, ličnosti, objekata i prostora upotrebiti sredstva za zaštitu od BL u cilju sprečavanja krivičnih dela i prekršaja.*

U komparativnom pravu bivših republika SFRJ samo u policijskom zakonodavstvu Republike Slovenije i Hrvatske postoje predviđeni pravni osnovi za primenu određenih mera i sredstava radi zaštite od bespilotnih letelica. U zakonodavstvu Republike Slovenije, u odredbama ovlašćenja o privremenom ograničenju kretanja, postoji mogućnost zabrane pristupa određenom prostoru BL u taksativno navedenim slučajevima.²⁰ U policijskom zakonodavstvu Hrvatske predviđeno je posebno ovlašćenje koje se odnosi na upotrebu sredstava prinude i

20 Videti član 56 Zakona o nalogah in pooblastilih policije, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO6314>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

drugih sredstava za ometanje prema pokretnim uređajima na daljinsko upravljanje.²¹

Pored definisanja pravnog osnova u ZOP-u za upotrebu sredstava za zaštitu od BL trebalo bi preduzeti organizacione, tehničke, kadrovske i druge mere radi primene ovih sredstava u praksi.

5. Prepoznavanje osoba na osnovu biometrijskih karakteristika crta lica

Policija radi pronalaska određenih osoba, učesnika u događaju preduzima brojne i raznovrsne operativno-taktičke i tehničke mere i radnje. Sve operativno-taktičke i tehničke mere i radnje zahtevaju utrošak vremena, sredstava, resursa i angažovanje većeg broja policijskih službenika, a nekada jedne ili više organizacionih jedinica policije. Informatička revolucija omogućila je razvoj i primenu biometrije, biometrijskih sistema radi prepoznavanja i identifikacije osoba. Policija može da, primenom biometrijskih sistema za prepoznavanje osoba na osnovu karakteristika crta lica, u nekim slučajevima odmah, neposredno nakon izvršenog krivičnog dela, bez velikog utroška vremena, ljudskih i materijalnih resursa pronađe i uhapsi osobe koje potražuje.

Biometrija koristeći savremene informacione tehnologije meri nepromenjive biološke odnosno fizičke ili biheviorističke (ponašajne) karakteristike ljudskog tela radi prepoznavanja određene osobe (Majekodunmi, T., Idachaba, F., 2011: 1; Bhatia, 2013: 94). Merenje bioloških karakteristika ljudskog tela i automatsko prepoznavanje osoba na osnovu tih karakteristika obavlja se putem automatizovanih računarskih sistema tzv. biometrijskih sistema (Bhatia, 2013: 96).

U upotrebi postoji više vrsta biometrijskih sistema koji služe za prepoznavanje i identifikaciju osoba. Najznačajniji su automatski biometrijski sistemi koji obavljaju prepoznavanje i identifikaciju osoba na osnovu fizioloških ili karakteristika ponašanja čoveka (npr. otisak prsta, dužice oka, lica, glasa, DNK, geometrije šake, termograma pojedinih delova ljudskog tela (Komarinski, 2005: 23).

U domaćoj i inostranoj stručnoj i naučnoj literaturi navodi se da se biometrijski sistemi koji mere karakteristike lica upotrebljavaju ili za identifikaciju osoba ili za prepoznavanje osoba (Simonović, 2012:

21 Videti član 97a Zakona o policijskim poslovima i ovlastima, <https://www.zakon.hr/z/173/Zakon-o-policijskim-poslovima-i-ovlastima>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

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

Identifikacija i prepoznavanje su dva različita pojma i dve različite radnje u kriminalističkom smislu. Prema Pravilniku o policijskim ovlašćenjima²² utvrditi identitet nekog lica znači utvrditi njegova pravna, stvarna i fizička svojstva po kojima se to lice razlikuje od drugih (član 12, st. 1 Pravilnika). Međutim, u navedenom pravilniku nije navedeno šta su stvarna, pravna i fizička obeležja nekog lica. Odgovor o značenju ovih pojmova pronalazi se u stručnoj literaturi.²³ Ne može se smatrati da je identitet neke osobe utvrđen prepoznavanjem uz pomoć biometrijskog sistema zasnovanog na merenju karakteristika crta lica sve dok se ne utvrde pravna, stvarna i fizička obeležja.

Biometrijski sistem za prepoznavanje crta lica koristi fotografsku kameru u kombinaciji sa softverom za prepoznavanje lica. Softver za prepoznavanje crta lica u mogućnosti je da otkrije i izdvoji ljudska lica snimljena kamerom, zatim ih analizira i pomoću algoritama izdvaja njihove ključne karakteristike na licu. Algoritmi identifikuju i mere „ključne tačke“ na licu, koje čine karakteristične crte lica za svaku osobu. Koristeći ova merenja algoritmi određuju identifikacione karakteristike pojedinca kao što su rastojanje između očiju, širina nosa, oblik jagodičnih kostiju i dužinu linije vilice. Kombinacija čovekovih ključnih tačaka postaje „otisak lica“ te osobe, koji je isto toliko jedinstven i specifičan za svaku osobu kao njeno lice. Otisak lica se tada upoređuje sa otiscima lica sadržanim u bazi podataka radi prepoznavanja osobe. Danas osnovni algoritmi mogu da prikupe otiske lica sa bilo koje fotografije u kojoj su geometrije lica neke osobe jasno uočljive, poput fotografija ili nepokretnih kadrova iz video zapisa kamere (Bonsor, Johnson, 2001: 32).

Ukoliko sistem prepozna osobu čiji su parametri upisani u kompjuterskoj bazi slika, zvučnim signalom alarmira nadzorni centar prikazujući na monitoru sliku i podatke tražene osobe iz baze sa slikom kompariranog i identifikovanog, ukazujući pritom na lokaciju na kojoj je snimljeno. Tako se tražena osoba može bez svog znanja i učešća prepoznati među milion drugih likova (Simonović, 2012: 545, 546).

Sa masovnijom upotrebom biometrijskih sistema za prepoznavanje osoba počeli su i zahtevi brojnija udruženja širom sveta za zaštitu privatnosti od upotrebe ovih sistema. Udruženja širom sveta smatraju da se javnim

22 „Službeni glasnik RS“, br. 41/19 i 93/2022.

23 O značenju ovih pojmova videti: (Simonović, 2012: 465).

institucijama (policija i službe bezbednosti) ne treba uskratiti mogućnost narušavanja privatnosti i drugih ljudskih prava upotrebom tehnologija za prepoznavanje osoba radi zaštite bezbednosti građana. Upotreba savremenih tehnologija mora da bude precizno ograničena na određene događaje uz poštovanje etičkih standarda i podložna sudskoj kontroli (Hiranandani, 2011: 1098).

Poslednjih nekoliko godina i kod nas se vodi rasprava o opravdanosti uvođenja sistema za prepoznavanje osoba na osnovu karakteristika crta lica tzv. „pametnih kamera“. Njihovom upotrebom policija bi mogla da brže i efikasnije bez većeg utroška vremena i sredstava pronade lica – učesnike u događaju, naročito posle izvršenja teških krivičnih dela koja izazivaju uznemirenje građana i javnosti. Sa aspekta zaštite privatnosti građana upotreba ovih uređaja treba da bude zasnovana na pravu, odnosno postojanju precizno definisanog pravnog osnova.

Prepoznavanje osoba uz pomoć biometrijskog sistema treba razlikovati od postojećeg ovlašćenja policije – snimanje na javnim mestima (član 52 ZOP-a). Policija primenom ovog ovlašćenja obavlja samo nadzor i snimanje javnog mesta korišćenjem opreme za video akustička snimanja i fotografsanje. Primenom biometrijskog sistema, pored snimanja obavlja se i biometrijsko prepoznavanje osoba na osnovu karakteristika crta lica. Pravnim osnovom za primenu policijskog ovlašćenja snimanje na javnim mestima ne može da bude obuhvaćeno i prepoznavanje osoba na osnovu biometrijskih karakteristika crta lica.

U komparativnim zakonodavstvima bivših republika SFRJ u kojima su normirana ovlašćenja policije nema policijskog ovlašćenja čijom primenom bi policija mogla da na osnovu biometrijskih karakteristika crta lica obavlja prepoznavanje osoba. Prvi korak na planu uvođenja i primene biometrijskih sistema za prepoznavanje osoba treba da se odnosi na njihovo normiranje u ZOP-u uz uvažavanje svih odredbi ZZPL²⁴.

Pravni osnov za primenu sistema za automatsko prepoznavanje osoba na osnovu biometrijskih karakteristika crta lica treba ograničiti na slučajeve prepoznavanja izvršilaca teških krivičnih dela za kojima se traga. U određenim slučajevima i za prepoznavanje osoba za koje se osnovano sumnja da će izvršiti teško krivično delo na području Republike Srbije u svrhu njegovog sprečavanja²⁵, kao i radi pronalaska lica za čiji je nestanak prijavljen.

24 Videti sledeće odredbe: čl. 2, st. 1, čl. 6, st. 3, čl. 13 i čl. 54, st. 12 ZZPL.

25 Kako bi se izbegle eventualne zloupotrebe u zakonu se mogu taksativno nabrojati teška krivična dela.

U cilju sprečavanja eventualnih zloupotreba trebalo bi predvideti da se unos fotografija učinilaca krivičnih dela u posebnu kompjutersku bazu obavlja na osnovu saglasnosti dve strane, ovlašćenog rukovodioca/ lica u policiji i ovlašćenog rukovodioca/ lica u službi Poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti.

6. Zaključak

Usled razvoja nauke i tehnike nastala su i na tržištu dostupna razno- vrsna savremena sredstva i tehnologije čijom primenom se olakšavaju i čine efikasnijim određene usluge i procesi. Zbog svojih performansi i mogućnosti savremena sredstva i tehnologije postaju predmet intere- sovanja policijskih organizacija.

U svrhu unapređenja rada policije Srbije u radu su predstavljene opera- tivne mogućnosti i definisani konkretni pravni osnovi za primenu savremenih sredstava i tehnologija kao novih policijskih ovlašćenja. Njihovom primenom policija Srbije može povećati operativnost i smanjiti angažovanje i utrošak materijalnih i ljudskih resursa uz ograničavanje ili narušavanje prava građana samo u zakonu propisanim slučajevima.

Ograničavanje ili narušavanje prava građana primenom savremenih sredstava i tehnologija u svakom demokratskom društvu treba da bude zasnovano na pravu odnosno postojanju konkretnih osnova definisanih u zakonu. Pravno normiranje savremenih sredstava i tehnologija, posebno biometrijskih, nije lak zadatak i predstavlja pronalaženje ravnoteže između potrebe za bezbednim društvom i zaštite podataka o ličnosti i prava na privatnost. Predstavljena normativna rešenja u radu jesu upravo proizvod ove ravnoteže. Normiranje nove prakse policije ne treba da bude samo u službi ostvarivanja efikasnijeg rada policije i bolje bezbednosti građana već i u službi zaštite sloboda i prava građana.

Literatura i izvori

Bentley, J. (2018). Policing the Police: Balancing the Right to Privacy Against the Beneficial

Use of Drone Technology, *Hastings Law Journal*, 70 (1). 274–287.

Bonsor, K., Johnson, R. (2001). *How Facial Recognition Systems Work*. HowStuff-Works.com.

Brezpilotni letalniki (Jun, 2015). Kako izkoristiti njihove prednosti in obvarovati temeljne človekove pravice? *Poročilo Informacijskega pooblaščenca*, Ljubljana, Slovenia.

Bhatia, R. (2013). Biometrics and face recognition techniques. *International Journal of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering*, 3(5), 93–99.

Gržin, M., Marić, A. (2018). Pravna regulacija bespilotnih letjelica i mjere sprečavanja zlouporabe u Republici Hrvatskoj s policijskog aspekta. *Policijska i sigurnost*. (Zagreb), 27 (1): 146–165.

Ilić, G., Majić, M., Beljanski, S., & Trešnjev, A., (2016). Komentar Zakonika o krivičnom postupku. *Službeni glasnik*, Beograd.

Komarinski, P. (2005). *Automated Fingerprint Identification Systems*. Amsterdam, The Netherlands; Boston, MA:Elsevier Academic.

Levashov, K. (2013). The rise of a new type of surveillance for which law wasn't ready. *The Columbia science & technology law review*. Vol. XV. 165–193

Majekodunmi, T. O., Idachaba, F. E. (2011). A review of the fingerprint, speaker recognition, face recognition and iris recognition based biometric identification technologies.

Miasnikov, E. (2005). *Threat of terrorism using unmanned aerial vehicles: Technical aspects*. Moscow, Russia: Center for Arms Control, Energy, and Environmental Studies, Moscow Institute of Physics and Technology.

Miletić, S., Jugović, S., (2019). *Pravo unutrašnjih poslova*. Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd.

Milic, N., Milidragovic, D. (2019). *The possibilities and challenges of UAV implementation in serbian police*. U: *Zbornik radova: „Dani Arčibalda Rajsa“*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, str. 45–58.

Milojković, B. (2015). Optimizacija modela malih bespilotnih letjelica za potrebe policije. *Bezbednost*, 57 (3): 5–27.

Orlović, S., (2018). *Ustavno pravo*. Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad.

Pejanović, Lj., Milenković, M. (2017). Upotreba bespilotnih letjelica u terorističke svrhe. *Vojno delo*, 69 (3): 356–369.

Paunović, S. (2013). *Primena multimodalne biometrije u sistemima za utvrđivanje identiteta*. Doktorska disertacija. Fakultet organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu.

- Simonović, B. (2012). *Kriminalistika*. Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.
- Sinđelić, Ž. (2012). *Pravo na privatnost – krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet univerziteta u Beogradu.
- Subotić, O. (2007). *Biometrijski sistemi identifikacije – kritička studija*. Beograd: Institut za političke studije.
- Subošić, D. (2020). *Organizacija i poslovi policije*. Kriminalističko- policijski univerzitet, Beograd.
- Shinnamon, D. L. & Cowell, B. M. (2019). Building and managing a successful public safety UAS program: Practical guidance and lessons learned from the early adopters. *National Police Foundation*. Washington, DC.
- Her Majesty's Inspectorate of Constabulary and Fire & Rescue Services. (November, 2017). *Planes, drones and helicopters. An independent study of police air support*. Retrieved from: <https://www.justiceinspectors.gov.uk/hmicfrs/wp-content/uploads/planes-drones-and-helicopters-an-independent-study-of-police-air-support.pdf>. Preuzeto 10. 12. 2023. godine.
- Hiranandani, V. (2011). Privacy and security in the digital age: contemporary challenges and future directions. *The International Journal of Human Rights*, 15(7): 1091–1106
- Wayman, J. L., Jain, A. K., Maltoni, D., & Maio, D. (2005). *Biometric Systems: Technology, Design and Performance Evaluation*. New York, NY: Springer.
- Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, br. 98/2006.
- Zakon o policiji „Službeni glasnik RS“, br. 6/2016, 24/2018 i 87/2018.
- Zakon o stanovanju i održavanju zgrada „Službeni glasnik RS“, br. 104/2016 i 9/2020 – dr. zakon
- Zakonik o krivičnom postupku „Službeni glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-odluka US i 62/2021-odluka US.
- Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, „Službeni glasnik RS“, br. 87/2018.
- Pravilnik o policijskim ovlaćenjima, „Službeni glasnik RS“, br. 41/19 i 93/2022.
- Zakon o nalogah in pooblastilih policije, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO6314>.

Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

Zakon o policijskim poslovima i ovlastima, <https://www.zakon.hr/z/173/Zakon-o-policijskim-poslovima-i-ovlastima>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

Zakon o policijskim službenicima Bosne i Hercegovine, <https://www.paragraf.ba/propisi/bih/zakon-o-policijskim-sluzbenicima-bosne-i-hercegovine.html>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

Zakon o policiji i unutrašnjim poslovima Republike Srpske, <https://www.paragraf.ba/propisi/republika-srpska/zakon-o-policiji-i-unutrasnjim-poslovima.html>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

Zakon o unutrašnjim poslovima, <https://mup.gov.me/biblioteka/zakoni?pagerIndex=2>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

Zakon za policija, <https://mvr.gov.mk/zakon/9>. Preuzeto 25. 12. 2022. godine.

*Dragan Milidragović, LL.D.,
Ministry of Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia, Belgrade
Republic of Serbia*

*Nenad Milić, LL.D.
Full Professor,
University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade
Republic of Serbia*

THE REGULATION OF NEW POLICE AUTHORITIES IN THE POLICE ACT

Summary

The advent of modern technologies and their implementation into various spheres of human activities, including security, facilitated a faster development of the society, while increasing the risk of human rights violations. In that context, an emerging challenge is how to maximize the use of new technological features while still preserving citizens' rights and freedoms. The application of all measures, actions and tools in police work must be based on the adequate legal framework which clearly regulates the police authorities. Standardizing new police authorities is not an easy task; it requires coordination and finding the right balance between security, law and human rights. This paper addresses the regulation of police authorities in the Police Act of the Republic of Serbia. The authors analyze the operational capabilities of modern technologies and other instruments that may be used in police operations and propose specific normative grounds for their application by defining four new police authorities. The authors point out to the role, significance and use of the proposed new police authorities in future police work, urging that they should be introduced as new legal rules in subsequent amendemnts of the Police Act.

Keywords: *police, police authorities, entry, unmanned aerial vehicle, facial biometric pattern.*

Dr Darko Dimovski,*
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

pregledni naučni rad
DOI: 10.5937/zrpfm1-42856

UDK: 159.942.5:[343.542.1:004.738.5

UDK: 343.62-055.2

Rad primljen: 14.02.2023.

Rad prihvaćen: 28.04.2023.

OSVETNIČKA PORNOGRAFIJA: KRIMINOLOŠKI I KRIVIČNOPRAVNI ASPEKT**

Apstrakt: *Nasilje je imanentno svakom društvu. U poslednje vreme upotrebom savremenih tehnologija stvoreno je još jedno sredstvo na osnovu kojeg dolazi do još većeg obima viktimizacije žena. To sredstvo ogleda se u javljanju deepfake-a i revenge porn-a kao novih oblika nasilja nad ženama. Ipak, predmet analize ovog rada biće samo revenge porn (osvetnička pornografija). Stoga u nastavku rada autor, posle pojmovnog određenja osvetničke pornografije, ukazuje na karakteristike osvetničke pornografije. Naredni deo rada posvećen je prikazu normativnih rešenja u pojedinim državama. Osvetnička pornografija je bila predmet analize Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, te je autor analizirao dati slučaj. Nakon toga predstavljen je normativni okvir u Republici Srbiji posmatran kroz prizmu osvetničke pornografije. Poslednji deo odnosi se na borbu protiv osvetničke pornografije kako bi se pružila što veća zaštita ženama. Samo na taj način je moguće povećati kod žena stepen sigurnosti u državne organe da će im biti pružena adekvatna zaštita od zloupotrebe savremenih tehnologija.*

Ključne reči: *osvetnička pornografija, nasilje, žene, Republika Srbija.*

* darko@prafak.ni.ac.rs

**Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS prema ugovoru evidencioni broj projekta 451-03-68/2022- 14/200120.

1. Uvod

Sve do kraja šezdesetih godina XX veka, nasilje u porodici je smatrano za privatnu stvar članova porodice, što je onemogućavalo reakciju države. Ipak, borbom nevladinih organizacija koje se bave zaštitom prava žena, došlo je do postepene inkriminacije nasilja u porodici u državama širom sveta. Nasilje u porodici predstavlja jedno od najosetljivijih pitanja u savremenom društvu koje je u poslednjim godinama u velikoj meri napustilo samo porodične okvire i postalo društveni problem u čije rešavanje su se uključile brojne institucije. I pored krivičnopravne represije države prema izvršiocima ovog krivičnog dela, u svetu se beleži stalni porast obima ovog krivičnog dela.

Rezultati kriminoloških istraživanja ukazuju da je nasilje u porodici veoma rasprostranjeno. Naime, prema izveštaju Agencije Ujedinjenih nacija za rodnu ravnopravnost i osnaživanje žena (United Nations Entity for Gender Equality and the Empoverment of Women), 35% žena širom sveta su žrtve nasilja u porodici. Nasilje nad ženama u porodičnim odnosima ima najveći obim u Africi, Istočnom Mediteranu i Jugoistočnoj Aziji, u kojima se 37% žena suočava s nasiljem, dok je najmanje zastupljeno u državama visokog ekonomskog blagostanja, kao što su države Evrope i Zapadnog Pacifika, gde je 25% žena koje su u nekom trenutku svog života bile žrtve nasilja u porodici. Istraživanja u pojedinačnim državama pokazuju različite rezultate. Tako, na primer, u Sjedinjenim Američkim Državama, prema podacima Ministarstva pravde iz 2013. godine, 25% žena su bile žrtve porodičnog nasilja, dok se godišnje desi oko 960.000 slučajeva nasilja u porodici. Žene su žrtve nasilja u porodici u oko 85% slučajeva, dok su muškarci viktimizirani u 15% slučajeva (Domestic Violence/Abuse Statistics).¹ Ukoliko bismo pogledali strukturu izvršilaca i žrtava, mogli bismo da zaključimo da se u najvećem procentu kao izvršioci ovog krivičnog dela javljaju muškarci, a da su kao žrtve najzastupljenije osobe ženskog pola. Na osnovu toga moguće je nasilje u porodici nazivati nasiljem nad ženama.

Pored već ustaljenih i prisutnih oblika nasilja nad ženama, treba istaći da je upotreba savremenih tehnologija iznedrila nove forme nasilja nad ženama – revenge porn i deepfake. U ovom radu autor će se fokusirati na revenge porn tako što će posebnu pažnju posvetiti njegovom određenju, pojavnim oblicima, rasprostranjenosti i normativnoj aktivnosti pojedinih država koje su u njegovoj inkriminaciji najviše

1 Prema: <http://www.statisticbrain.com/domestic-violence-abuse-stats/>, preuzeto 7. 11. 2021.

odmakle. Ujedno, autor će dati pregled stanja u pogledu zakonske zaštite u Republici Srbiji u odnosu na ovaj fenomen.

2. Pojam osvetničke pornografije

Osvetnička pornografija je fenomen koji je izrastao iz prakse sekstinga. Savremene tehnologije su omogućile kreiranje, slanje i stvaranje seksualno eksplicitnih tekstova, slika ili video-zapisa, koji se obično dešavaju između dvoje ljudi u vezi. Ovaj fenomen može dovesti do niza štetnih posledica. Naime, svađa ili raskid između dvoje ljudi može rezultirati time da jedan od njih objavi eksplicitne tekstove, slike ili video-zapise bez pristanka druge osobe. Time dolazi do izvršenja osvetničke pornografije. Kriminolozi Voker (Walker) i Slit (Sleath) definišu osvetničku pornografiju kao deljenje seksualno eksplicitnih slika (uključujući fotografije) i/ili video-snimaka bez pristanka, sa osnovnom motivacijom povezanom sa osvetom (Davidson, i drugi, 2019, str. 45).

Nakon određivanja pojma osvetničke pornografije, pozabavićemo se analizom upotrebljenog termina za označavanje ove pojave. Naime, u naučnim krugovima se smatra da je kovanica neadekvatna, jer u pojedinim slučajevima ne postoji motiv osвете. Fotografije i video-snimci se mogu deliti radi iznude, kontrole ili obične zlonamernosti. Međutim, kako primećuju kriminolozi Mekglin (McGlinn) i Rakleј (Racklei), termin osvetnička pornografija, iako fraza upotrebljena od strane mas-medija, je problematičan, jer se odnosi na mali broj privatnih seksualnih slika ili video-zapisa kod kojih se suština ogleda u motivu počinioca, a ne žrtvi jednog takvog ponašanja. Stoga, njih dvojica predlažu upotrebu drugih termina, poput pornografija bez pristanka (nonconsensual pornography), nedobrovoljna pornografija (involuntary pornography) i sajber silovanje (cyber rape). S tim u vezi, neophodno je istaći još jednu razliku između osvetničke pornografije i zlostavljanja zasnovanog na slikama ili seksualnog zlostavljanja zasnovanog na slikama. Već spominjani Mekglin i Rakleј određuju zlostavljanje zasnovano na slici kao stvaranje i/ili distribuciju privatnih seksualnih slika bez pristanka. Sa druge strane, Voker i Slit definišu zlostavljanje zasnovano na slikama kao deljenje seksualno eksplicitnih slika (uključujući fotografije) i/ili video- snimaka, bez saglasnosti onih koji su prikazani, gde je motivacija nejasna ili nije povezana sa osvetom. Za razliku od osvetničke pornografije gde je motiv više nego jasan – osveta, motivi za distribuciju slika bez saglasnosti mogu uključivati niz raznih motiva kao što su zabava,

materijalna korist, ozloglašenost, hvalisanje, seksualno zadovoljstvo, kontrola, uznemiravanje, ucena/iznuda i drugo. Ukoliko postoji drugačiji motiv, to ne znači da ne postoji ovo krivično delo, već da je samo terminologija neodgovarajuća (Davidson, i drugi, 2019, str. 46-47).

Posebna društvena opasnost usled deljenja fotografija i video-zapisa jeste kada se uz njih dele i lični podaci o žrtvi, čime se izvršava tzv. doking (doxing). Naime, kod dokinga dolazi do deljenja privatnih podataka na internetu bez prethodne dozvole sa namerom da se naudi. To je nameran način da se neko ponizi ili uznemirava objavljivanjem informacija za koje želi da ostanu privatne. Na taj način dolazi do objavljivanja podataka kao što su kućna adresa, kontakt informacije ili bankovni računi. Sam termin je nastao kao skraćeniца od „odbacivanje dokumenata“ (dropping documents), doks (docs) ili dok (doc) (Mak, What Is Doxing? Is It Legal and How Do You Prevent It?). Doking uz izvršenje osvetničke pornografije znatno povećava društvenu opasnost, jer žrtve osvetničke pornografije bivaju više viktimizirane time da svako ima mogućnost da ih kontaktira i dodatno uznemirava.

3. Karakteristike osvetničke pornografije

Osvetnička pornografija nije još uvek dovoljno istražena. Međutim, prema dostupnim podacima mogu se izvući određeni zaključci. Naime, istraživanje sprovedeno na nivou Sjedinjenih Američkih Država od strane stručnjaka iz nevladine organizacije Inicijativa za sajber građanska prava (Cyber Civil Rights Initiative) može poslužiti kao osnov za razumevanje ovog fenomena. Kao predvodnici studije javili su se Azija Iton (Asia Eaton), Holi Jakobs (Holly Jacobs), Dione Stefens (Dionne Stephens), Ami Bonomi (Amy Bonomi), Tameka Gilum (Tameka Gillum) i Janet Ruvulkaba (Janet Ruvalcaba), uz podršku Natalije Veb (Natalie Webb), direktorke Centra za više obrazovanje – Komunikacije i digitalni mediji (CCRI's Communications and Digital Media). Ankete pomoću kojih je istraživanje vršeno pravljenje su uz saradnju stručnjaka za nasilje u porodici, seksualnu delinkvenciju i usluge podrške žrtvama. Pitanja iz ankete su se odnosila na iskustvo u vezi osvetničke pornografije iz prizme izvršioca i žrtve, uz navođenje brojnih demografskih podataka. Anketirani su korisnici društvene mreže Facebook od novembra 2016. do marta 2017. godine. Putem plaćenog oglasa u kojem su punoletni građani Sjedinjenih Američkih Država pozivani da se uključe u anketu, pristalo je da odgovori na pitanja 3.044 građana, pri čemu je vođeno računa o proporcionalnoj zastupljenosti ljudi iz svih saveznih država uz odgovarajuću polnu zastupljenost (Eaton, Jacobs, & Ruvalcaba, 2017, str. 6).

Kao ključne nalaze istraživanja možemo navesti da je 12,8% ispitanika navelo da su bili žrtve osvetničke pornografije ili da im je bilo prećeno objavljivanjem eksplicitnih slika ili video-materijala. Od ovog broja, njih 8% je prijavilo da su njihove slike ili video-zapisi bili objavljeni, a 4,8% anketiranih je reklo da im je bilo prećeno objavljivanjem istih. Ukoliko bismo podatke o viktimizaciji posmatrali kroz pol, videli bismo da kod osoba ženskog pola postoji oko 1,7 puta veća verovatnoća da budu žrtve osvetničke pornografije ili da im je prećeno objavljivanjem eksplicitnog materijala u odnosu na osobe muškog pola. Prevedeno u procenete, to znači da je 15,8% ispitanica bilo viktimizirano ili im je prećeno viktimizacijom, dok kod muškaraca taj procenat iznosi 9,3%. Ako konkretizujemo ove podatke u smislu da je već došlo do publikovanja ovakvog materijala videćemo da je 9,2% svih žena prijavilo viktimiziranost naspram 6,6% muškaraca, što znači da kod žena postoji 1,5% veća šansa o viktimizaciji. Pretnja objavljivanjem eksplicitnih materijala je kod žena oko 2,5 puta verovatnija, jer je 6,6% žena prijavilo pretnje naspram 2,6% muškaraca. U pogledu starosne kategorije ispitanika koji su bile žrtve osvetničke pornografije ili im se pretilo objavljivanjem eksplicitnih slika ili snimaka, osobe između 26 i 33 godine su prijavile najviše nivoe viktimizacije ili pretnje viktimizacijom u poređenju sa drugim starosnim grupama – 17,7%. Kod ispitanika starosti između 34 i 41 godine postoji najveći nivo viktimizacije usled postojanja osvetničke pornografije – 12,4% (Eaton, Jacobs, & Ruvalcaba, 2017, str. 10-24).

Istraživanje se odnosilo i na izvršioce osvetničke pornografije. Tako je 5,2% ispitanika prijavilo da je u nekom trenutku svog života objavilo obnažene fotografije ili snimke svojih bivših partnera. U skladu sa očekivanjima, muškarci su dvostruko više objavljivali eksplicitne fotografije ili snimke u odnosu na žene – 7,4% muškaraca naspram 3,4% žena. Ukoliko bismo posmatrali kod koje je starosne kategorije najveći udeo u pogledu izvršenja, zaključili bismo da je kod ispitanika starosti između 18 i 25 godina najveći procenat samoprijavlivanja – 8,2%. Posebnu pažnju istraživači su posvetili motivaciji. Naime, od 159 osoba, što čini 5,2% od ukupnog uzorka od 3.044 ispitanika, koje su prijavile da su počinile osvetničku pornografiju, najčešće odabrani razlog za izvršenje bilo je samo deljenje sa prijateljima bez namere da bivšeg partnera povredi. Od ukupnog broja samoidentifikovanih počilaca, njih 79% je zaokružilo ovaj ponuđeni odgovor, dok je samo 12% izjavilo da su počinili osvetničku pornografiju jer su bili uznemireni ponašanjem žrtve usled svađe, prevare, tuče i/ili su želeli da joj nanesu štetu.

Zarad sticanja prave slike o osvetničkoj pornografiji, istraživači su posebnu pažnju posvetili načinu deljenja eksplicitnih slika i video- materijala. Tako je skoro polovina samoprijavljenih izvršilaca (71 ispitanik) navela da je to uradila putem poruke. Pedeset ispitanika (31,4%) je navelo da je to uradilo drugim putem, kao što je pokazivanje slika neposredno drugom licu (38), putem četa (7), putem već izrađenih slika (4) i putem klauda (1). Njih 30 je to uradilo putem društvenih mreža (18,9%). Mejl je upotrebilo 28 ispitanika (17,6%), dok je veb sajt iskoristilo 17 ispitanika (10,7%). Samo jedan ispitanik je to uradio putem pošte (0,6%). Na kraju studije istraživači su se posvetili posledicama jednog ovakvog fenomena. Čak i samo jedno deljenje eksplicitnih fotografija imalo je za posledicu znatno lošije mentalno zdravlje i viši nivo fizioloških problema u odnosu na one koji nisu bili viktimizirani. Pretnja deljenjem eksplicitnih slika i video- zapisa izaziva iste posledice kao i da je došlo do viktimizacije (Eaton, Jacobs, & Ruvalcaba, 2017, str. 10-24).

Još jedno istraživanje vredno pomena je sprovedeno od strane Ruvalcaba (Ruvalcaba) i Itona (Eaton) tokom 2019. godine na uzorku od 3.044 odrasla učesnika, od čega je 54% osoba ženskog pola. Procenjeno je da 1 od 12 odraslih Amerikanaca prijavljuje da su bili žrtve zlostavljanja zasnovanog na osvetničkoj pornografiji. Interesantan je podatak da su istraživanjem obuhvaćeni i podaci u vezi samoprijavlivanja. Tako 1 od 20 odraslih Amerikanaca izjavljuje da su bili počinioci zlostavljanja zasnovanog na osvetničkoj pornografiji. Prikupljeni podaci pokazuju da su mladi ljudi starosti od 15 do 29 godina najviše spremni da prijave pretnju deljenja njihovih intimnih fotografija i video-zapisa. Ujedno, istraživači su upoređivali socioekonomski status osoba kod kojih je najveća verovatnoća da budu viktimizirani usled osvetničke pornografije, pri čemu su došli do zaključka da pojedinci iz domaćinstava sa niskim primanjima imaju nesrazmerno veliku verovatnoću da budu žrtve osvetničke pornografije. Pripadnici nebelih rasa su u najvećem riziku od ovog oblika nasilja. Ukoliko bi se osvetnička pornografija posmatrala kroz prizmu seksualnog opredeljenja žrtava, došlo bi se do podataka da su LGBTK+ osobe u mnogo većem riziku od heteroseksualnih osoba da postanu žrtve usled osvetničke pornografije. Pripadnici seksualnih manjina su se u 17% izjasnili da su im pretili ili da su im zapravo postavljene eksplicitne slike (Ruvalcaba & Eaton, 2020, str. 68-78).

Pored ovog istraživanja, dobro je spomenuti studiju sprovedenu od strane Pine (Pina), Holanda (Holland) i Džeјmsa (James). Učesnici su regrutovani putem oglašavanja studije na društvenim medijima. Ukupni uzorak se

sastojao od 100 učesnika, pri čemu je bilo 16 muškaraca i 84 žene. Svi učesnici su bili punoletni, starosti od 18 do 54 godine. Na osnovu prikupljenih podataka došlo se do zaključka da kod skoro trećine učesnika (28,6%) postoji verovatnoća da će počiniti čin osvetničke pornografije. Još više uznemirava podatak da je većina učesnika dala podršku i uživanju u osvetničkoj pornografiji (87%) i odobravanju osvetničke pornografije (99%). S razlogom se postavlja pitanje o tome zašto postoji disparitet između onih koji su spremni sami da okače intimne fotografije i snimke i onih koji daju podršku, odnosno odobravaju takvo ponašanje. Odgovor je jednostavan. Naime, znatno veći broj učesnika ankete prihvata osvetničku pornografiju, naročito pošto je ona putem interneta. Posebno zanimljiv je rezultat istraživanja u pogledu stereotipa prema žrtvama osvetničke pornografije. Naime, žrtve osvetničke pornografije mogu biti podložne istim stereotipnim mitovima kao i žrtve silovanja. Drugim rečima, moguće je da se žrtve okrivljuju za sopstvenu viktimizaciju. Do istovernih rezultata došlo se i u studiji iz 2016. godine sprovedenoj od strane Hačera (Hatcher) (Pina, Holland, & James, 2017, str. 36-37).

Pine, Holand i Džeјms su kao rezultat istraživanja naveli da viši nivoi ambivalentnog seksizma, makijavelizma, narcizma i psihopatije doprinose većoj verovatnoći da se poćini osvetnićka pornografija. Interesantno je da postojanje sadistićke tendencije nije u korelaciji sa osvetnićkom pornografijom. Ipak, ovaj podatak je u suprotnosti sa rezultatima drugih istraživanja sprovedenih od strane Rasela (Russell) i Kinga (King), kao i Bukelsa (Buckels) sa njegovom saradnicima. Objašnjenje je potraženo u ćinjenici da istraživanje Pinea, Holanda i Džeјmsa za ispitanike ima uglavnom osobe ženskog pola. Za razliku od njih Bukels je, na primer, utvrdio da sadistićke karakteristike postoje više kod muškaraca. Istovremeno, utvrđeno je da psihopatija nije zadržala znaćajnu vezu ni sa odobravanjem osvetnićke pornografije ni sa uživanjem. Ipak, treba istaći da je ovo bilo iznenađenje s obzirom na to da su mere odobravanja i uživanja u osvetnićkoj pornografiji bile u pozitivnoj korelaciji sa sklonošću osvetnićkoj pornografiji, sa kojom je psihopatija pokazala pozitivnu korelaciju. S tim u vezi, studijom je otkriveno da makijavelizam i ambivalentni seksizam imaju pozitivnu korelaciju sa odobravanjem osvetnićke pornografije. Međutim, samo makijavelizam zadržava nezavisno predviđanje odobravanja osvetnićke pornografije. Isto tako, narcistićke osobine imaju veći jedinstven uticaj na verovatnoću uživanja u osvetnićkoj pornografiji u poređenju sa osobinama jedinstvenim za makijavelizam (Pina, Holland, & James, 2017, str. 38).

4. Normativni okvir osvetničke pornografije u pojedinim državama

Brojne države širom sveta su inkriminisale osvetničku pornografiju. Najviše su po tom pitanju uradile Sjedinjene Američke Države. Naime, federalna Vlada je odredila osvetničku pornografiju kao deljenje privatnih, seksualnih materijala, bilo fotografija ili video-zapisa, druge osobe bez njenog pristanka i s ciljem izazivanja sramote ili uznemirenosti (Mak, *Revenge Porn: How to Fight Back and Prevent It.*). Pored federalnog nivoa, skoro sve savezne države su donele izmene krivičnog zakonodavstva čime su inkriminisale osvetničku pornografiju.² Do kraja 2020. godine 42 savezne države i Distrikt Kolumbija su donele zakone kojima se zabranjuje osvetnička pornografija. Zajednička karakteristika svih zakonskih tekstova je da distributer da bi mogao da bude proglašen krivim mora da šalje slike ili video-zapis koji imaju seksualnu prirodu. Pod time se podrazumeva prikazivanje intimnih delova tela žrtve ili seksualni čin. Drugim rečima, za postojanje ovog krivičnog dela neophodno je prikazivanja lica. Iako svaka država ima različite zakone, najčešće definišu osvetničku pornografiju kao objavljivanje ili distribuiranje elektronske ili štampane fotografije, slika ili filmova koji prikazuju genitalije, anus ili ženske grudi druge osobe ili prikazuju tu osobu koja je uključena u seksualni čin, sa namerom da je uznemire ili nerviraju. Tumačenjem zakonskih normi došlo se do zaključka da samo objavljivanje neprijatne slike bivšeg partnera u kupaćem kostimu nije pornografsko. Ipak, i u ovom slučaju postoje izuzeci ukoliko su vidljive genitalije.³

Engleska i Vels su među zemljama koje su prednjačile u inkriminisanju osvetničke pornografije kao krivičnog dela. Ipak, pre inkriminacije osvetničke pornografije, 14. oktobra 2014. godine, Tužilaštvo Ujedinjenog Kraljevstva izdalo je smernice o tome kako krivično goniti slučajeve osvetničke pornografije. U smernicama je istaknuto da čak i postojeći normativni okvir omogućava krivično gonjenje za publikovanje eksplicitnih slika i video-materijala bez saglasnosti (Bjarnadóttir, 2016, str. 206). Ipak, ubrzo je zakonodavac pokrenuo proceduru kojom bi se kriminalizovala osvetnička pornografija. Tokom 2015. godine u Zakonu o krivičnom pravosuđu i kriminalu (The Criminal Justice and Crime Act) uvedeno je novo krivično delo čiji biće glasi: „objavljivanje privatne

2 Prema: <https://www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/>. Preuzeto: 31. 10. 2022.

3 Prema: <https://www.findlaw.com/criminal/criminal-charges/revenge-porn-laws-by-state.html>, Preuzeto: 31. 10. 2022.

seksualne fotografije ili filma je krivično delo ako je obelodanjivanje izvršeno bez pristanka pojedinca koji se pojavljuje na fotografiji ili filmu i sa namerom da se izazove nevolja pojedinca“.⁴ Godine 2021. je došlo do toga da se zabranjuje i pretnja otkrivanjem takvog materijala. Tužilaštvo neće morati da dokazuje postojanje slike ili filma. Takvo ponašanje će biti predmet postojeće maksimalne kazne od dve godine zatvora ili novčane kazne, ili oboje.⁵

Neposredno nakon Engleske i Velsa, Francuska je tokom 2016. godine donela Digitalni republički zakon (Digital Republic Law). Njime se omogućava sankcionisanje onih koji su proglašeni krivim za osvetničku pornografiju. Prema zakonskom tekstu, počiniocima preti kazna od dve godine zatvora ili novčana kazna od 60.000 evra.⁶

5. Osvetnička pornografija u praksi Evropskog suda za ljudska prava

U pogledu osvetničke pornografije treba spomenuti predmet Volodina v. Russia (no. 2)⁷ u kojem je prvi put odlučivano o osvetničkoj pornografiji. Naime, aplikantkinja Valerija Igorevna Volodina (Valeriya Igorevna Volodina), rođena 1985. godine, promenila je tokom 2018. godine ime i adresu iz sigurnosnih razloga. Time je želela da se zaštiti od nasilja kome je bila izložena za vreme zabavljanja sa državljaninom Azerbejdžana. Ona se obratila nadležnim državnim organima, ali nije dobila adekvatnu zaštitu, što je rezultiralo time da se obrati i Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu (u nastavku Sud). Neuspeh da dobije adekvatnu zaštitu bio je predmet njenog prvog slučaja pred Sudom, pri čemu je odlučeno da je došlo do kršenja člana 3 i člana 14 u vezi sa članom 3 Konvencije.⁸ Ipak, ni posle ove odluke Suda nasilje nije stalo, već se proširilo na digitalnu sferu. Juna 2016. godine aplikantkinja se obratila nadležnim organima da je njen bivši partner, koristeći njene lične podatke, napravio lažni nalog na društvenim mrežama poput VKontakte i Instagram, te objavio njene eksplicitne fotografije, dodajući prijatelje

4 Prema: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/revenge-pornography-guidelines-prosecuting-offence-disclosing-private-sexual>. Preuzeto: 2. 11. 2022.

5 Prema: <https://www.gov.uk/government/publications/domestic-abuse-bill-2020-factsheets/threats-to-disclose-private-sexual-photographs-and-films>. Preuzeto: 2. 11. 2022.

6 Prema: <https://www.coe.int/en/web/cyberviolence/-/france-digital-republic-law-sanctions-against-revenge-porn>, Preuzeto: 3. 11. 2022.

7 Volodina v. Russia (no. 2), app. no. 40419/19.

8 Volodina v. Russia, app. no. 41261/17.

njenog sina, kao i njegovog učitelja. Ujedno, aplikantkinja je navela da je dobijala pretnje smrću preko društvenih mreža, pri čemu je pronađen uređaj za praćenje u njenoj torbi. Ipak, lokalne vlasti su navodile da zbog teritorijalne nadležnosti ili nepostojanja izvršenja krivičnog dela ne mogu da reaguju. Krivična istraga je pokrenuta tek maja 2018. godine, iako je aplikantkinja sve vreme tvrdila da je njen bivši partner objavio eksplicitne slike bez njenog odobrenja. Oktobra 2020. godine slučaj je zatvoren zbog zastarelosti. Bitno je napomenuti da istragom nije bio obuhvaćen deo iz krivične prijave u vezi pronalaska GPS uređeja, ali i pretnje smrću, jer one navodno nisu bile stvarne.

Na osnovu toga aplikantkinja se obratila Sudu, tvrdeći da je došlo do povrede člana 8 Konvencije – prava na privatni život. Sud je jednoglasno doneo odluku da je došlo do kršenja ovog prava. U obrazloženju odluke navedeno je da koncept privatnog života uključuje fizički i psihički integritet osobe koji države imaju dužnost da štite, čak i ako opasnost dolazi od privatnih pojedinaca. Dela sajber nasilja, sajber uznemiravanja i zlonamernog lažnog predstavljanja kategorisana su kao oblici nasilja nad ženama i decom koji mogu da naruše njihov fizički i psihički integritet s obzirom na njihovu ranjivost. S tim u vezi Sud se pozvao na presudu Buturugă v. Romania⁹ u kojoj je istaknuto da je sajber uznemiravanje prepoznato kao aspekt nasilja nad ženama i devojčicama. Ono može imati različite oblike, kao što su sajber-kršenje privatnog života i uzimanje, deljenje i rukovanje informacijama i slikama, uključujući one intimne. Sud je stava da je sajber nasilje usko povezano sa nasiljem u stvarnom životu, što sve ukazuje na složenost fenomena nasilja u porodici. Polazeći od toga, države imaju obavezu da uspostave i efikasno primenjuju sistem kažnjavanja svih oblika nasilja u porodici, bilo da se dešava van mreže ili onlajn, i da obezbede dovoljne mere zaštite za žrtve.

U vezi konkretnog slučaja Sud je naglasio manjkavost ruskog pravnog sistema u nekoliko važnih aspekata, pri čemu nisu ispunjeni zahtevi u pogledu države da uspostavi i efikasno primenjuje sistem koji kažnjava sve oblike nasilja u porodici. Isto tako, u konkretnom slučaju Sud je smatrao da je situacija u kojoj se našla aplikantkinja zahtevala krivičnopravni odgovor domaćih vlasti. To znači da su javni interes i interesi zaštite ranjivih žrtava od krivičnih dela narušavanja njihovog fizičkog ili psihičkog integriteta podrazumevali dostupnost pravnog puta koji bi omogućio da se počinilac identifikuje i izvede pred lice pravde. Takođe, istaknuto je da građanska parnica u konkretnom slučaju ne bi bila adekvatna. U vezi izdavanja naloga za zabranu određenih ponašanja, Sud

⁹ Buturugă v. Romania, app. no. 56867/15.

nije mogao da utvrdi da su domaće vlasti ponudile dovoljan stepen zaštite žrtvi nasilja u porodici u situaciji u kojoj se našla aplikantkinja. Time su svojim nečinjenjem omogućili njenom bivšem partneru da nesmetano i nekažnjeno nastavi svoje neprihvatljivo ponašanje. Kao treći nalaz navodimo je da Sud smatrao da istraga mora biti brza i temeljna kako bi bila efikasna. Vlasti moraju da preduzmu sve razumne korake da obezbede dokaze u vezi sa incidentom, a posebna pažnja je bila potrebna u rešavanju slučajeva nasilja u porodici. U konkretnom slučaju Sud je mišljenja da istraga nije bila dovoljna temeljna i brza. Naime, domaćim vlastima je trebalo skoro godinu dana da dobiju informacije o internet adresama lažnih naloga na društvenoj mreži VKontakte, dok zahtev Instagramu nije ni poslat kako bi se identifikovao vlasnik lažnih naloga.

Tek dve godine nakon podnošenja krivične prijave su nadležni državni organi ispitali aplikantkinju, kada je izvršena i provera lažnih naloga na društvenoj mreži Instagram. Usled sporosti došlo je do zastarelosti, što je za posledicu imalo da bivši partner aplikantkinje na kraju izbegne krivičnu odgovornost iako se činilo da je utvrđena njegova umešanost u kreiranje lažnih profila.

Sud je na kraju konstatovao da iako je postojeći normativni okvir domaćim vlastima omogućio alate za krivično gonjenje dela sajber-nasilja, čija je žrtva u konkretnom slučaju bila gospođa Volodina, način na koji su oni zapravo rešavali ovo pitanje – posebno oklevanje da se otvori krivični postupak i sporost istrage koja je rezultirala nekažnjavanjem počinioca otkriva neispunjavanje svojih pozitivnih obaveza zaštite privatnog života aplikantkinje. Stoga je jednoglasno utvrđena povreda člana 8 Konvencije.

6. Normativni okvir osvetničke pornografije u Republici Srbiji

Republika Srbija nije inkriminisala krivično delo pod nazivom osvetnička pornografija. Ipak, uvidom u Krivični zakonik¹⁰ moguće je pronaći krivična dela pod koja bi moglo da se podvede sporno ponašanje. Ta krivična dela su: neovlašćeno fotografisanje (član 144), neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka (član 145), polno uznemiravanje (član 182a) i prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnih lica za pornografiju (član 185). Stoga u narednim pasusima predstavićemo elemente bića navedenih krivičnih dela kako bismo

10 Krivični zakonik, Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

ustanovili da li je njima pružena adekvatna zaštita od ponašanja kakvo je osvetnička pornografija.

Biće krivičnog dela neovlašćeno fotografisanje sastoji se od neovlašćenog sačinjavanja fotografskog, filmskog, video ili drugog snimak nekog lica, pri čemu se osetno zadire u njegov lični život, ili u predaji ili pokazivanju trećem licu ili na drugi način omogućavanju da se sa snimkom upozna. Propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine. Pored osnovnog oblika, postoji i teži oblik koji se ogleda u tome da ovo delo učini službeno lice u vršenju službe, pri čemu će izvršilac biti kažnjen zatvorom do tri godine.

Na osnovu analize bića ovog krivičnog dela možemo da zaključimo da je objekat zaštite intima čoveka. Radnja izvršenja je alternativno određena. Ukoliko bismo ovo krivično delo posmatrali kroz prizmu osvetničke pornografije, videli bismo da postoji delimično (ne)poklapanje sa objavljivanjem eksplicitnih slika ili snimaka bez prethodne dozvole drugog lica sa motivom osvete. Naime, kod osvetničke pornografije, kako je ona inkriminisana u drugim državama, suština je u objavljivanju ili distribuiranju eksplicitne fotografije sa motivom osvete. Kod krivičnog dela neovlašćeno fotografisanje radnja je određena alternativno, pri čemu se neke od radnji poklapaju sa osvetničkom pornografijom – pokazivanje ili na drugi način omogućavanje da se sa snimkom upozna. Polazeći od činjenice da se osvetnička pornografija najčešće vrši putem interneta, odnosno društvenih mreža (pogledati istraživanja iz glave pod nazivom Karakteristike osvetničke pornografije), postavlja se pitanje da li internet i društvene mreže mogu da budu jedan od načina izvršenja ovog krivičnog dela. Mišljenja smo da mogu biti, čime bi bila pružena sveobuhvatnija zaštita pojedincima od objavljivanja eksplicitnih slika. Isto tako, kod krivičnog dela osvetnička pornografija ne traži se da snimak osetno zadire u lični život osobe na snimku. Isto tako, sporno je nepostojanje motiva osvete. Iako bi ovo moglo da se nadomesti primenom člana 54 KZ. Naime, u njemu je propisano da se prilikom odmeravanja kazne posebno vodi računa o pobudama iz kojih je delo učinjeno. Tako bi osveta mogla da se podvede kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne.

Kada je reč o drugom krivičnom delu pod nazivom neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka iz člana 145 KZ, treba navesti da se delo sastoji od objavljivanja ili prikazivanja spisa, portreta, fotografije, filma ili fonograma ličnog karaktera bez pristanka lica koje je spis sastavilo ili na koga se spis odnosi,

odnosno bez pristanka lica koje je prikazano na portretu, fotografiji ili filmu ili čiji je glas snimljen na fonogramu ili bez pristanka drugog lica čiji se pristanak po zakonu traži i time osetno zadire u lični život tog lica. Za izvršenje ovog dela predviđena je novčana kazna ili kazna zatvora do dve godine. Analizom bića ovog krivičnog dela, dolazimo do zaključka da je radnja izvršenja složena. Drugim rečima, postoje dve alternativne radnje – objavljivanje ili prikazivanje. I kod ovog krivičnog dela neophodno je postojanje osetnog zadiranja u lični život pasivnog subjekta (žrtve). Upoređivanjem bića ovog krivičnog dela sa osvetničkom pornografijom, može se konstatovati da uglavnom postoji poklapanje sa time da neko objavljuje eksplicitne slike bez pristanka sa motivom osvete. Kao i kod prethodno analiziranog dela, postavlja se pitanje da li internet i društvene mreže mogu da budu sredstvo izvršenja. Odgovor je potvrđan. Što se tiče motiva izvršenja ovog krivičnog dela, možemo kao i kod prethodnog primeniti član 54 KZ kako bi se izvršilac osvetničke pornografije teže kaznio.

Naredno krivično delo koje će biti predmet naše pažnje jeste polno uznemiravanje iz člana 182a KZ. Naime, ono se sastoji u polnom uznemiravanju drugog lica. Za takvo ponašanje predviđena je novčana kazna ili kazna zatvora do šest meseci. Ukoliko je delo učinjeno prema maloletnom licu, učinilac će se kazniti zatvorom od tri meseca do tri godine. Zakonodavac je u stavu tri istog člana odredio šta se smatra polnim uznemiravanjem. Tako se pod polnim uznemiravanjem podrazumeva svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica u sferi polnog života, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Ujedno, naglašeno je da se gonjenje za ovo krivično delo preduzima po predlogu. Postavlja se pitanje da li bi osvetnička pornografija mogla da se podvede pod polno uznemiravanje kako je to odredio zakonodavac. Tumačenjem možemo zaključiti da bi se osvetnička pornografija mogla podvesti pod polno uznemiravanje, jer nesumnjivo proizvodi štetne posledice kako je to naveo zakonodavac. Pozdravljamo rešenje da se veći stepen krivičnopravne zaštite u smislu propisane kazne obezbedi za maloletnike, jer su oni dobrim delom korisnici interneta i društvenih mreža, te znatno ranije stupaju u seksualne odnose, što sve može rezultirati pravljjenjem, slanjem i neželjenim publikovanjem i objavljivanjem eksplicitnih slika.

Poslednje krivično delo koje treba analizirati jeste prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnih lica za pornografiju iz člana 185 KZ. Naime, kod ovog

krivičnog dela postoji više oblika. Ipak, predmet naše pažnje biće samo oblici iz stavova 4 i 5. Prvi oblik se sastoji od pribavljanja za sebe ili drugog, posedovanja, prodaje, prikazivanja, javnog izlaganja ili elektronski ili na drugi način činjenja dostupnim slike, audio- vizuelnih ili drugih predmeta pornografske sadržine nastalih iskorišćavanjem maloletnog lica. Propisana je kazna zatvora od tri meseca do tri godine. Drugi oblik se odnosi na kažnjavanje lica koje pomoću sredstava informacionih tehnologija svesno pristupi slikama, audio- vizuelnim ili drugim predmetima pornografske sadržine nastalim iskorišćavanjem maloletnog lica. Za ovakvo inkriminisano ponašanje propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do šest meseci. Zakonodavac je u stavu 6 odredio šta se smatra predmetima pornografske sadržine nastalim iskorišćavanjem maloletnog lica (dečija pornografija). Tako se ovim predmetima smatra svaki materijal koji vizuelno prikazuje maloletno lice koje se bavi stvarnim ili simuliranim seksualno eksplicitnim ponašanjem, kao i svako prikazivanje polnih organa deteta u seksualne svrhe. Na kraju ovog člana predviđena je mera bezbednosti oduzimanje predmeta bliže regulisana članom 87 KZ. Posmatranjem navedenih oblika ovog krivičnog dela kroz prizmu osvetničke pornografije, možemo konstatovati da je ovim krivičnim delom pružena krivičnopravna zaštita maloletnom licu (licu koje nije navršilo 18 godina života shodno stavu 10 člana 112 KZ) od prikazivanja, javnog izlaganja ili elektronski ili na drugi način činjenja dostupnim slike, audio-vizuelnih ili drugih predmeta pornografske sadržine. Potrebno je naglasiti da kod ovog oblika krivičnog dela nije bitan motiv, te ne postoji u celosti poklapanje sa osvetničkom pornografijom. Analiza drugog navedenog oblika ukazuje da nema poklapanja sa osvetničkom pornografijom, ali je njegova inkriminacija bitna, jer doprinosi sprečavanju dalje viktimizacije maloletnog lica čije su eksplicitne slike, audio-vizuelni ili drugi predmeti pornografske sadržine, u smislu da se druge osobe upoznaju sa sadržinom dečije pornografije.

7. Borba protiv osvetničke pornografije

Postoji nekoliko načina kako bi se zaštitili od osvetničke pornografije. Naime, stručnjaci za borbu protiv ovog fenomena navode niz mera prevencije. Prva mera ogleda se u tome da nikada ne pravimo eksplicitne fotografije ili video-snimke. Time obezbeđujete zaštitu koja traje čak i ako neko dođe u posed vašeg telefona ili uspe da razbije šifru koju koristite na telefonu. Opasnost se naročito povećava ako postoji sinhronizacija sa računarom ili klaudom. Na taj način uvek postoje tri

kopije vaših eksplicitnih slika. Druga mera se ogleda da, čak ako imate takve slike, ih ne šalјete nikom, bez obzira koliko poverenja imate u svog partnera, jer već sutradan je moguće da dođe do poremećaja u vašim odnosima, čime sebe direktno ugrožavate. Naredna mera prevencije osvetničke pornografije ogleda se u tome da je potrebno заштити своје уређаје одговарајућим softverima. Uobičajeno je da virusi napadaju vaše уређаје, при чему је могуће да time hakeri доспеју у посед ваших приватних фотографија. Postoje brojni antivirus programi koji вам могу помоћи да спречите напад hakera. Ukoliko дође до raskida veze или једноставно пожелите да partner не поседује вахе експлицитне слике, немојте да се плашите да затражите да се one обришу. Stoga се у томе огледа трећа мера превенције. Ако затражите да се експлицитне слике обришу, то би било најбоље да partner уради пред vama како бисте били сигурни да је то урађено.¹¹

S tim u vezi potrebno je naglasiti da je položaj žrtve dodatno ojačan presudom suda iz nemačkog grada Koblenca (Koblenz). Naime, sud je odlučio da je intimne fotografije neophodno obrisati na kraju veze ako je to затражено од partnera. U navedenom slučaju мушкарца из Hesena (Hes- se) је направіо неколіко еротских фотографија своје partnerke уз njenu saglasnost. Nakon završetka njihove veze, žena je zahtevala brisanje slika. Međutim, мушкарца је то одбио. На крају се тужбом обратила суду, при чему је битно истаћи да мушкарца није показао намеру да спорне слике репродукује или их стави на internet. Суд је био ства да би saglasnost за коришћење и поседовање приватно снимљених голіх слика могла бити повучена по основу личних права која се вреднују више од власничких права фотографа. Другим речима, тужена страна је била у обавези да обрише само голе или еротске слике своје partnerke, а не one на којима је она потпуно одевена.¹² То значи да пристанак за коришћење и поседовање приватно снимљених голіх слика може да буде повучен од стране бившег partnera на основу личних права која се више цене него власничка права фотографа. Суд се позвао на чланове 1(1) і 2(1) nemačkog Ustava. U članu 1(1) propisana je nepovredivost ljudskog dostojanstva, dok u članu 2(1) da svako lice ima pravo na slobodan razvoj svoje личности sve dok se не krše права drugih. Суд је у право личности подвео intimnu sferu. Заштита која

11 Prema: <https://www.pandasecurity.com/en/mediacenter/security/security-tips-revenge-porn/>. Preuzeto: 9. 11. 2022. godine.

12 Prema: <https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling>. Preuzeto: 9. 11. 2022. godine.

se pruža intimnoj sferi bila je važnija od bilo koje zaštite autorskih prava ili prava koja su data fotografu bivšeg ljubavnika.¹³

Ova odluka je veoma bitna, jer omogućava da se spreči bilo kakva šteta pre eventualnog objavljivanja eksplicitnih slika i video-zapisa. Kako bismo podupreli značaj ove presude, navešćemo primer isto iz Nemačke. Reč je o paru iz Dizeldorfa (Düsseldorf). Ona je bila honorarni model, dok je njemu bio hobi fotografisanje. Tako je nastalo na stotine fotografije, između ostalog i iz spavaće sobe. Do razvoda je došlo tokom 2010. godine, usled višestrukog agresivnog ponašanja muškarca. Nakon razvoda, bivša supruga je otkrila da su njene intimne fotografije podeljene na društvenoj mreži, uz navođenje da je počela da snima porno filmove. Iako je tražila pravnu zaštitu, bilo je očigledno da je već došlo do izvršenja osvetničke pornografije. Donošenjem presude iz Koblenca, položaj osoba čije intimne fotografije ili video-zapisi postoje je znatno ojačan, jer mogu da traže njihovo brisanje odmah nakon prekida veze.¹⁴

Deljenje šifre za pristup telefonu sa nekim drugim može biti rizično. Stoga je najbolje to ne raditi kako biste smanjili mogućnost da neko zloupotrebi vaše poverenje. Ukoliko radite nešto na telefonu, tabletu ili kompjuteru, kad god se udaljite zaključajte ih, jer je potrebno samo nekoliko minuta da neko pristupi vašim fotografijama i video- zapisima. Zaključavanjem uređaja, retko ko bi se usudio da iskoristi vaše odsustvo. Mera prevencije se može ogledati i u tome da se eksplicitne slike i video-zapisi čuvaju u posebnom folderu pod šifrom. Najbolje bi bilo da se takvi folderi skladište na eksternom hard disku čime dodatno povećavate bezbednost od neželjenog objavljivanja vaših slika. Jedna od mera koja može da vas zaštiti od osvetničke pornografije odnosi se na to da ako se bavite foto modelingom, te vas neko fotografiše u lascivnim pozama, zamolite datu osobu da popuni obrazac kojim se vrši prenos autorskih prava na vas. Tako ćete biti u znatno boljoj poziciji da ako dođe do objavljivanja takvih slika sebe zaštitite podnošenjem zahteva da se takve slike uklone sa interneta. Sledeća mera odnosi se na proaktivno održavanje pozitivnog imidža na društvenim mrežama, pri čemu je potrebno brisati sve ono što taj imidž može da naruši. Naime, stručnjaci za prevenciju ističu da održavanje pozitivnog imidža može umanjiti štetu nastalu eventualnim objavljivanjem eksplicitnih fotografija

13 Prema: <https://jezebel.com/german-court-rules-man-must-delete-naked-photos-of-his-1583282543>. Preuzeto: 9. 11. 2022. godine.

14 Prema: <https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling>. Preuzeto: 9. 11. 2022. godine.

na internetu.¹⁵ Poslednja mera prevencije se odnosi na registraciju za korišćenje opcije na Google pretraživaču pod nazivom Google alerts koja vam omogućava da odmah saznate ako je neko okačio vašu fotografiju.¹⁶ S tim u vezi kompanija Google, kao vlasnik najčešće upotrebljavanog internet pretraživača, 2015. godine je postala svesna da su slike osvetničke pornografije štetne za pojedince, te degradiraju žrtve, pretežno žene. Između ostalog je navedeno da će kompanija poštovati zahteve ljudi da ukloni gole ili seksualno eksplicitne slike koje se dele bez njihovog pristanka iz rezultata Google pretrage. Očigledno je da će naponi kompanije ograničiti štetu uzrokovanu osvetničkom pornografijom. Ipak, i dalje će sporni sadržaj postojati na pojedinim veb lokacijama, što bi omogućilo njegovu dalju distribuciju (Bjarnadóttir, 2016, str. 215). Isto tako, kompanija Meta, vlasnica društvenih mreža Facebook i Instagram, je 2019. godine pokrenula program za borbu protiv osvetničke pornografije.¹⁷

8. Zaključak

Razvoj savremenih tehnologija doveo je, pored nesumnjivo velikih benefita za svakodnevni život, i do brojnih mogućnosti za zloupotrebu. Dovoljno je navesti deepfake i revenge porn kao nove oblike nasilja nad ženama. Osvetnička pornografija izaziva brojne negativne posledice. Čak i pored svih mera prevencije i umanjenja štete veoma je teško ukloniti sve sporne slike sa interneta i društvenih mreža. Kako bi se vodila efikasna borba protiv osvetničke pornografije neophodno je sprovesti edukaciju pre svega osoba ženskog pola, jer je ova vrsta nasilja upravljena uglavnom prema njima, kakvi su sve rizici slanja eksplicitnih fotografija i video-snimaka drugim osobama, ali i edukovati osobe muškog pola, kao najčešće izvršioce osvetničke pornografije, o tome da je takvo ponašanje neprihvatljivo i da će oni biti za to sankcionisani. Posebnu pažnju treba posvetiti učenicima osnovnih i srednjih škola, jer su oni veliki konzumenti sadržaja na internetu, ali i korisnici društvenih mreža, pri čemu se ne libe da šalju jedni drugima eksplicitne slike.

15 Prema: <https://www.reputationdefender.com/blog/privacy/how-to-protect-yourself-from-revenge-porn>. Preuzeto: 9. 11. 2022. godine

16 Prema: <https://revengepornhelpline.org.uk/information-and-advice/step-by-step-guides/how-to-set-up-a-google-alert/>. Preuzeto: 9. 11. 2022. godine.

17 Prema: <https://www.cnbc.com/2019/03/15/facebook-ai-tool-detects-revenge-porn-before-its-reported.html>, Preuzeto: 9. 11. 2022. godine.

Kako bi se u Republici Srbiji izvršioi osvetničke pornografije adekvatno kaznili, biće neophodno izmeniti analizirana krivična dela ili uvesti novo krivično delo. Ipak, treba biti objektivan pa istaći i da postojeći normativni okvir (ne) pruža krivičnopravnu zaštitu, ali da se očekuje da zakonodavac sledi trend u drugim državama, te inkriminiše posebno krivično delo pod nazivom osvetnička pornografija. Postavlja se pitanje zašto postojeća rešenja u Krivičnom zakoniku ne pružaju adekvatnu zaštitu. Razlog leži u činjenici da do zaštite dolazi posrednim putem – tumačenjem odredbi, pri čemu zaštita nije sveobuhvatna. Stoga, kako bi se povećao stepen zaštite od objavljivanja eksplicitnih slika bez dozvole osobe koja je na njima, očekuje se da zakonodavac što skorije preduzme odgovarajuće korake.

Bibliografija

- Bjarnadóttir, M. R., Does the Internet Limit Human Rights Protection? The Case of Revenge Porn, *Jipitec*, no. 7, 2016.
- Buturugă v. Romania, app. no. 56867/15.
- Davidson, J., Livingstone, S., Jenkins, S., Gekoski, A., Choak, C., Ike, T., Phillips, K., Adult Online Hate, Harassment and Abuses: A Rapid Evidence Assessment, University of East London, 2019, p. 45.
- Eaton, A., Jacobs, H., Ruvalcaba, Y., Nationwide online study of nonconsensual porn victimization and perpetration a summary report, Cyber Civil Rights Initiative, Inc. Florida International University, Department of Psychology, 2017.
- Krivični zakonik, Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.
- Mak, L., What Is Doxing? Is It Legal and How Do You Prevent It? Prema: <https://vpnoverview.com/internet-safety/cybercrime/what-is-doxing/>. Preuzeto 31. 10. 2022. godine.
- Pina, A., Holland, J., James, M., The Malevolent Side of Revenge Porn Proclivity: Dark Personality Traits and Sexist Ideology, *International Journal of Technoethics*, no. 8, 2017.
- <http://www.statisticbrain.com/domestic-violence-abuse-stats/>. Preuzeto 7. 11. 2021. godine.
- <https://jezebel.com/german-court-rules-man-must-delete-naked-photos-of-his-1583282543>. Preuzeto 9. 11. 2022. godine.

[https:// revengepornhelpline.org.uk/information-and-advice/step-by-step-guides/how-to-set-up-a-google-alert/](https://revengepornhelpline.org.uk/information-and-advice/step-by-step-guides/how-to-set-up-a-google-alert/). Preuzeto 9. 11. 2022. godine.

[https:// www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/](https://www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/). Preuzeto 31. 10. 2022. godine.

[https:// www.cNBC.com/2019/03/15/facebook-ai-tool-detects-revenge-porn-before-its-reported.html](https://www.cNBC.com/2019/03/15/facebook-ai-tool-detects-revenge-porn-before-its-reported.html). Preuzeto 9. 11. 2022. godine.

[https:// www.coe.int/en/web/cyberviolence/-/france-digital-republic-law-sanctions-against-revenge-porn](https://www.coe.int/en/web/cyberviolence/-/france-digital-republic-law-sanctions-against-revenge-porn). Preuzeto 3. 11. 2022. godine.

[https:// www.cps.gov.uk/legal-guidance/revenge-pornography-guidelines-prosecuting-offence-disclosing-private-sexual](https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/revenge-pornography-guidelines-prosecuting-offence-disclosing-private-sexual). Preuzeto 2. 11. 2022. godine.

[https:// www.findlaw.com/criminal/criminal-charges/revenge-porn-laws-by-state.html](https://www.findlaw.com/criminal/criminal-charges/revenge-porn-laws-by-state.html). Preuzeto 31. 10. 2022. godine.

<https://www.gov.uk/government/publications/domestic-abuse-bill-2020-factsheets/threats-to-disclose-private-sexual-photographs-and-films>. Preuzeto 2. 11. 2022. godine.

[https:// www.pandasecurity.com/en/mediacenter/security/security-tips-revenge-porn/](https://www.pandasecurity.com/en/mediacenter/security/security-tips-revenge-porn/). Preuzeto 9. 11. 2022. godine.

[https:// www.reputationdefender.com/blog/privacy/how-to-protect-yourself-from-revenge-porn](https://www.reputationdefender.com/blog/privacy/how-to-protect-yourself-from-revenge-porn). Preuzeto 9. 11. 2022. godine.

[https:// www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling](https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling). Preuzeto 9. 11. 2022. godine.

[https:// www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling](https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling). Preuzeto 9. 11. 2022. godine.

Ruvalcaba, Y., Eaton, A. A., Nonconsensual pornography among U.S. adults: A sexual scripts framework on victimization, perpetration, and health correlates for women and men, *Psychology of Violence*, 10(1), 2020.

Volodina v. Russia (no. 2), app. no. 40419/19.

Volodina v. Russia, app. no. 41261/17.

*Darko Dimovski, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš
Republic of Serbia*

REVENGE PORNOGRAPHY: CRIMINOLOGICAL AND CRIMINAL LAW ASPECTS

Summary

The propensity to violence is inherent in every society. The development and growing use of modern technologies has lately provided another instrument for victimization of women on an unprecedented scale. This instrument is reflected in the emergence of deepfake and revenge porn as new forms of violence against women. The subject matter of analysis in this paper is revenge pornography, which will be observed from the criminological and criminal law perspectives. In the first part of the paper, after presenting the definition of the concept of revenge pornography, the author elaborates on the key characteristics of revenge pornography as an instrument for the victimization of women. The second part of the paper provides an overview of the normative solutions on this subject matter in certain countries. Given the fact that revenge pornography has been the subject matter of analysis of the European Court of Human Rights in Strasbourg, the author analyzes the ECtHR case law on this issue. In the next part, the author presents the normative framework on this issue in the Republic of Serbia, viewed through the prism of revenge pornography. The final part of the paper focuses on the fight against revenge pornography, with the aim of providing adequate protection to female victims of this criminal offence. It is the only way to increase women's security and confidence that state bodies will provide adequate protection against the misuse of modern technologies.

Keywords: *revenge pornography, violence, women, Republic of Serbia.*

Dr Vuk Cucić,*
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu
Republika Srbija

UDK: 35.077.3(497.11)(094.5.072):342.4(497.11)

UDK: 342.565.2(497.11)

Rad primljen: 03.04.2023.

Rad prihvaćen: 25.04.2023.

NEUSTAVNOST ZAKONA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU – USTAVNI SUD KAO 'POZITIVNI ZAKONODAVAC' **

Apstrakt: Ustavni sud je oglosio neustavnom odredbu čl. 178, st. 3 ZUP, kojom je određen objektivni rok za ponavljanje upravnog postupka. Ustavni sud je utvrdio da je postojanje pomenutog roka neustavno u odnosu na dva od 12 razloga za ponavljanje postupka, konkretno, kad do ponavljanja postupka dolazi usled toga što su Ustavni sud po ustavnoj žalbi ili Evropski sud po predstavi utvrdili da je rešenjem donetim u upravnom postupku povređeno neko Ustavom ili Evropskom konvencijom zajemčeno pravo. Nažalost, odredba čl. 178, st. 3 ZUP propisivala je objektivni rok za svih 12 razloga za ponavljanje postupka. Njenim uklanjanjem je Ustavni sud izašao iz svoje uloge 'negativnog zakonodavca', te umesto zakonodavca izvršio pravno-politički izbor, uklanjajući i delove norme koji nisu nesaglasni sa Ustavom. Autor kritički sagledava predmetnu odluku Ustavnog suda, sa stanovišta njenog obima, njene pravne osnovanosti i njenih posledica. Kritici je podvrgnuta i uloga zakonodavca, koji je propustio priliku da izmeni odnosnu odredbu tokom šest meseci koje mu je na raspolaganju ostavio Ustavni sud.

Ključne reči: Ustavni sud, ponavljanje postupka, Zakon o opštem upravnom postupku.

* vukcucic@ius.bg.ac.rs

** Rad je izrađen u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije”.

1. Uvod

Ustavni sud Srbije utvrdio je da odredba čl. 178, st. 3 Zakona o opštem upravnom postupku¹ („ZUP“) nije u saglasnosti sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorom.² Navedenom odredbom bio je propisan objektivni rok za ponavljanje upravnog postupka, koji je iznosio pet godina od konačnosti rešenja donetog u postupku čije se ponavljanje traži. Objektivni rok odnosio se na svih 12 razloga za ponavljanje postupka, koji su propisani u čl. 176, st. 1 ZUP. Ustavni sud je utvrdio da je objektivni rok neustavan samo u odnosu na dva od tih 12 razloga, konkretno, kad se postupak ponavlja zato što je Ustavni sud u istoj upravnoj stvari, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom, a istovremeno nije poništio osporeno rešenje,³ i kad se postupak ponavlja zato što je Evropski sud za ljudska prava u istoj upravnoj stvari naknadno utvrdio da su prava ili slobode podnosioca predstavke povređena ili uskraćena.⁴

Neustavnost objektivnog roka iz čl. 178, st. 3 ZUP nije utvrđena u odnosu na preostalih 10 razloga za ponavljanje postupka. Štaviše, Ustavni sud je izričito razmatrao neustavnost pomenutog roka u odnosu na još tri razloga za ponavljanje postupka i utvrdio da u odnosu na njih on nije nesaglasan sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima.⁵ Uprkos tome, Ustavni sud je ukinuo odredbu o objektivnom roku u odnosu na sve razloge za ponavljanje postupka.

Da li Ustavni sud može da ukida zakonske norme koje nisu nesaglasne sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima? Da li Ustavni sud to može da uradi onda kad je to neophodno radi uklanjanja norme ili njenog dela koji jeste nesaglasan sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima?

1 „Službeni glasnik RS“, br. 18/16, 95/18 – autentično tumačenje, 2/23 – odluka US.

2 Odluka Ustavnog suda IUz-253/2018 od 30. 6. 2022, „Službeni glasnik RS“, br. 2/23. 3 Čl. 176, st. 1, tač. 11 ZUP.

4 Čl. 176, st. 1, tač. 12 ZUP.

5 Rešenje o pokretanju postupka u predmetu Ustavnog suda IUz-253/2018 od 28. 10. 2021. Reč je o razlozima iz čl. 176, st. 1, tač. 8–10 ZUP, u kojima stoji da se postupak ponavlja: 8) ako je rešenje doneto na osnovu lažne isprave ili lažnog iskaza svedoka ili veštaka ili kao posledica drugog krivičnog dela; 9) ako se rešenje zasniva na presudi suda ili odluci drugog organa koja je kasnije pravnosnažno preinačena, ukinuta ili poništena; 10) ako je nadležni organ naknadno i u bitnim tačkama drukčije pravnosnažno odlučio o prethodnom pitanju na kome je rešenje zasnovano.

Redovi koji slede kritički sagledavaju odluku Ustavnog suda kojom je utvrđena nesaglasnost čl. 178, st. 3 ZUP sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima, kako sa stanovišta njenog obima, tako i sa stanovišta njene pravne osnovanosti.

2. Ustavni sud kao 'pozitivni zakonodavac'

U ustavnopravnoj teoriji, još je Kelzen Ustavni sud nazvao 'negativnim zakonodavcem' (Vigano, 2018: 1). Za razliku od 'pozitivnih zakonodavaca' (ili preciznije, normotvoraca na različitim nivoima javne vlasti), na prvom mestu Narodne skupštine, koji donose opštenormativne akte, te vrše pravno-političke izbore pri stvaranju opštih pravnih pravila, Ustavni sud je ovlašćen isključivo da čuva jedinstvo pravnog poretka, te da uklanja norme niže pravne snage koje nisu u saglasnosti sa normama više pravne snage (*Ibid.*). Takva podela nadležnosti proističe iz različitih uloga, koje u sistemu podele vlasti imaju Ustavni sud i organi javne vlasti koji su ovlašćeni da obavljaju opštenormativnu delatnost.

U predmetnoj stvari, Ustavni sud je za sebe preuzeo ulogu i 'pozitivnog zakonodavca' u delu u kojem je napravio svestan pravno-politički izbor da izmeni ZUP i u delu u kojem on nije bio nesaglasan sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Konkretno, Ustavni sud je ukinuo objektivni rok za ponavljanje postupka kod 10 razloga⁶ kod kojih se postojanje takvog roka nije sukobljavalo sa aktima više pravne snage.

Zauzimajući stav da je postojanje objektivnog roka za ponavljanje u dva navedena slučaja nesaglasno sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima (opravdanost tog stava se razmatra u narednom odeljku), Ustavni sud se, zapravo, našao u situaciji u kojoj je morao da načini izbor između dve, jednako nepravne alternative – da u pravnom poretku ostavi normu za koju smatra da je nesaglasna sa normom više pravne snage ili da iz pravnog poretka ukloni norme za koje ne smatra da su suprotstavljene aktima više pravne snage. Ustavni sud je izabrao drugu opciju.

Smatramo da pozitivno pravo ne nudi rešenje problema s kojim Ustavni sud suočio. Treba dodatno naglasiti da je, u granicama postojećeg zakonskog okvira, Ustavni sud preduzeo jedinu dostupnu meru, kojom je data 'pat pozicija' mogla da se pravno valjano rasplete. Naime, Ustavni sud je, oslanjajući se na Zakon o Ustavnom sudu⁷ odložio objavljivanje svoje odluke za šest meseci od dana njenog donošenja, te je istom

6 Čl. 176, st. 1, tač. 1–10 ZUP.

7 „Službeni glasnik RS“, br. 09/07, 99/11, 18/13 – odluka US, 103/15 i 40/15 – dr. zakon.

prilikom tu odluku zajedno sa rešenjem o odlaganju objavljivanja dostavio Narodnoj skupštini, to jest, donosiocu predmetnog opšteg akta.⁸ Narodna skupština je, nažalost, propustila datu priliku da čl. 178, st. 3 ZUP uskladi sa odlukom Ustavnom suda, to jest, sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima, iako to ne bi predstavljalo naročiti zakonodavni izazov.⁹

De lege ferenda, zakonodavac bi trebalo da razmotri moguća rešenja za izlaz iz ovakvih situacija. Davanje ovlašćenja Ustavnom sudu da odloži objavljivanje svoje odluke, te da, samim tim, odloži prestanak važenja odredbe čija je nesaglasnost sa višim pravnim aktom utvrđena, predstavlja dobru osnovu za rešavanje problema. Ipak, vidi se da to rešenje zahteva angažovanje tvorca pravne norme na usklađivanju norme sa višim pravnim aktom, kao što se vidi i da to angažovanje može izostatati.

Sa stanovišta principa podele vlasti i odnosa Ustavnog suda prema organima javne vlasti koji usvajaju opšte pravne akte, a posebno prema Narodnoj skupštini, zakonsko rešenje po kojem se obavezuju tvorci normi da iste usklade sa višim pravnim aktima deluje pravično, ali ne uvek i izvodljivo. Propisivanje pravnih sankcija ne bi imalo ni smisla ni dejstva uzimajući u obzir položaj ovih organa. Oslanjanje na političku odgovornost ne deluje kao išta delotvornije zakonsko rešenje.

Jednako nekvalitetno, a možda i neustavno, bilo bi i zakonsko rešenje pri kojem se Ustavnom sudu ne dozvoljava da u ovakvim situacijama uklanja norme nesaglasne sa normama više pravne snage. Potencijal za zloupotrebu vlasti bi u tom slučaju bio neprihvatljivo visok.

Na sredini puta, između čekića i nakovnja, moglo bi se razmišljati o propisivanju konsultativnog mehanizma, koji bi podrazumevao obavezu Ustavnog suda da ukaže na nemogućnost opstajanja u pravnom poretku norme koja je nesaglasna sa višim pravnim aktima, uz upozorenje tvorcu norme da ukidanje takve norme nužno podrazumeva i ukidanje odredbi ili dela odredbi koje nisu nesaglasne sa višim pravnim aktima. Uz ostavljanje razumnog roka¹⁰ za usklađivanje osporenog akta sa aktom više pravne snage,

8 Čl. 58, st. 4 i 5 Zakona o Ustavnom sudu.

9 Odredba čl. 178, st. 3 ZUP, koja je prestala da važi, glasila je: „Kada istekne pet godina od kada je stranka obavestena o konačnom rešenju, više ne može da se zahteva ponavljanje postupka, niti organ može da ponovi postupak po službenoj dužnosti.” Dovoljno bi bilo da je odredba izmenjena tako što bi na njenom kraju bila obrisana tačka, stavljena zapeta i dodate reči: „ako je osnov za ponavljanje neki od razloga iz čl. 176, stav (1) tač. 1) – 10) ovog zakona.”

10 U tom smislu postavlja se i pitanje da li bi postojećih šest meseci, koliko se može odložiti objavljivanje odluke Ustavnog suda, uvek bilo dovoljno za sprovođenje

to bi, s jedne strane, dalo priliku tvorcu norme da sačuva delove akta koji nisu nesaglasni sa višim pravnim aktima, dok bi, s druge strane, u slučaju izostanka reakcije tvorca norme, podrazumevalo njegov implicitni pravno-politički izbor da i delovi akta koji nisu nesaglasni sa višim pravnim aktima budu uklonjeni iz pravnog poretka. Ustavni sud bi onda ostao 'negativni zakonodavac', a tvorac norme 'pozitivni zakonodavac', bilo da svoju opštenormativnu delatnost vrši izričito (izmenom akta), bilo da je vrši prećutno (izostajanjem reakcije na poziv Ustavnog suda).

Uporedno ustavno pravo nudi još jedno moguće rešenje – donošenje interpretativnih odluka od strane ustavnog sudstva. Reč je o odlukama kojima se određuje tumačenje osporene odredbe koje je u saglasnosti s višim pravnim aktima, isključujući istovremeno druga, sa aktima više pravne snage nesaglasna tumačenja date odredbe (Bercholz, 2017: 34). Takva jedna interpretativna odluka je mogla u datom slučaju postići željeni cilj – ostavljanje odredbe čl. 178, st. 3 ZUP u pravnom poretku, uz tumačenje da se objektivni rok ne primenjuje u dva sporna slučaja (čl. 176, st. 1, tač. 11 i 12 ZUP).¹¹

3. Pravna (ne)osnovanost stava o neustavnosti Zakona o opštem upravnom postupku

3.1. Opis slučaja

Ustavni sud je utvrdio da nesaglasnost čl. 178, st. 3 ZUP s Ustavom¹² i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda („Evropska konvencija“)¹³ proizlazi iz činjenice da je njom utvrđen

potrebne normativne intervencije.

11 Pritom bi i Ustavni sud zadržao ulogu 'negativnog zakonodavca', jer ne bi uklanjao delove norme koji su saglasni sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima.

12 Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, br. 98/06 i 115/21.

13 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtno kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtno kazne u svim okolnostima, „Sl. list SCG – Međunarodni ugovori“, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr. i „Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori“, br. 12/10 i 10/15.

objektivni rok za dva razloga za podnošenje zahteva za ponavljanje postupka, odnosno ponavljanje postupka od strane nadležnog organa uprave. Konkretno je reč o razlozima propisanim u čl. 176, st. 1, tač. 11 i 12 ZUP. Njima je propisano da se postupak koji je okončan rešenjem protiv kojeg ne može da se izjavi žalba (konačno rešenje) ponavlja, između ostalog, ako je Ustavni sud u istoj upravnoj stvari, u postupku po ustavnoj žalbi utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom, a istovremeno nije poništio osporeno rešenje (tačka 11) i ako je Evropski sud za ljudska prava u istoj upravnoj stvari naknadno utvrdio da su prava ili slobode podnosioca predstavke povređena ili uskraćena (tačka 12).

Ustavni sud je zauzeo stav da postojanje takvog objektivnog roka nije u saglasnosti sa Ustavom i Evropskom konvencijom zato što „stranka ni na koji način ne može da utiče na to da se postupak zaštite njenih zajemčenih prava pred Ustavnim sudom i Evropskim sudom za ljudska prava („Evropski sud“) okonča pre isteka roka propisanog osporenim odredbom člana 178. stav 3. Zakona, a okončanje tih postupaka je uslov za podnošenje zahteva za ponavljanje postupka.”¹⁴

Dosledno navedenom shvatanju, Ustavni sud je rešenjem odbio inicijativu za ocenu saglasnosti čl. 178, st. 3, ZUP sa Ustavom i Evropskom konvencijom u vezi sa tri druga razloga za ponavljanje postupka, propisana u čl. 176, st. 1, tač. 8-10 ZUP,¹⁵ jer u njima ponavljanje postupka zavisi od donošenja odluka domaćih sudova i/ili organa uprave. Na ubrzanje postupka i donošenje odluka pred domaćim sudovima i organima uprave, sledeći racio odluke Ustavnog suda, stranka može da utiče koristeći mehanizme propisane Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.¹⁶

Ustavni sud u odluci navodi i da ovo nije prvi put da se iz pravnog poretka uklanjaju odredbe o objektivnom roku za ponavljanje postupka, a u vezi sa odlukama Ustavnog suda i Evropskog suda. Istovetne odredbe su

14 Odluka Ustavnog suda IUz-253/2018 od 30. 6. 2022, „Službeni glasnik RS“, br. 2/23.

15 Rešenje o pokretanju postupka u predmetu Ustavnog suda IUz-253/2018 od 28. 10. 2021. Reč je o razlozima iz čl. 176, st. 1, tač. 8-10 ZUP, u kojima stoji da se postupak ponavlja: 8) ako je rešenje doneto na osnovu lažne isprave ili lažnog iskaza svedoka ili veštaka ili kao posledica drugog krivičnog dela; 9) ako se rešenje zasniva na presudi suda ili odluci drugog organa koja je kasnije pravnosnažno preinačena, ukinuta ili poništena; 10) ako je nadležni organ naknadno i u bitnim tačkama drukčije pravnosnažno odlučio o prethodnom pitanju na kome je rešenje zasnovano.

16 „Službeni glasnik RS“, br. 40/2015.

intervencijom Ustavnog suda prethodno uklonjene iz Zakona o parničnom postupku¹⁷ i Zakona o prekršajima.¹⁸

3.2. Odredbe Ustava i Evropske konvencije u odnosu na koje je procenjivan čl. 178, st. 3 Zakona o opštem upravnom postupku

Rešenje kojim je pokrenut postupak pred Ustavnim sudom, kao i odluka kojom je utvrđena neustavnost čl. 178, st. 3 ZUP ne pružaju jasnu i doslednu ideju o pravnom osnovu za utvrđivanje neustavnosti predmetne odredbe.

Nedoslednost odluka Ustavnog suda u ovom predmetu ogleda se u navođenju različitih odredbi Ustava i Evropske konvencije s kojima navedena odredba, navodno, nije u saglasnosti. Naime, Ustavni sud i u rešenju i u odluci donetim u ovom predmetu,¹⁹ kao relevantne za odlučivanje navodi odredbe čl. 22, st. 1, čl. 32, st. 1 i čl. 36 Ustava,²⁰ odredbe čl. 6, st. 1 i čl. 13 Evropske konvencije,²¹ ali se prilikom utvrđivanja nesaglasnosti čl. 178, st. 3 ZUP dalje ne poziva na čl. 6, st. 1 Evropske konvencije. Dalje, Ustavni sud na jednom mestu u odluci konstatuje da je čl. 13 Evropske konvencije

17 Odluka Ustavnog suda IUz-147/2012 od 21. 2. 2013, „Službeni glasnik RS“, br. 74/13.

18 Odluka Ustavnog suda IUz-25/2018 od 7. 4. 2022, „Službeni glasnik RS“, br. 112/22.

19 Odluka i rešenje su preuzeti iz baze sudske prakse Ustavnog suda (<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, pristupljeno 23. 3. 2023). Stranice i pasusi odluke i rešenja nisu numerisani, te se samo kod doslovnih citata navodi odakle su preuzeti (da li iz odluke ili iz rešenja) i bez navođenja odgovarajuće stranice i pasusa.

20 Svako ima pravo na sudsku zaštitu ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale (član 22, stav 1 Ustava). Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega (član 32, stav 1 Ustava). Jemči se jednaka zaštita prava pred sudovima i drugim državnim organima, imaocima javnih ovlašćenja i organima autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave. Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu (član 36).

21 Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona (član 6, stav 1 Evropske konvencije). Svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj konvenciji ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu (član 13 Evropske konvencije).

jedna od odredaba s kojima čl. 178, st. 3 ZUP nije u saglasnosti,²² dok na drugom mestu pozivanje na tu odredbu izostaje.²³

Uprkos opisanoj nedoslednosti i stvorenoj konfuziji, svaka od navedenih odredaba više pravne snage od uklonjene norme ZUP treba da bude analizirana, kao potencijalni pravni osnov za donošenje odluke Ustavnog suda.

Odredbe čl. 32 Ustava i čl. 6 Evropske konvencije garantuju pravo na pravično suđenje. Pravo na pravično suđenje podrazumeva da prilikom odlučivanja o nečijim pravima, obavezama ili kaznenoj odgovornosti treba da odlučuje zakonom ustanovljen, nezavisan i nepristrasan sud i to na javnoj raspravi, u pravičnom postupku (to jest, postupku sa odgovarajućim procesnim garancijama) i u razumnom roku.²⁴

Da bi stranka bila u mogućnosti da (posredno) ospori upravni akt ustavnom žalbom pred Ustavnim sudom ili predstavkom pred Evropskim sudom, mora prethodno da iscrpi sva raspoloživa pravna sredstva, uključujući i tužbu pred Upravnim sudom.²⁵ Upravni sud i postupak

22 „Ustavni sud nalazi da navedeno zakonsko rešenje nije saglasno sa Ustavom utvrđenim načelom da svako ima pravo na sudsku zaštitu, ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su tom povredom nastale (član 22, stav 1 Ustava), budući da se u tim slučajevima propisano pravno sredstvo ne može smatrati delotvornim sa stanovišta člana 13 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.”

23 „Imajući u vidu sve navedeno, Sud je utvrdio da se odredbom člana 178. stav 3. u vezi sa članom 176. stav 1. tač. 11) i 12) Zakona o opštem upravnom postupku, dovodi u pitanje ostvarivanje drugih prava zajemčenih Ustavom, odnosno zadire u suštinu Ustavom zajemčenih prava, i to konkretno prava na pravično suđenje i prava na pravno sredstvo iz čl. 32. i 36. Ustava. Ovo stoga što, u situaciji kada stranka ne može uticati na vremensko ograničenje postupka pred Ustavnim sudom, odnosno Evropskim sudom za ljudska prava, objektivni rok od pet godina za ponavljanje upravnog postupka od dana kada je stranka obavestena o konačnom rešenju, dovodi u pitanje ustavnu garanciju iz člana 22. stav 1. Ustava, odnosno mogućnost uklanjanja posledica koje su povredom nastale kad Ustavni sud u istoj upravnoj stvari, u postupku po ustavnoj žalbi utvrdi povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom, a istovremeno nije poništio osporeno rešenje, odnosno kad Evropski sud za ljudska prava u istoj upravnoj stvari naknadno utvrdi da su prava i slobode podnosioca predstavke povređena ili uskraćena.”

24 Više o pojmu nezavisnog i nepristrasnog suda u praksi Evropskog suda, v. (Savet Evrope, 2018: 49–62). O pojmu prava na pravično suđenje u upravnom pravu, v. (Cucić, 2009a).

25 Ukoliko sudska zaštita nije obezbeđena pred Upravnim sudom, onda mora da bude obezbeđena pred drugim sudom, saglasno čl. 198, st. 2 Ustava, primera radi u radnom

pred Upravnim sudom, načelno posmatrano, pružaju potrebne garancije pravičnog suđenja (Cucić, 2009b).

Postoje dve dodatne smetnje oslanjanju na pravo na pravično suđenje prilikom ocene ustavnosti rokova za ponavljanje postupka. Prva, nije uopšte reč o sudu, već o organu uprave, to jest, nije reč o sudskom, već o upravnom postupku. Ustavni sud se ranije oslanjao na pravo na pravično suđenje radi uklanjanja objektivnih rokova za ponavljanje postupka, ali je to činio u sudskim postupcima – parničnom i prekršajnom. Činjenica da se ovde radi o upravnom postupku, deluje da nije uvažena. Druga, ako bi se smatralo da i vanredna pravna sredstva, a ponavljanje postupka je takvo pravno sredstvo, treba da ispune sve uslove propisane u čl. 32 Ustava i čl. 6, st. 1 Evropske konvencije, onda bi to značilo da i postupci po vanrednim pravnim sredstvima treba da osiguraju standarde pravičnog suđenja poput održavanja usmene rasprave i mogućnosti osporavanja utvrđenog činjeničnog stanja.²⁶ To zasigurno nije slučaj sa vanrednim pravnim sredstvima, kako u upravnom pravu, tako i u nekim drugim granama prava. Kao primer navodimo zahtev za preispitivanje sudske odluke,²⁷ koji se u upravnom sporu izjavljuje Vrhovnom kasacionom sudu, i reviziju, koja se u parničnom postupku izjavljuje istom sudu.²⁸

Određbe čl. 36 Ustava i čl. 13 Evropske konvencije garantuju pravo na pravno sredstvo. Čl. 36, st. 2 Ustava propisuje da svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu, dok čl. 13 Evropske konvencije predviđa da svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj konvenciji ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu. Već jezičko tumačenje navedenih normi ukazuje na činjenicu da se njima zahteva pristup jednom pravnom sredstvu, jednom postupku u kojem će se preispitati odluka kojom je odlučeno o nečijim pravima, obavezama ili na zakonu zasnovanim interesima.²⁹ Odredba čl. 36, st. 2 Ustava koristi veznik „ili”, dok norma čl. 13

sporu, Dimitrijević, 2022: 475.

26 Član 6 Evropske konvencije ne garantuje čak ni pravo na žalbu (Mole, Harby, 2006: 8). Tim pre ne uređuje procesne garancije u postupku po vanrednim pravnim sredstvima.

27 Čl. 49 Zakona o upravnim sporovima, „Službeni glasnik RS”, br. 111/09.

28 Čl. 403 Zakona o parničnom postupku, „Službeni glasnik RS”, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US, 55/14, 87/18 i 18/20.

29 Uporediti sa Bjeličić, 2023.

Evropske konvencije koristi jedninu,³⁰ što upućuje na zaključak da je samo jedno pravno sredstvo dovoljno radi ostvarivanja zajemčenog prava na pravno sredstvo. Do takvog zaključka došao je i Ustavni sud u trenutku započinjanja postupka ocene ustavnosti čl. 178, st. 3 ZUP. U rešenju kojim se postupak započinje navodi se da „ustavno jemstvo iz člana 36. stav 2. Ustava garantuje, pre svega, dvostепенost u odlučivanju, što znači da ne postoji ustavna obaveza zakonodavca da propiše vanredna pravna sredstva, iz čega sledi da zakonsko uređivanje broja i vrste vanrednih pravnih sredstava, uslova pod kojima se i razloga iz kojih se mogu izjaviti, mogu trpeti ograničenja.”³¹ Ustavni sud, očigledno, naknadno odstupa od datog shvatanja.

Preostaje da se ispita osnovanost pozivanja na čl. 22, st. 1 Ustava. Ta odredba propisuje da svako ima pravo na sudsku zaštitu ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale. Prvim delom citirane odredbe garantuje se sudska zaštita, takođe garantovana pravom na pravično suđenje (čl. 32 Ustava) i, specifično u odnosu na upravne akte, odredbom čl. 198, st. 2 Ustava.³² Njena 'dodata vrednost' ogleda se u garantovanju prava na uklanjanje posledica koje su nastale povredom nekog ljudskog ili manjinskog prava zagarantovanog Ustavom. Pozivanje na čl. 22, st. 1 Ustava je takođe upitno. Razlog tome je činjenica da se nalazi u odredbi kojom se garantuje sudska zaštita licu kojem je ljudsko ili manjinsko pravo zagarantovano Ustavom povređeno. Proističe da i uklanjanje posledica treba da se dogodi u postupku sudske zaštite, a ne u postupku po vanrednom pravnom sredstvu u upravnom postupku.

Pozivanje na čl. 22, st. 1 Ustava otkriva još jednu, značajniju stvar. Naime, ako do ponavljanja upravnog postupka povodom ova dva razloga dođe, ne postoji prepreka da organ u ponovljenom postupku ukloni posledice povrede prava, ukidanjem ili poništavanjem rešenja koje je doneto u prvobitnom postupku. Kad govori o nemogućnosti uklanjanja posledica povrede prava, Ustavni sud, zapravo, misli na postupke pokrenute povodom

30 Evropski sud je u svojoj praksi potvrdio da garancije pružene u čl. 13 Evropske konvencije su „u potpunosti apsorbovane” garancijama koje pruža čl. 6 Evropske konvencije, predmet Airey protiv Irske, predstavka br. 6289/73, 9. 10. 1979, pasus 35.

31 Rešenje o pokretanju postupka u predmetu Ustavnog suda IUz-253/2018 od 28. 10. 2021.

32 Čl. 198, st. 2 Ustava glasi: „Zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita.”

ustavne žalbe pred Ustavnim sudom ili predstavkom pred Evropskim sudom. Ponavljanje postupka služi oživotvorenju odluka donetih u tim postupcima, kojima je utvrđena povreda nekog Ustavom ili Evropskom konvencijom zajemčenog prava. U slučaju predugog trajanja postupka pred Ustavnim sudom ili Evropskim sudom, objektivni rok za ponavljanje postupka može onemogućiti sprovođenje njihovih odluka. Da je posredi bojazan Ustavnog suda za funkcionisanje ustavne žalbe, može se nazreti i iz njegovog navoda da „prema stavu Evropskog suda, ustavna žalba u Republici Srbiji je delotvorno pravno sredstvo za zaštitu sloboda i prava građana, dok je vođenje postupka pred Ustavnim sudom uslov za obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava”.³³

Dakle, ako je odredba čl. 178, st. 3 ZUP bila u stvari nesaglasna sa čl. 22, st. 1 Ustava zbog toga što, pod određenim uslovima, može onemogućiti izvršenje odluka Ustavnog suda po ustavnoj žalbi ili odluka Evropskog suda, onda se mora sagledati i potencijal pravnog sredstva ponavljanja (upravnog) postupka da omogući uklanjanje posledica povreda Ustavom zajemčenih prava.

3.3. Izvršenje odluka Ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava ponavljanjem upravnog postupka

Ustavni sud je utvrdio neustavnost objektivnog roka za ponavljanje upravnog postupka kako bi osigurao izvršenje odluka Ustavnog suda po ustavnoj žalbi i Evropskog suda, a sve radi uklanjanja posledica povrede Ustavom zajemčenih prava. Takva odluka bila bi opravdana uz kumulativno ispunjenje tri uslova – da je ponavljanje postupka neophodno za izvršenje odluka Ustavnog suda i Evropskog suda, da je ponavljanje postupka dovoljno za njihovo izvršenje i da ne postoji drugi način za njihovo izvršenje. Ipak, to nije slučaj.

Ponavljanje postupka radi izvršenja odluka Ustavnog suda i Evropskog suda u određenim slučajevima nije neophodno.

Naime, načelo pravnosnažnosti rešenja, kao jedno od osnovnih načela opšteg upravnog postupka, propisuje da rešenje protiv koga ne može da se izjavi žalba, niti pokrene upravni spor (pravnosnažno rešenje), a kojim je stranka stekla određena prava, odnosno kojim su joj određene obaveze, može da se poništi, ukine ili izmeni samo u slučajevima koji su zakonom određeni.³⁴ Načelo pravnosnažnosti u upravnom postupku je

33 Odluka Ustavnog suda IUz-253/2018 od 30. 6. 2022, „Službeni glasnik RS“, br. 2/23.

34 Čl. 14 ZUP.

utoliko specifično što, saglasno citiranoj odredbi, samo pozitivni upravni akti, to jest, upravni akti kojim je stranka stekla određena prava, odnosno kojim su joj određene obaveze, moraju da budu uklonjeni korišćenjem vanrednih pravnih sredstava (bilo iz ZUP, bilo iz nekog posebnog zakona), kako bi se o istoj upravnoj stvari moglo ponovo odlučivati. Isto ne važi za negativne akte, to jest, akte kojima je odbijen zahtev stranke ili žalba ili neko drugo pravno sredstvo koje je stranka izjavila. Naknadnim donošenjem pozitivnog upravnog akta u istoj upravnoj stvari se raniji negativni upravni akt faktički ukida (Milkov, 2012: 30). Negativni upravni akti, za čije uklanjanje bi stranka bila zainteresovana su rešenja kojim je odbijen njen zahtev da joj se prizna ili uveća neko pravo ili kojim je odbijen njen zahtev da joj se ukine ili umanji neka obaveza. Dakle, stranka može i bez prethodnog uklanjanja takvog negativnog, odbijajućeg upravnog akta, da zahteva rešavanje iste upravne stvari. Ukoliko bi stranka izdejstvovala odluku Ustavnog suda ili Evropskog suda,³⁵ kojom je utvrđeno da joj je povređeno neko Ustavom, odnosno Evropskom konvencijom zajemčeno pravo, mogla bi da je iskoristi u novom postupku, povodom iste upravne stvari.

U praksi Evropskog suda ponavljanje postupka kao neophodna mera za izvršenje njegovih odluka javljalo se samo u krivičnoj materiji (European Court of Human Rights, 2021: 22–23). Ni tu se, dakle, ponavljanje upravnog postupka ne javlja kao nužnost.

Ponavljanje postupka u određenim slučajevima neće biti dovoljna za uklanjanje posledica povrede Ustavom zajemčenih prava.

To će, na prvom mestu, biti slučaj kad je otklanjanje posledica moguće isključivo putem naknade štete. Naknada štete se dosuđuje u samom postupku pred Ustavnim sudom³⁶ ili Evropskim sudom.³⁷

35 Čl. 46 Evropske konvencije o ljudskim pravima propisuje da su odluke Evropskog suda obavezujuće za države potpisnice konvencije. Isto proizlazi i iz čl. 18, st. 3 Ustava, koji propisuje da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje. To znači da je tumačenje Evropskog suda u pogledu primene Evropske konvencije u konkretnom slučaju obavezujuće.

36 Čl. 89, st. 3 Zakona o ustavnom sudu.

37 Prema čl. 41 Evropske konvencije o ljudskim pravima, kada Evropski sud utvrdi prekršaj Evropske konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo države ugovornice omogućava samo delimičnu odštetu, Evropski sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj strani.

Drugi slučaj gde ponavljanje postupka nije adekvatno jesu predmeti u kojima je strankama utvrđena određena novčana obaveza. Otklanjanje posledica takve povrede bilo bi teorijski moguće ponavljanjem postupka, ali ne bi bilo ekonomično. Do vraćanja novca moglo bi da dođe tako što bi organ u ponovljenom postupku poništio rešenje iz prvobitnog postupka. Tad bi stranka mogla u parničnom postupku da potražuje ono što je, poništavanjem upravnog akta, ostalo bez osnova za sticanje.

Treću situaciju činili bi svi oni slučajevima u kojima ukidanje predmetnog rešenja ne bi uklonilo posledice povrede prava. Primera radi, ukidanje ne bi uklonilo povredu prava na mirno uživanje imovine ako je rešenjem naloženo plaćanje javnih dažbina, a rešenje je već izvršeno. U takvom slučaju bi pomoglo samo poništavanje upravnog akta kojim je takva obaveza naložena, jer bi samo u toj situaciji otpao osnov sticanja javnih prihoda i mogao bi da se zahteva njihov povraćaj (što bi otvorilo mogućnost za njihovo potraživanje u parničnom postupku). Ističemo ovu mogućnost zato što je zakonodavac ostavio organu diskreciono ovlašćenje da odluči da li će u ponovljenom postupku rešenje iz prvobitnog postupka poništiti ili ukinuti.³⁸ Kako poništavanje nije obavezno u slučaju ponavljanja postupka zbog utvrđivanja povrede prava od strane Ustavnog suda i Evropskog suda, tako ne postoji garancija da će njihova odluka biti izvršena u situaciji u kojoj je poništavanje jedini način za uklanjanje povrede prava.

Opisane situacije bi se odnosile na rešenja kojima je stranci utvrđena nenovčana obaveza trajnog karaktera (po pravilu, neko trpljenje), koja bi se ukidanjem rešenja okončala. Čak je i to upitno zato što Zakon o ustavnom sudu propisuje da će se obustaviti započeto izvršenje pravnosnažnih pojedinačnih akata donetih na osnovu propisa koji se više ne mogu primenjivati, to jest, propisa za koje je ustanovljena nesaglasnost sa aktima više pravne snage.³⁹

Kad se ispod navedenog podvuče crta, gotovo da ne preostaju situacije u kojima bi ponavljanje upravnog postupka bilo nužno i dovoljno za izvršenje odluke Ustavnog suda i Evropskog suda.

38 Čl. 182, st. 3 ZUP propisuje da po ponavljanju postupka, nadležni organ može ostaviti na snazi konačno rešenje ili doneti novo rešenje kojim se, s obzirom na okolnosti slučaja, konačno rešenje poništava ili ukida. Dakle, ostavljena je naj- šira diskrecija, u kojoj organ samo vodi računa o okolnostima slučaja. Tomić navodi neke od elemenata koje organ naročito treba da uzme u obzir, kao što su mogućnost uklanjanja proizvedenih pravnih učinaka, da je razlog ponavljanja uzrokovan pona- šanjem stranke ili organa (Tomić, 2009: 320).

39 Čl. 60, st. 3 Zakona o Ustavnom sudu.

Напокон, svemu navedenom treba dodati i činjenicu da ovlašćenja Ustavnog suda u postupku po ustavnoj žalbi nude znatno više mogućnosti za uklanjanje povrede Ustavom zajemčenih prava od onih koje nudi ponavljanje upravnog postupka. Naime, kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt, zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca.⁴⁰ Odlukom kojom se usvaja ustavna žalba Ustavni sud će odlučiti i o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete, kada je takav zahtev postavljen, s tim što Ustavni sud, kada je zahtev usvojen, određuje u odluci organ koji je obavezan da isplati naknadu materijalne ili nematerijalne štete i određuje rok od četiri meseca od dana dostavljanja odluke tom organu u kome on dobrovoljno može da plati naknadu štete.⁴¹ Tome svemu treba dodati i mogućnost da Ustavni sud poništi odluku Upravnog suda, kojom je osporeno relevantno rešenje, što bi zauzvrat dovelo do poništavanja osporenog akta i, ako je to neophodno, donošenje novog upravnog akta. Dakle, Ustavnom sudu na raspolaganju stoji širok dijapazon ovlašćenja kojima bi osigurao uklanjanje svih mogućih posledica povrede Ustavom zajemčenih prava.

Izneto dovodi u sumnju opravdanost odluke o utvrđivanju neustavnosti čl. 178, st. 3 ZUP.

4. Posledice odluke o neustavnosti Zakona o opštem upravnom postupku

Pored ukidanja objektivnog roka za ponavljanje postupka u onim slučajevima gde je sam Ustavni sud ocenio da nisu nesaglasni sa Ustavom i Evropskom konvencijom (čl. 176, st. 1, tač. 1–10 ZUP, v. odeljak 1), Ustavni sud je ukidanjem odredbe čl. 178, st. 3 ZUP, s jedne strane, suprotno nameri zakonodavca, snizio nivo pravne sigurnosti, dok je s druge strane stvorio osnov za povrede čl. 6 Evropske konvencije u budućnosti.

U literaturi se naglašava da, za razliku od Zakona o opštem upravnom postupku iz 1997. godine, ZUP je u čl. 178, st. 2 definisao subjektivni rok za ponavljanje postupka, koji važi i za organ, kad postupak ponavlja po službenoj dužnosti. Navodi se da razlog tome leži u nameri sprečavanja

40 Čl. 89, st. 2 Zakona o Ustavnom sudu.

41 Čl. 89, st. 3 Zakona o Ustavnom sudu.

могуће злоупотребе овлашћења, која би постојала ако би овлашћено службено лице сазнало за постојање разлога за понављање поступка по службеној дужности одмах по коначности решења, али неразумно дуго чекало са понављањем поступка. Ово не би морало да буде последица злоупотребе, у смислу намере овлашћеног службеног лица да тиме нанесе штету странци, већ и последица лошег рада и немара истог (Томич, Миловановић, Цуцић, 2017: 194). Произлази да је намера законодавца била да повећа ниво правне сигурности код понављања поступка, нарочито узимајући у обзир дужину објективног рока у којем је било могуће коришћење овог ванредног правног средства. Након интервенције Уставног суда, не само што више не постоји објективни рок за понављање поступка, већ код 10 разлога за понављање једино ограничење представља субјективни рок. Доказивање тренутка у којем је странка сазнала или од којег је била у могућности да истакне неки од разлога за понављање поступка може бити знатно отежано, а у неким случајевима и немогуће (на пример, кад је лице које је могло да има својство странке, а није му пружена прилика да учествује у поступку, сазнало да је поступак вођен и да је решење doneto). Штaviше, још ће бити теже странкама да докажу кад је орган сазнао за постојање разлога за понављање поступка.⁴²

Уклањањем објективног рока за понављање поступка по службеној дужности, Уставни суд је Републику Србију изложио ризику повреде Европске конвенције у будућности. Наиме, Европски суд је у случају *Brumarescu* против Румуније⁴³ утврдио повреду чл. 6, ст. 1 Европске конвенције због тога што је јавни тужилац без временског ограничења могао да покрене поступак преиспитивања правноснажне судске одлуке. У нашем случају орган управе, који је орган јавне власти попут јавног тужиоца у поменутом предмету, такође може без временског ограничења (изузимајући субјективни рок, који зависи од њега самог) да понавља поступке на основу врло широко одређеног круга разлога.

5. Закључак

Уставни суд је огласио неуставним одредбу чл. 178, ст. 3 ЗУП, којом је одређен објективни рок за понављање управног поступка. Уставни суд је утврдио да је постојање поменутог рока неуставно у односу на два од 12

42 Поређења ради, управо због немогућности доказивања кад је орган преузео прву радњу у циљу вођења поступка, што се раније сматрало тренутком отпоčinjanja управног поступка, променjen је начин pokretanja поступка по службеној дужности, тако да се захтева обавештавање странке о акту о pokretanju поступка.

43 Европски суд за људска права, предмет *Brumarescu* против Румуније, представка бр. 28341/95, од 28. 10. 1999, пасуси 61-62.

razloga za ponavljanje postupka, konkretno, kad do ponavljanja postupka dolazi usled toga što su Ustavni sud po ustavnoj žalbi ili Evropski sud po predstavi utvrdili da je rešenjem donetim u upravnom postupku povređeno neko Ustavom ili Evropskom konvencijom zajemčeno pravo.

Nažalost, odredba čl. 178, st. 3 ZUP propisivala je objektivni rok za svih 12 razloga za ponavljanje postupka. Njenim uklanjanjem je Ustavni sud izašao iz svoje uloge 'negativnog zakonodavca', te umesto zakonodavca izvršio pravno-politički izbor, uklanjajući i delove norme koji nisu nesaglasni sa Ustavom.

Ustavni sud se pri donošenju odluke o neustavnosti ZUP oslanjao na svoje ranije odluke, kojima su istovetne odredbe o objektivnom roku za ponavljanje postupka uklonjene iz Zakona o parničnom postupku i Zakona o prekršajima. Ustavni sud je tom prilikom zanemario činjenicu da se ovde ne radi o sudskom, već o upravnom postupku, te se, smatramo bez osnova, pozivao na nesaglasnost ZUP sa odredbama Ustava i Evropske konvencije, kojima se garantuje pravo na pravično suđenje, sudsku zaštitu i pravno sredstvo (čl. 22, 32 i 36 Ustava i čl. 6 i 13 Evropske konvencije).

Druga premisa na kojoj je Ustavni sud zasnovao svoju odluku predstavlja uverenje da je ukidanje objektivnog roka za ponavljanje upravnog postupka bilo neophodno kako bi se omogućilo uklanjanje posledica povreda prava, koje su utvrdili Ustavni sud ili Evropski sud. Smatramo tu premisu neodrživom zato što, kako je ranije obrazloženo, ponavljanje postupka u većini situacija nije ni neophodno, niti dovoljno za otklanjanje posledica povrede Ustavom ili Evropskom konvencijom zajemčenih prava. Uz to, mogućnosti za uklanjanje posledica povrede prava, koje stoje na raspolaganju Ustavnom sudu u postupku po ustavnoj žalbi višestruko nadilaze one koje postoje kod ponavljanja upravnog postupka.

Svemu treba dodati i činjenicu da je ostavljanjem samo subjektivnog roka, u praksi teško dokazivo, snižen nivo pravne sigurnosti, kao i činjenicu da je u svojoj praksi Evropski sud smatrao povredom čl. 6 Evropske konvencije postojanje vremenski neograničene mogućnosti službenog uklanjanja akata koji su stekli svojstvo pravnosnažnosti. Upravo je uklanjanjem objektivnog roka takva mogućnost ostavljena organu koji po službenoj dužnosti ponavlja upravni postupak.

Najzad, ne treba poštedeti kritike ni zakonodavca. Ustavni sud je odložio objavljivanje odluke o neustavnosti ZUP za šest meseci, a Narodna skupština nije iskoristila tu priliku da izmeni odredbu čl. 178, st. 3 ZUP, tako da objektivni rok ostane barem kod preostalih 10 razloga za ponavljanje upravnog postupka.

Literatura/References

Bercholz, J. (2017). *Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad - Su utilización por el Tribunal Constitucional de España*. Preuzeto 27. 5. 2023. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p31.pdf

European Court of Human Rights. (2021). *Guide on Article 46 of the European Convention on Human Rights – Binding Force and Execution of Judgments*. Strasbourg: Council of Europe/European Court of Human Rights.

Mole, N. Harby, C. (2006). 2. ed. *The Right to a Fair Trial – A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe.

Vigano, F. (2018). *Constitutional Courts as Negative Legislators? Some Thoughts on the Italian Experience from a Criminal Law Scholar's Perspective*. Preuzeto 27. 5. 2023. https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_relazioni/1013_G/relazione_praga_20200302152256.pdf

Bjeličić, S. (2023). *Slučaj neustavnosti odredbe Zakona o opštem upravnom postupku – objektivni rokovi kao prepreka vanrednim pravnim lekovima*. Preuzeto 27. 5. 2023. <https://www.otvorenavratapравosudja.rs/teme/ustav-no-pravo/slučaj-neustavnosti-odredbe-zakona-o-opstem-upravnom-postupku-objektivni-rokovi-kao-prepreka-vanrednim-pravnim-lekovima>.

Milkov, D. (2012). *Upravno pravo II – Upravna delatnost*. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet.

Savet Evrope. (2018). 2. izdanje. *Zaštita prava na pravično suđenje po Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, (priredio: Vitkauskas, D.) Beograd: Savet Evrope – Kancelarija u Beogradu.

Tomić, Z. (2009). *Opšte upravno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Cucić, V. (2009a). Primena prava na pravično suđenje u upravnom sporu, *Pravni život*, 10/2009, 261–271.

Cucić, V. (2009b). Strazburški standardi u upravnom sporu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2009, 247–272.

Sudske odluke

Case Airey v. Ireland, Application no. 6289/73, *European Court of Human Rights*.

Case Brumarescu v. Romania, Application no. 28341/95, 28.10.1999, *European Court of Human Rights*.

Odluka Ustavnog suda IUz-147/2012 od 21. 2. 2013, „Službeni glasnik RS“, br. 74/13.

Odluka Ustavnog suda IUz-25/2018 od 7. 4. 2022, „Službeni glasnik RS“, br. 112/22.

Odluka Ustavnog suda IUz-253/2018 od 30. 6. 2022, „Službeni glasnik RS“, br. 2/23.

Rešenje o pokretanju postupka Ustavnog suda IUz-253/2018, 28. 10. 2021.

Pravni akti

Zakon o opštem upravnom postupku. *Službeni glasnik RS, br. 18/16, 95/18, 2/23.*

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima. *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori, br. 9/03, 5/05 i 7/05 i Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 12/10 i 10/15.*

Zakon o upravnim sporovima. *Službeni glasnik RS, br. 111/09.*

Zakon o Ustavnom sudu. *Službeni glasnik RS, br. 09/07, 99/11, 18/13 103/2015, 40/15.*

Zakon o parničnom postupku. *Službeni glasnik RS, br. 72/11, 49/13, 74/13, 55/14, 87/18, 18/20.*

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS, br. 98/06, 115/21.*

Vuk Cucić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade
Republic of Serbia

UNCONSTITUTIONALITY OF THE GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT: THE CONSTITUTIONAL COURT AS THE 'POSITIVE LEGISLATOR'

Summary

The Constitutional Court of Serbia declared Article 178(3) of the General Administrative Procedure Act (GAPA) unconstitutional. This provision sets an objective deadline for reopening of the administrative procedure. The Constitutional Court found that this deadline is unconstitutional when the procedure is reopened as a result of the Constitutional Court decision on constitutional appeal or the ECtHR judgment determining that a decision rendered in an administrative proceeding violated a right guaranteed by the Constitution or the European Convention on Human Rights (ECHR). Unfortunately, the said GAPA provision prescribed an objective deadline for other 10 reasons for reopening of the procedure. By declaring this provision unconstitutional, the Constitutional Court stepped out of its role of the 'negative legislator' and made a legislative choice instead of the legislator, by removing parts of the norm that are not inconsistent with the Constitution. When making this decision, the Constitutional Court relied on its previous decisions, which removed the same provisions on the objective deadline for reopening of the civil litigation and misdemeanor proceedings. The Constitutional Court ignored the fact that this is an administrative procedure and, erroneously, referred to the inconsistency of the GAPA with the provisions of the Constitution and the ECHR, which guarantee the right to a fair trial, judicial protection and legal remedy. The second, equally unfounded, premise on which the Constitutional Court based its decision is the belief that the abolition of the objective deadline for reopening of the administrative procedure was necessary in order to enable the removal of the consequences of violations of the rights determined by the Constitutional Court or the ECtHR. By leaving only a subjective deadline, which is difficult to prove in practice, the level of legal certainty has been lowered. Finally, in its case law, the ECtHR considered that the existence of a limitless possibility of the official removal of final legal acts constituted a violation of Article 6 of the ECHR. The Constitutional Court's abolition of the objective deadline for reopening of the procedure has made this possible.

Keywords: Constitutional Court, procedure reopening, Law on General Administrative Procedure.

Srđan Radulović,* LL.D.,
Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Priština, Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica
Republic of Serbia

UDK: 336.748.14:[336.74:004.738.5

Rad primljen: 03.06.2023.

Rad prihvaćen: 28.06.2023.

ON THE DEFLATIONARY NATURE OF BITCOIN

Abstract: Bitcoin was presented at the end of 2008 but the question still remains whether it is a form of money or something entirely different. Bitcoin was not designed with the aim to create money in a strict sense but primarily with the intention to make the transfer of value as effective as possible. Yet, Bitcoin has a capacity to take on the role of money, and that capacity was recognized in court cases. In this regard, the paper presents the results of the primarily empirical but also theoretical research conducted previously on the volatile but still very deflationary nature of Bitcoin and its effect on monetary obligations. The idea that cryptocurrencies can be also used as a hedging instrument to prevent the negative effects of domestic currency depreciation might be controversial for a number of reasons, one of which is certainly the volatile nature of bitcoin "price". We stress that periodic depreciation of its value does not mean that bitcoin is inflationary. On the contrary, bitcoin is deflationary by nature, which is evident in different in-built mechanisms and new ways of application. In this paper, the author uses different analytical method techniques to single out and describe various deflatory mechanisms, both preprogramed and factual ones. The author also applies the synthetical method and its techniques, primarily abstraction and generalization, to sum up the data confirming the main hypothesis that bitcoin is by nature deflationary despite its volatility and, therefore, it can be used as a hedging mechanism.

Keywords: Bitcoin, monetary obligations, contract, currency clauses, cryptocurrency clauses deflation.

* srdjan.radulovic@pr.ac.rs

1. Introduction

The evolution of the money is inseparably tied to the technological progress, although money evolved significantly slower because of the legal or cultural constraints (Calcaterra, Kaal, Rao, 2020: 202-203). Naturally, the emergence of digital technology prompted the idea of generating cash-like asset¹ which can be deposited and transferred in a digital format. Interestingly enough, the third industrial revolution revived the theory that private entities, if permitted, are capable of providing at least as trustworthy “coins” as those that are created by the state (Hayek, 1976: 24). As complex hi-tech infrastructure allowing completely transparent and predetermined issuance gradually developed, the theory seemed less utopian (Syropyatov, 2021: 324). The third industrial revolution brought about exciting projects, some of which came out to be very successful, and these, depending on historical interpretation, initiated the fourth or even fifth big alteration of money (Radulović, 2021: 30). It is considered that DigiCash sets both technical and ideological background for modern digital currencies (Turudić, Milić & Štulina, 2017: 193; Roth, 2015: 528). Yet, none of the earlier projects, mostly because of their inefficient centralized infrastructure (Cavalihero, Cavalihero, 2022: 209), became nearly as successful as the most radical one (Hutchinson & Dowd, 2015: 357) – “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” (Nakamoto, 2008: 1-9).

Bitcoin is the first successful example of demonopolization of fiat currency market through gradual implementation of money issued by private entities (Syropyatov, 2021: 319-320). As contemporary society strives to decentralized solutions for human interaction (Calcaterra, Kaal, Rao, 2020: 193), in almost perfect environment for its success (Đorđević, 2018: 96), Bitcoin² proved to be a useful economic (Đorđević, 2018: 100) but also legal instrument³.

1 For more on different money-like assets, see: Karame & Androulaki, 2016: 11-13.

2 In this article, in order to accurately distinguish Bitcoin as the operating software, system or network from bitcoin as a digital asset (data or currency of some value), we will refer to Bitcoin as a system by using capital letter “B” and to bitcoin as an asset by using a lowercase letter “b” (Antonopoulos, 2014: xvii, 18, 116; Cvetković, 2018: 120; Hutchinson & Dowd, 2015: 357 fn.).

3 As of June 2021, El Salvador became the first country to legally recognize Bitcoin as a legal tender in almost full capacity, support it with technically impressive digital infrastructure (customized wallet, specialized government exchange platform, different free applications, and even special network), and introduce various incentives to promote this quite interesting experiment (Ley Bitcoin, *Diario Oficial* ES, 110/2021, Decreto No 57). The Central African Republic was the second national economy to introduce Bitcoin as a legal tender and reserve currency (République Centrafricaine Cryptomonnaie, *Journal Officiel* CAF, 22/2022).

Strictly speaking, Bitcoin is neither a commodity nor currency (Abramowicz, 2015: 3). Bitcoin is not money. It is a payment system. A solid argument can be made that Bitcoin is actually an institution or a platform that creates and enforces property rights (Abramowicz, 2015: 3). But then, jurisprudence established that bitcoin has the capacity to take the role of money (Raskin, 2015: 980). So, if we think of it as money, it is a form of “outside money” (Garrat, Wallace, 2018: 1887), which is especially appreciated among monetary users that are already accustomed to cashless electronic economic environments (Dimitrijević, 2018: 224-225)⁴.

In-depth analysis confirms that bitcoin value is highly volatile in both short and longer periods (Baur, Dimpfl, 2021: 2663–2683). Yet, young currency is expected to be volatile (Đorđević, 2018: 100). The list of reasons for its volatility is well described (Mirjanich, 2014: 223; Syropyatov, 2021: 320-322, 326-327). A solid argument can also be made that volatility was higher at the beginning, which ultimately can be good news for the potential of the Bitcoin to evolve into a (more) stable currency (Baur, Dimpfl, 2021: 2668-2669).

Still, in times when its volatile nature comes to the fore, it is highly important to understand what the deflationary nature of bitcoin actually means. Volatility is a phrase that describes how much the value of a medium of exchange changes over time, or precisely at what rate. If we think of deflation as appreciation of value induced by discrepancy in supply and demand that drives up the exchange rate of a currency (Antonopoulos, 2014: 180), bitcoin is deflationary by nature but still volatile. Different mechanisms make it resilient to inflation. This is true even though bitcoin is a speculative asset, or at least can be interpreted as such (Šoja, Senarathne, 2019: 46), because it is not backed up by any asset or guarantee (Šoja, Senarathne, 2019: 46), and it does not represent the current state of a country’s economy (Vareško, Deković, 2022: 91). Specifically, bitcoin value is not immune to its own depreciation, sudden appreciation, and various kinds of manipulation. At this point, it is almost impossible to prevent them because the Bitcoin system operates as a free and essentially unregulated⁵ market. The

4 Electronic money is a form of digital money and a phase in its evolution, and so are cryptocurrencies; yet, cryptocurrency is not electronic money and should be confused with electronic money (Dimitrijević, 2018: 228).

5 Although there are national regulations (Cvetković, 2018: 127128; Zebec, 2018: 90-93), as well as international regulations (Cvetković, 2018: 126-127; Mijatović, 2022: 95-100), Bitcoin, both as a system and currency, is absolutely immune to both national and international regulations. However, there is a dose of optimism that stable coins, conceptually speaking, can underscore that technology-driven optimization of policy making is actually possible in complex monetary systems (Calcaterra, Kaal, Rao, 2020: 194). But, the adequate model first has to be discovered by the jurisprudence (Raskin, 2015: 972) and then confirmed in a safer environment, such as “Sandbox” or “Innovation Hubs” (Jović, Nikolić, 2022: 48-51).

time cost of Bitcoin usage (Garrat, Wallace, 2018: 1889) is a real danger and, on top of that, bitcoin value is almost entirely unpredictable (Garrat, Wallace, 2018: 1896; Syropyatov, 2021: 320). It makes it even more difficult to defend the hypothesis of its deflationary nature.

Be as it may, even when its price drops dramatically, it does not mean that the bitcoin is inflationary. This is crucial to understand if we aim to clarify the properties and legal nature of monetary obligations nominated in bitcoin, and especially if we intend to regulate them properly. In that sense, this paper is merely an introduction into this subject matter.

2. Fixed supply

Bitcoin is an open-source software that uses decentralized network design (Caetano, 2015: 103-104; Đorđević, 2018: 97)⁶. Accurately, it is electronic, bidirectional, decentralized (Đorđević, 2018: 97) payment system based on cryptographic proof (Nakamoto, 2008:1), developed with the aim of excluding accredited intermediaries through the concept of “digital trust” (Cavalheiro, Cavalheiro, 2022: 207; Horvatić, Tafra: 2022 108-109; Syropyatov, 2021: 325), without compromising security and privacy during transaction⁷, at lower costs and as fast as possible (Roth, 2015: 529).

To make the transfer of value possible, value had to be linked to an asset inside the system. As the system is fully digitalized, this asset could only exist in digital form, *i.e.* units of virtual currency represent a value (Đorđević, 2018: 97). It is a common misconception that the name of this asset is Bitcoin. Bitcoin is a peer-to-peer monetary network, it is a program, software, a platform, but not currency. Bitcoin as a currency does not exist outside or anywhere inside the network (Cvetković, 2018: 124). The basic unit of this paying system is the *Satoshi*, a digitalized piece of information that is permanently linked to the digital platform (Antonopoulos, 2014: xvii, 18, 116). Nonetheless, although technically incorrect, it has become a norm to use bitcoin as a unit with ratio to Satoshi of 1:100.000.000 (Radulović, 2021: 32).

To grasp this concept, we can compare bitcoin to traditional ways of performing monetary obligations (Cvetković, 2018: 121; Đorđević, 2018: 100-102). By

6 There is a natural tendency toward monopoly in the Network (Hutchinson & Dowd, 2015: 364-368). Yet, the possibility of creating absolute monopoly is only a theoretical one. As the entire community of enthusiasts is actively using the room left for improving the Network, there is number of mining protocol propositions (“getblocktemplate” being the most successful one), which prevent centralization.

7 Privacy and security are not synonyms. These are two different aspects of payment systems effectiveness, each with distinctive individual features (Karame, Androuraki, 2016: 14-17).

its characteristics, bitcoin is essentially somewhere between gold and dollar (Syropyatov, 2021: 323), but the primary idea was to create a digital asset which mimics gold. The easiest way to make a newly created asset valuable is to make it rare. Thus, Bitcoin network protocols are set up in a way to make the total supply carefully calculated, finite and limited⁸. By fixing the overall number of bitcoin in circulation to 21.000.000, the initial issuer and inventor resolved two major problems – additional issuing and counterfeiting (Garrat, Wallace, 2018: 1887). Thus, “printing” new money in the Bitcoin network beyond the expected issuance rate is impossible, which means that bitcoin as a currency cannot be inflated (Antonopoulos, 2014: 2).

Since Bitcoin is a software, it is “nothing more” than a set of preprogramed rules. As these can be updated, technically there is a possibility to change the source code to allow a quantitative increase of coin supply. Yet, as we see it, this is only theoretically possible. Why?

Bitcoin is constructed on revolutionary technology called blockchain. Blockchain is a digital database that contains information on every change in the network (Cvetković, 2020: 128; Teomete Yalabik, Yalabik, 2019: 37). Once entered and confirmed, data on change that happened becomes permanently stored into a block, which is then linked to the existing chain where blocks are uniformly ordered, chronologically timestamped, substantially immutable (Cvetković, 2020: 129; Catanzaro & Kain, 2020: 52; Horvat, Tafra, 2022: 108)⁹. The chain of added blocks is distributed through the network, and its management is entirely consensus-based (Radulović, 2021: 36), which means that no one exerts control over it (Magnuson, 2022: 883)¹⁰. This is a very important point because every block in the chain contains a certain number of bitcoin, and the total supply

8 It is estimated that there are 171000 metric tons of gold in the world (Đorđević, 2018:101), but it is only a presumption. On the other hand, the Bitcoin system is not based on any similar presumption. The system creators went step further and offered cryptographic assurance of its limited supply (Cvetković, 2018: 121). This means that there is no danger of any unexpected discoveries of commodity that can bring instability to the monetary regime (Cachanosky, 2019: 371). Also, unlike gold, it is impossible to temper with bitcoin “purity” and thus compromise the idea of its limited supply (Cvetković, 2018:121).

9 Bitcoin employs blockchain as a public ledger containing the full record of all public transactions in the history of the Bitcoin network (Cavalliero, Cavalliero, 2022: 209). In that context, it is interesting that bitcoin that was seized in the “*Silk Road*” case was transferred to the FBI wallet (1FfmbHfnpaZjKFvyilokTjJusN455paPH) by nodes through regular verification procedure on the Bitcoin’s blockchain; moreover, this transfer, but also later auction of coins and their transfer to buyers, is fully transparent and can be traced through a simple check of changes in the chain (Raskin, 2015: 982-983).

10 Satoshi Nakamoto withdrew from the public in April 2011 leaving the responsibility of developing the code and network to a thriving group of volunteers (Antonopoulos, 2014: 4).

gradually increases by consensually adding new blocks¹¹, but not more than 13.230.000 of them.

In traditional economic systems, monetary authority guarantees the quality, quantity and value of money, and banks and other intermediaries exercise control over transactions (Pernice, 2021: 770). Bitcoin functions as a protocol, *i.e.* a set of preprogramed governing rules (Raskin, 2015: 971) without a referee (Abramowicz, 2015: 3). In the Bitcoin network, there is no central authority of any kind that oversees and manages the platform (Catanzaro, Kain, 2020: 52; Teomete Yalabik, Yalabik, 2019: 37). First, this means that there is no single point of failure (Hutchinson & Dowd, 2015: 359). Second, there is no need for third trusted party to conduct the registration process and/or to guarantee accuracy of transaction balances, all of that for the reason that trust in network is based on cryptography as a science (Cvetković, 2018: 121; Dinić, 2014: 110; Đorđević, 2018: 97; McGinnis, 2020: 60; Raskin, 2015: 974)¹². This is where this ingenious concept comes to the fore: management is assigned to the Network itself, actually to computers that perform the transaction verification process (Đorđević, 2018: 98; Hutchinson & Dowd, 2015: 360). It follows that the system is almost entirely self-regulating and fully decentralized. Further, not only initiated transactions but any *other change in the network has to be a result of consensus among all individual participants in the network* (author's emphasis). Thus, in order to change the source code after the obligatory community debate is closed, it is necessary that majority of nodes in the network express their approval. With tens of thousands of nodes running the network, it is safe to assume that it is almost impossible to reach a consensus to change the core code protocol, especially the part that makes this system superior to most crypto projects.¹³

This protocol makes bitcoin superior to other crypto projects. Namely, in the early 1970s, it was clear that there might not be a necessity or any advantage (at least not anymore)¹⁴ in unquestioned and universally accepted government pre-

11 In analogy with Friedman's "Island of stone money", Bitcoin operates via decentralized (digitalized) collective memory (Hutchinson & Dowd, 2015: 358).

12 Trust in the network depends on the functioning of majority mining computers in the network. The logical conclusion arising from this fact indicates that the increased volume of bitcoin transactions implies higher security; increasing the volume of the network, increases the trust (Dinić, 2014: 110).

13 Observing the history of attempts to initiate even "smaller" technical (protocol) changes embodied in the Bitcoin hard forks (Bitcoin XT, Bitcoin Classic, SegWit), we can see that none of these projects (not even "BitcoinCash") surpassed the success and acceptance rate of Bitcoin fork.

14 Following more than 2000 years' long history of governments prerogative of issuing money, the Nobel prize laureate Hayek enumerated legitimate reasons for reserving the monopoly of issuing money for state institutions (Hayek, 1976: 21-26).

rogative of producing money, and that it might be harmful for national economy development if currency competitiveness is not endorsed (Hayek, 1976: 20). Specially, this refers to national economies that are fully dependent on foreign currency, which was the case in El Salvador (fully relying on USD).

We can go even further. Solid arguments can be made to support the claim that the governments absolute control over money can even be interpreted as a form of oppression, no less than the denial of civil liberties (McGinnis, 2020: 60). Although it is “complementary currency” (Pernice, 2021: 769), bitcoin is the most powerful weapon in what seems to be “fundamental assault” on the remains of this outdated oppressive idea in modern monetary order (McGinnis, 2020: 61).

If there is any truth in this bold claim, then limited supply is the single most important feature that makes bitcoin if not superior then at least competitive to fiat currencies¹⁵. This is especially true if we bear in mind the collective abolition of Bretton Woods monetary arrangement and the gold standard which, according to economic experts (Syropyatov, 2021: 324), started the inflationary era in economic history. Therefore, there is no economic or legal logic to justify the transformation of the system from “digital gold” to disunited quasi-democratic fiat monetary order, especially among nodes who are generally true “decentralized finance” enthusiasts¹⁶.

3. Halving

The creator(s) of Bitcoin aimed to make a digital asset that behaves like gold¹⁷. Thus, they made an ideological decision not to release all bitcoin in circulation at once (Cachanosky, 2019: 371). The total number of bitcoin is predetermined, but the schedule of its creation is fixed (Raskin, 2015: 971) because the network was set up so that it can gradually build up the coin supply at a decreasing rate through the process called “mining”.

15 The idea of Bitcoin is deeply rooted in the Austrian economic school of thought which is renowned for its harsh criticism of governments interventions which actually worsen the economic and business cycles and cause substantial inflation (Zebec, 2018:89).

16 The Bitcoin network does not enforce protocols and rules to members who disagree with them. It allows them to safely take separate ways by initiating so-called hard fork. There is even a special piece of software called Git built in the network, created to make forking of source code available to users (Caetano, 2015:104-105). The result is more than hundred (more or less known and successful) projects in the crypto space which are started in this way – as a Bitcoin fork (Caetano, 2015: 104).

17 “The Bitcoin rule, logo and wording suggest that the project is inspired in the gold standard. Consider, for instance, that Bitcoins are produced through a process called “mining” with diminishing returns that mimics gold extraction from the underground, and that the logo is a gold coin” (Cachanosky, 2019: 371).

The responsibility to add verified transactions into a block and update the chain of blocks is entrusted to a special group of network participants – miners. To complete the delegated task, miners must solve a series of complex mathematical problems, which requires immense computing power. To incentivize them to make their computing power available for the network purposes, “double reward” system was built in the Bitcoin protocol. First, a miner collects a small percentage of each transaction that is written in a newly created block. On top of that, the “winning” miner receives new bitcoin from the network as a reward when the “coin base” transaction is placed into a new block (Antonopoulos, 2014: 115; Hutchinson & Dowd, 2015: 361; Nakamoto, 2008:4). It means that the issuer of bitcoin is not a bank, government, supra-government institution, individual or company; the issuers are users themselves (Dinić, 2014: 110). On 3rd January 2009, the “genesis block” was mined (Horvatić, Tarfa, 2022:107-108). Miner(s) of this block received 50 bitcoins. From that moment on, every time a new block was created, a miner received 50 newly created bitcoins.

The total supply increases gradually, but not at the same speed. As already noted, each block contains a certain number of bitcoins, and the total supply of coins increases by adding new blocks. However, the blocks do not have the same capacity, i.e. they do not contain the same amount of bitcoin. The network is preprogramed, first to cut miners reward by 50% with every 210.000 added blocks, but also to adjust the complexity of mathematical problem to the amount that is already mined, so that a new 1MB block containing roughly 4000 written transactions (Horvatić, Tarfa, 2022:109) is created every ten minutes on average (Antonopoulos, 2014:2, 177-178; Đorđević, 2018:97-98; Raskin, 2015:976; Roth, 2015:528). Simple mathematics shows that the mining reward decreases roughly every four years. Since 11th May 2020, mining reward per block is 6.25 bitcoins. The rate at which new blocks (hence bitcoin) are added to the existing chain gradually decreases (until it reaches the number of 21.000.000).

The act of cutting off a miner’s reward by half is called “halving”. The idea behind the process of halving was to make bitcoin mimic gold even when it comes to the dynamic of its excavation (Đorđević, 2018: 98). From the economic and legal standpoint, through the process of halving, the deflationary nature of bitcoin comes to the fore because the already limited supply of coins is further reduced. For the purpose of comparison, at the time of writing this paper, more than 18,5 million (out of 21 million) bitcoin was released in circulation, but the last bitcoin will be released in circulation once block 13.230.000 is mined. Following the dynamic of the Network, it is estimated that this will happen approximately in the year 2137 (Antonopoulos, 2014:178; Raskin, 2015:976). This means that inflation percentage is controlled, not only through supply that is finite but also through 64 halving events, after which the circulation rate of a new bitcoin decreases.

3. Superhalving

Bitcoin was first recognized as money on the basis of the regulatory standpoint by the Financial Crimes Enforcements Network (Mirjanich, 2014: 214), then in judicial practice in the famous “*Silk Road*” cases (Raskin, 2015: 981-982; Zebec, 2018: 89) and in *SEC vs Shavers* case (Raskin, 2015: 979-980). Yet, although it is not wrong to think of bitcoin as a currency, as already noted, we like to think of Bitcoin as a payment system. It was the original idea (Syropyatov, 2021: 325) and Bitcoin was actually used in that capacity in first years, mostly for small online transactions (Vareško, Deković, 2022: 91).

The true potential of this system, which is impressive *per se*, can be fully comprehended only if it is perceived as part of the future decentralized financial system (DeFi). In his numerous lectures and interviews, Antonopoulos provides a great analogy by comparing the DeFi space with the Internet from early days. In that analogy, Bitcoin is compared to e-mail which was the first and (for a long time) single functional application on the Internet. In the DeFi space, Bitcoin is the first and (in many ways) the most important but not the only functional application. Precisely, the way the Bitcoin network uses the distributed ledger technology is nothing but one possible representation of true potential of incredible piece of computer engineering called a blockchain. Having in mind the countless functions of the Internet today, this analogy offers the best insight into the scale and the potential of the DeFi space.

Using this and other related technologies certainly goes way beyond the creation of different payment and even financial systems. Blockchain technology and cryptocurrencies, decentralization protocols in general, are part of a long-term proliferation cycle and they have an opportunity and capacity to further expand the innovation and opportunities that started in the early years of the Internet (Calcaterra, Kaal, Rao, 2020:204; Syropyatov, 2021:320). From the legal standpoint, there is no doubt that blockchain technology will reorganize any activity which requires public display of information (Cvetković, 2018:122). It also has a capacity to reorganize all decision-making activities of the slow and expensive state apparatus through a peer-to-peer decision making process (Abramowitz, 2015:7-9). It challenges the conventional assumption that centralized institutions, such as legislatures and courts, are needed to produce law of sufficient clarity to be workable (Abramowitz, 2015:9). Finally, it has been proven that blockchain technology is essential for future development of the present-day mainstream ideas, like IoT (Internet of Things) and IoE (Internet of Everything) (Horvat, Tafra, 2022:108). Thus, as impressive as they are, even the DeFi space, IoT or IoE will be just fragments, or applications of the so-called “Web 3.0”.

Yet, if we consider it strictly from the monetary standpoint, we believe that the existing centralized financial system is outdated, inefficient, incredulous, and needlessly expensive; as such, it will be replaced by a more efficient economic structure. It has been scientifically proven that the current size of cryptocurrency market and its growing strength has the capacity to disrupt the entire financial system (Vareško, Deković, 2022:91). From the ideological standpoint, the DeFi system seems to be the most obvious replacement. However, at this moment, more than a decade after the Bitcoin network became fully operational, the DeFi structure sounds a bit futuristic. Yet, the contours of the system are now clearly visible. Certain parts of the system are more than functional, and effects they create bring into life the basic idea of DeFi. It is visible in the process called “superhalving”.

To our knowledge, the term superhalving was used for the first time in a newsletter that the world renowned expert on cryptocurrencies Teeka Tiwari sent to his readers and subscribers. To explain his discovery, he used the analogy with halving. Superhalving refers to decreasing the number of coins in circulation but, unlike halving, superhalving is not tied to the Bitcoin code. According to Mr. Tiwari, it is a hypothetical situation related to the opportunities that miners now have in the DeFi ecosystem (Tiwari, 2021).

Miners provide computing power necessary to keep the Bitcoin blockchain operative, and the rationale for allocating their computing resources to the Network comes in the form of a newly released bitcoin. Until recently, miners were not in a position to hold coins they were rewarded with. To stay in the “race” for new coins in the environment of perpetually growing competition, they had no other choice but to sell earned coins to fund the upgrade of computing resources for further operations. This was their only option because ownership of any kind of crypto-asset was not gateway to (traditional) sources of capital (Tiwari, 2021).

Nowadays, the situation is remarkably different. First, financial institutions are now highly involved in the crypto-market (Magnuson, 2022: 884). They offer financial services and create highly profitable spaces for their clients related to Bitcoin, Ethereum, and other projects. Second, exchange traded funds, crypto-exchanges and miners, all catering to the cryptocurrency industry, have developed into major industries themselves (Magnuson, 2022: 884). According to Tiwari, miners are able for the first time to raise money through capital markets. According to his study, miners and crypto-companies have already raised more than ten times more capital for their future ventures than in previous years (Tiwari, 2021).

Furthermore, miners nowadays do not even have to have access to investment banks, capital funds or other selected institutional or individual investors. Similarly to Bitcoin, the DeFi is a monetary inclusive space in the absolute sense. Via alternative blockchain-based decentralized model of finance, it is possible to bypass unnecessary intermediaries and to step into virtual peer-to-peer capital relations. It is possible to borrow, save, schedule payment, trade, purchase insurance, invest, prove ownership, and even automatically rebalance a portfolio on the financial market which is always open, fully decentralized, remarkably safe, and almost completely immune to human errors. By means of the innovative investment apparatus, this financial ecosystem makes capital raising simple, informal, straight forward, and thus cheaper for miners across the globe, and anyone who wants to finance their future ideas and ventures. Through cryptocurrencies, smart contracts and tokens created on various blockchain platforms for potential investors and funders, regardless of where they are currently located, miners can provide the necessary capital for updating their mining equipment or other activities. It further means that miners do not have to immediately sell bitcoin they received as a mining reward. They can now hold it (which they do most of the times) with the intention to allocate their portfolio, realistically expecting its price to increase. This means even less coins in circulation, consequently reduced supply, and finally lowered inflation rate. In short, this is the process of superhalving.

We find the idea of superhalving to be very interesting. Still, although it was well elaborated, we believe that this phenomenon can and should be interpreted in a broader sense than suggested by Tiwari. It does not have to be strictly related only to the construction of a new crypto-financial digital world and opportunities in it. Other circumstances may create a similar effect and cause a decrease of the bitcoin volume. They should be researched under the same nominator, *i.e.* superhalving. In that context, we may mention two circumstances which have the greatest deflationary impact on the market.

First, in a technical sense, Bitcoin can be interpreted in various ways: as a software, as a network, as an application. In the economic sense, bitcoin can take over the role of currency, a payment system, a (digital) asset, and even the role of merchandise or commodity (Cvetković, 2018:129-133; Pernice, 2021:772). Considering its applicability and its role in general, different studies undoubtedly confirmed that bitcoin has constantly evolved¹⁸ (Vareško, Deković, 2022:91). It has become more diverse and globalized (Karabulut, Sari, 2022: 56). Given that the idea behind creating this system was to make a transfer of value as efficient as possible, *i.e.* to make the payment system effective, the growing spread of bit-

18 It is undoubtedly confirmed by the comprehensive study on the number of patents related strictly to Bitcoin and its chain (Cavalihero, Cavalihero, 2022: 211-216).

coin confirms that it can be characterized as a collectively recognized medium of exchange (Pernice, 2021:777). However, at this point, there are crypto-projects that allow more efficient, faster and less expensive allocation of value; so, bitcoin is rarely used for that purposes. Yet, bitcoin has a number of superior features (it is rare; it has limited supply and timely lowered issuance rate; it allows privacy, confidentiality and is thus immune to seizure; it is easily “portable”, easy to store and requires low or no maintenance; it is rather simple to use, and it is not someone’s liability. Due to these features, bitcoin behaves like digital gold, and is mostly used as a store of value. In other words, despite its obvious volatility, both the deflationary design of Bitcoin and its decentralized and global nature enhance its store of value properties (Baur, Dimpfl, 2021:2681). Thus, most of the time, bitcoin is more demanded as an asset than as a currency, so it mostly behaves as a store of value (Đorđević, 2018:100). This especially becomes evident in times of economic, geopolitical, or health crises such as one caused by the SARS-CoV-2 pandemic, or an ongoing energy crisis.

This is why individuals, big financial institutions, companies and even some governments include a certain amount of bitcoin into their portfolios to protect their savings and investments. They hedge against inflation as it is expected that gold-like assets behave contrary to stocks and fiat currencies in times of crises. Scientific research confirms that the diversification of portfolios through bitcoin (if traditional assets are also included) can be a great investment choice even for those investors who are not inclined to take higher risks (Syropyatov, 2021:323; Šoja, Senarathne, 2019:54-58). This means that all those entities do not purchase bitcoins (or rarely mine them) with the intention to use them for payment or transfer of value. They prefer long-time holding over engaging in transactions and releasing it into circulation, which leads to the overall supply reduction. As this is a natural tendency in the network, it is safe to say that this is also a type of superhalving.

Finally, there is another tendency in the crypto ecosystem that can be interpreted as a form of superhalving, and thus a deflationary mechanism, although it is quite accidental. As already noted, bitcoin is rather simple to use, store, and maintain. However, a certain degree of practical knowledge is necessary. Bitcoin can become unreachable if the “wallet”(the hard or online one) is mismanaged. The most common way to make a bitcoin inaccessible is to lose it.

In effect, it is impossible to lose a bitcoin because coins are permanently linked to the network. At any time, the Network participants can determine at what address every single coin is located. But then, private keys that allow access to coins stored to a certain address are the “symbol” of ownership (Raskin, 2015: 977, 1002), and they can be lost (Hutchinson Dowd, 2015:361). Bitcoin wallets,

especially the hard ones, can also be lost. As estimated, about 20% of bitcoins that are released into circulation have become permanently unavailable (Mijatović, 2022:103). Further, it is reasonable to expect that more bitcoins will be “lost” over a course of time; therefore, the actual supply of bitcoin, although unknown due to the risk of permanent loss (Hutchinson & Dowd, 2015: 361), is definitely smaller than it is preprogramed and will get gradually reduced. This makes a bitcoin even more deflationary than previously projected.

4. Conclusions

It is a well-known fact that money is usually, but not necessarily, subjected to a state monopoly (Pernice, 2021: 773). Until recently, the general public was not prepared to question the dogma of the governments prerogative of “producing” money (Hayek, 1976:20). Nowadays, the general public is not eager to unquestionably accept the *lex monetae* concept and governments monopoly on issuing money. Competitive ideas are well formulated, and relevant sources are just “a few clicks away”. Still, the idea presented in a white paper titled “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*” is undeniably the most thought-provoking one. The recently conducted comprehensive statistical analysis confirms that this is the general opinion in academic circles (Karabulut, Sari, 2022: 58-66). Even the critics of the Bitcoin techno-economic architecture agree that Bitcoin undeniably demonstrates the practical possibility of fully decentralized monetary system based primarily on distributed trust (Hutchinson & Dowd, 2015:380).

Although stable coins are referred as “Hayek’s money” (Syropyatov, 2021: 322-323), those backed up by precious metals (such as gold) but primarily those backed up by parent fiat currencies, cannot be used for the final implementation of Hayek’s theory in real economy (Syropyatov, 2021: 328). We believe that it is the Bitcoin that is the actual embodiment of the old idea of issuing *different* kinds of money which represent different abstract units fluctuating in their value relative to one another (Hayek, 1976: 25), and that are clearly distinguishable by different denominations among which public could choose freely (Hayek, 1976: 21). The entire Bitcoin system promotes this idea in a way like no other money-like asset has ever done before. Moreover, relying entirely on advanced technological concepts, Bitcoin does not depend on governments’ permission of any kind and is not limited by state borders¹⁹. This intriguing system has been stress-tested numerous times. Although it is not fully stabile and is far from perfect, all turbulations have made the system only more resilient. This cannot

¹⁹ It was recorded that even in 1999 Milton Friedman stated that the one thing that’s missing, but that will soon be developed, is a reliable e-cash: a method whereby on the Internet you can transfer funds from A to B without A knowing B or B knowing A (Zebec, 2018: 88).

be said about its direct competitors – government issued currencies. Quite the opposite. In a short period of time, specifically from the moment when the World Health Organization recognized the outbreak of the SARS-CoV-2 pandemic triggered by a new type of coronavirus, the bitcoin was transformed from a subcultural phenomenon into the most popular and appreciated (digital) asset in not more than a few months. The very nature of the SARS-CoV-2 pandemic, primarily the need to limit physical contact, favoured the digitalization of all models of performing day-to-day activities and consequently created a perfect environment for all crypto-projects (Mijatović, 2022:94). Yet, the very fact that a bitcoin on a free market is about 20.000 times more valuable than USD suggests that there is more to it. This is true regardless of whether bitcoin is perceived as money or not.

The theory of competitive currencies, particularly currencies that are not issued by a state or any central authority, proves to be sustainable at least. Actually, if we have a centralized and coercive order on the one hand and a voluntary and decentralized system on the other hand (McGinnis, 2020: 59), it appears that “a voluntary agreement to use a specific item as a means of payment” (Đorđević, 2018:97; McGinnis, 2020:61) can even be superior to the “currency monopoly” dogma. Yet, as we see it, detection of deflationary mechanisms built in Bitcoin source code, and recognizing them as immutable by general public, is the biggest secret to its success. Obviously, this is not the only interesting feature of the Bitcoin system but, in times of crises such as the one triggered by SARS-CoV-2 virus and its numerous variants, those features come to fore, especially when compared to the mode of operation of “imperative” currencies. Anyhow, this observation has been supported by judicial practice. In certain cases, courts precisely stated that bitcoin is deflationary by nature and that it could be a better store of value than numerous legal currencies around the world which are very susceptible to inflation (Pernice, 2021: 778).

The Bitcoin system questions the universally accepted idea of state sovereignty on the subject of money issuance. Theoretically, Bitcoin does not undermine monetary sovereignty; in effect, the community can even contribute to the exercise of this type of sovereignty by giving trust to a means of exchange other than legally imposed ones (Pernice, 2021: 775). It is natural that this approach seems suspicious, even more so because this system does not offer answers to all the questions arising in the completely decentralized and unregulated free currency market. Still, this is a fascinating financial assemblage. Numerous technological and economical features make it appealing for all those who are eager to explore possible alternatives to state supremacy in this field. The question whether those alternatives are sustainable, and to what extent, remains to be answered. Yet, we truly believe that deflationary mechanisms, even simple ones

like those built in the Bitcoin system, must be welcomed as parameters in the current or the next phase of both money and monetary obligations evolution.

References

- Abramowicz, M. B. (2015). Peer-to-Peer Law, Built on Bitcoin. *GWU Law School Public Law Research Paper 2015-9, GWU Legal Studies Research Paper*. No. 2015-9, Retrieved 02 March 2023 from <https://ssrn.com/abstract=2573788> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2573788>
- Antonopoulos, M. A. (2014). *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*. Sebastopol: O'Reilly Media, Inc
- Baur, D. G., Dimpfl, T. (2021). The volatility of Bitcoin and its role as a medium of exchange and a store of value. *Empirical Economics*. 61 (5). 2663–2683.
- Cachanosky, N. (2019). Can Bitcoin become money? The monetary rule problem. *Australian Economic Papers*. 58 (4). 365–374.
- Caetano, R. (2015). *Learning Bitcoin*. Birmingham: Packt Publishing
- Calcaterra, C., Kaal, W. A., Rao, V. (2020). Stable Cryptocurrencies. *Washington University Journal of Law & Policy*. 61, 193-227
- Catanzaro, Z. L., Kain, R. (2020). The Revolution Will Be Memorialized: Selected Blockchain-Based Smart Contract Use Cases. *Florida Bar Journal*. 94 (5). 52–56
- Cavalheiro, G. M. do C., Cavalheiro, M. B. (2022). Assessing technological trends through patent landscaping: The case of Bitcoin. *Journal of World Intellectual Property*. 25 (1). 206–219
- Cvetković, M. (2018). Novčane obaveze i kriptovalute. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 57 (81). 119-138
- Cvetković, P. (2020). Blokčejn kao pravni fenomen – uvodna razmatranja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 59 (87). 127-144
- Dimitrijević, M. (2018). Elektronski novac u savremenom monetarnom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 57 (81). 221-236
- Dinić, V. (2014). Bitkojn kao decentralizovana valuta. *Bankarstvo*. 43 (2). 108-137
- Đorđević, A. (2018). The Application of Advanced Technologies in the Field of International Finances: Bitcoin Phenomenon. *Ekonomika*. 64 (1). 95-104
- Garratt, R., Wallace, N. (2018). Bitcoin 1, Bitcoin 2, An Experiment in Privately Issued outside Monies. *Economic Inquiry*. 56(3). 1887-1897

Hayek, F. A. (1976). *Denationalization of Money (An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies)*. London: The Institute of Economic Affairs. Retrieved 10 March 2023 from <https://iea.org.uk/wp-content/uploads/2016/07/Denationalisation%20of%20Money.pdf>

Horvatić, H., Tafra, V. (2022). Identifikacija komercijalne blockchain tehnologije te izazovi i opasnosti primjene kroz konkretne primjere. *Obrazovanje za poduzetništvo - E4E*. 12 (2), 105-120

Hutchinson, M., Dowd, K. (2015). Bitcoin Will Bite the Dust. *CATO Journal*. 35 (2). 357–38. Retrieved 1 March 2022; <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2015/5/cj-v35n2-12.pdf>

Jović, Ž., Nikolić, I. (2022). The Darker Side of Fintech: the Emergence of New Risks. *Zagreb International Review of Economics & Business*. 25 (SCI). 46-63

Karabulut, T. Sari, S.S. (2022). The attitude of academic staff towards Bitco- in. *Ekonomski vjesnik*. 35 (1), 55-67

Karame, G., Androulaki, E. (2016). *Bitcoin and Blockchain Security*. Boston, London: Artech House

Magnuson, J. W. (2022). The Failure of Market Efficiency. *Brigham Young University Law Review*. 48 (3). 827-908 Retrieved 21 April 2023 from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4096270

McGinnis, J. O. (2020). Bitcoin's Nature and Its Future. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 43 (1). 59–66. Retrieved 11 February 2022 from <https://ezproxy.nb.rs:2076/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=141404064&site=eds-live>

Mijatović, N. (2022). Pravna (ne)uređenost kriptovaluta i njihov utjecaj na industriju osiguranja. *Hrvatski časopis za OSIGURANJE*. (6). 93-106

Mirjanich, N. (2014). Digital Money: Bitcoin's Financial and Tax Future despite Regulatory Uncertainty. *DePaul Law Review*. 64 (1). 213–248

Nakamoto, S. (2008). *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. [Electronic version]. Retrieved 29 January 2021 from <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

Pernice, C. (2021). Bitcoin: Civil Law Topics and Issues. *Italian Law Journal*. 7 (2). 769–802

Radulović, S. (2021). Bitcoin and Cryptocurrency Clauses. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 60 (93). 29-44

Raskin, M. I. (2015). Realm of the Coin: Bitcoin and Civil Procedure. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*. 20 (4). 969–1011

Roth, N. (2015). An Architectural Assessment of Bitcoin: Using the Systems Modeling Language. *Procedia Computer Science*. 44. 527-536.

Syropyatov, V. A. (2021). Stablecoins as an implementation of Hayek's private money theory. *Russian Journal of Economics and Law*. (2). 318-331. Retrieved 10 March 2023, from <https://doi.org/10.21202/1993-047X.15.2021.2.318-331>

Šoja, T., Senarathne, C. W. (2019). Bitcoin i diversifikacija portfolija - perspektiva globalnog investitora. *Bankarstvo*. 48 (4), 44-63

Teomete Yalabık, F., Yalabık, İ. (2019). Anonymous Bitcoin v enforcement law. *International Review of Law, Computers & Technology*. 33(1), 34-52 Retrieved 13 January 2023 from <https://ezproxy.nb.rs:2076/login.aspx?direct=true&db=buh&AN=134805585&site=eds-live>

Tiwari, T. (2021). The Super Halving Explained. *Palm Beach Daily*, editors letter to subscribers dated 18.05.2021.

Turudić, D.A., Milić, J., Štulina, K. (2017) Korištenje kriptovaluta u međunarodnom poslovanju. *Zbornik sveučilišta Libertas*. 1-2 (1-2). 191-210

Vareško, A., Deković, D. (2022). Utjecaj pandemije COVID 19 na povezanost kretanja cijena bitcoina i vodećih svjetskih burzovnih indeksa. *Zbornik radova Međimurskog veleučilišta u Čakovcu*. 13 (2). 89-99

Zebec, S. (2018). Pravna regulacija bitcoina i ostalih virtualnih valuta u nekim neeuropskim zemljama i hrvatskom zakonodavstvu. *Zbornik radova Međimurskog veleučilišta u Čakovcu*. 9 (1). 87-91

*Dr Srđan Radulović,
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Prištini sa privremenim
sedištem u Kosovskoj Mitrovici Republika Srbija*

O DEFLATORNOJ PRIRODI BITKOINA

Rezime

Virtuelni sistem za plaćanje Bitcoin predstavljen je krajem 2008. godine. Ipak, i danas nedostaju odgovori na neka od fundamentalnih pitanja. Jedno od tih pitanja je da li je Bitcoin zaista novac ili nešto sasvim drugo.

Bitcoin kao sistem primarno je dizajniran ne sa ciljem da se stvori „nova vrsta novca“ u najužem smislu već sa ciljem da se stvori platforma koja obezbeđuje da se transfer vrednosti izvrši na što je efikasniji način moguće. Ipak, iako to nije suštinski, bitcoin ima kapacitet da preuzme ulogu novca, a taj kapacitet je prepoznat i u sudskim odlukama. Prepoznajući i uvažavajući taj kapacitet, u ovom radu prezentujemo rezultate pretežno empirijskog istraživanja sprovedenog prethodno o nestabilnoj, ali opet izrazito deflatornoj prirodi bitcoina i njenom uticaju na novčane obligacije. Konkretno, iako bi ideja mogla biti kontroverzna iz više razloga, a volatilna priroda „cene“ bitcoina je svakako jedan od njih, smatramo da periodična depresijacija njegove vrednosti ne znači da je bitcoin inflatoran. Naprotiv, bitcoin je deflatoran po prirodi. Različiti ugrađeni mehanizmi, ali i novi načini primene ističu tu prirodu. Dakle, u radu koristimo različite tehnike analitičkog metoda, najpre da izdvojimo različite deflatorne mehanizme, kako one programirane tako i one faktičke, a zatim i da ih opišemo. Dalje, u radu koristimo sintetičke metode, najpre generalizaciju i apstrakciju, da sumiramo rezultate istraživanja koji potvrđuju kao tačnu polaznu hipotezu da je bitcoin po prirodi izrazito deflatoran i pored njegove nestabilnosti, te da se može koristiti kao zaštitni mehanizam u monetarnim obligacijama.

Ključne reči: *Bitcoin, novčane obligacije, ugovor, valutne klauzule, kripto valutne klauzule, deflacija.*

II RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Bosiljka Čubrilović Stamenić,*
Viši asistent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Banjoj Luci
Republika Srpska

UDK: 628.1:341.223.2](497.6)
UDK: 556.1:005]:34(497.6)
Rad primljen: 03.06.2023.
Rad prihvaćen: 30.08.2023.

VODE KAO PREDMET KONCESIJE U PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Apstrakt: *Interesovanje za temu korišćenja voda po sistemu koncesija u domaćem zakonodavstvu, autoru je pobudila Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu br. U-16/20. Analiza navedene odluke otvorila je širi prostor za promišljanje, te je predloženi članak nastao kao plod istraživanja ove tematike. Rad je metodološki zasnovan na normativnoj analizi Zakona o koncesijama, te Zakona o stvarnim pravima, koji ima funkciju krovnog zakonodavnog akta, kada se diskutuje o stvarnopravnim institutima u Republici Srpskoj. Iako se u prvom dijelu rada bavimo posebnim pravnim uređenjem pojedinih vrsta stvari i definisanjem pojmova vode, vodnih dobara i vodnih objekata, kao predmeta prava svojine, u fokusu rada su ipak relevantna pitanja vezana za vode, kao koncesiono dobro. Predmet koncesije može biti pravo obavljanja širokog opsega privrednih djelatnosti, a kada su u pitanju vode, najčešće se radi o korišćenju javnog vodnog dobra (vode za tehnološki proces u obavljanju privrednih djelatnosti, vode i vodnog zemljišta za korišćenje hidroakumulacija, kupališta, ribnjaka, vodnog zemljišta za realizaciju neke od privrednih djelatnosti, kao i vađenje materijala iz vodotoka). Pored navedenog, energetska potencijal vode može da se koristi i kada je objekat koncesije izgradnja i korišćenje energetskih postrojenja, kao jednog od najvažnijih ekonomskih aspekata eksploatacije voda. U posljednjem dijelu rada obrađena je praksa Ustavnog suda, prevashodno u vezi sa institutom koncesija, ali i jednim širim pitanjem koje se sve više potencira u domaćoj judikaturi, a to je koncept „državna imovina“.*

Ključne riječi: *koncesija, vode, BOT model, „državna imovina“, javna svojina.*

* bosiljka.cubrilovic-stamenic@pf.unibl.org

1. Uvod

U Republici Srpskoj (RS) oblast koncesija uređena je Zakonom o koncesijama¹ koji je, uz izvijesne izmjene i dopune, na snazi od 2013. godine. Zakonom je pobliže regulisana materija koja se odnosi na predmet i nadležnost za dodjelu koncesija, politiku dodjele koncesija, način i postupak dodjele koncesija, elemente ugovora o koncesiji i prestanak ugovora o koncesiji, prava i obaveze koncesionara i koncendenta i druga pitanja od značaja za ostvarivanje koncesija, s tim da ćemo se u ovom radu baviti isključivo koncesijama u kontekstu iskorišćavanja voda, kao prirodnog resursa. Koncesija je pravo obavljanja privrednih djelatnosti korišćenjem javnih dobara, prirodnih bogatstava i drugih dobara od opšteg interesa, kao i pravo na obavljanje djelatnosti od opšteg interesa, a to pravo se uz plaćanje koncesione naknade ustupa koncesionaru na određeno vrijeme, pod uslovima propisanim ZoK.

Uspostavljanje koncesionog sistema u nacionalnom pravu imalo je za cilj kreiranje podsticajnog pravnog okvira za privlačenje stranih i domaćih investicija, uz istovremeno insistiranje na odgovornom upravljanju prirodnim bogatstvima i opštim dobrima. Republika Srpska raspolaže značajnim kapacitetima i prirodnim resursima, koji uz pravilnu upotrebu umnogome mogu da doprinesu razvoju i jačanju domaće privrede.

Na ovom mjestu ukratko ćemo izložiti sistematiku rada koji je podijeljen u tri cjeline. U prvom dijelu rada autor nastoji da precizira pojedine vrste stvari, shodno njihovom posebnom pravnom regulisanju. Definisani su instituti opšte dobro, javno dobro i dobro od opšteg interesa, onako kako je to normirano pozitivnim zakonodavstvom RS. Za diskusiju o koncesijama krucijalno je shvatanje razlika između ovih pojmova, jer pojedine vrste stvari zbog svojih osobina ili pravne regulative nisu podobne da budu objekat prava svojine i drugih stvarnih prava. Takođe, autor pravi distinkciju između pojmova vode, vodna dobra i vodni objekti, kao potencijalnih objekata prava svojine, odnosno predmeta koncesije. U centralnom dijelu rada, obrađena je tema korišćenja voda po modelu koncesija u pravu RS. Vode su opšte dobro koje je pod posebnom zaštitom države (entiteta), te se koriste pod uslovima i na način koje obezbjeđuje njihovu racionalnu upotrebu. Prema domaćem pozitivnom zakonodavstvu, vode se mogu koristiti u režimu koncesija i u režimu javno-privatnog partnerstva, s tim da je ovaj prvi model nešto više zastupljen u praksi. Ovdje smo se bavili i pojmom, predmetom i različitim vrstama koncesija, sa posebnim osvrtom na BOT model koji je najčešće korišćeni

1 Zakon o o koncesijama (ZoK), *Sl. glasnik RS*, 59/13, 16/18, 70/20 i 111/21.

model projektnog finansiranja infrastrukturnih projekata. Na koncu, analizirana je praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (Ustavni sud), demistifikovana konstrukcija „državna imovina“, kao i njeno dovođenje u vezu sa nadležnostima za dodjelu koncesija, te je izvršena detaljnija razrada odluke donijete u predmetu br. U-16/20².

2. Prethodno razjašnjenje – posebno pravno uređenje pojedinih vrsta stvari

Stvari su materijalni dijelovi prirode, koji mogu biti u svojini fizičkog ili pravnog lica (čl. 5, st. 1 Zakona o stvarnim pravima³). Međutim, postoje stvari koje zbog svojih osobina ili pravnog regulisanja nisu podobne da budu objekat prava svojine i drugih stvarnih prava. Zakon o stvarnim pravima sve stvari normira na opšti i poseban način.

Opšti režim stvarnopravnog uređenja obuhvata univerzalna pravila koja se primenjuju na sve vrste stvari nad kojima fizičko ili pravno lice može da ima pravo svojine. S druge strane, posebno uređenje stvarnih prava predstavlja izuzetak od ovog opšteg režima i odnosi se isključivo na određene vrste stvari koje su od šireg društvenog značaja, poput: opštih dobara, javnih dobara i dobara od opšteg interesa. Između ovih dobara nikako ne možemo staviti znak jednakosti, iako su, nerijetko, granice vrlo fluidne. Potencijalni problem kod razgraničenja navedenih pojmova predstavlja činjenica da ZSP, ali i drugi posebni zakoni⁴, ne definišu koncept opšteg dobra, javnog dobra i dobra od opšteg interesa, već su pojedine vrste stvari navedene *exempli causa*. Shodno tome, iz prakse Ustavnog suda proizilaze različita, često neadekvatna, tumačenja ovih pojmova, koja za krajnji rezultat imaju pogrešnu primjenu pravnih pravila za posebne vrste stvari.

Nisu objekat prava svojine i drugih stvarnih prava oni dijelovi prirode koji po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti fizičkog ili pravnog lica pojedinačno, nego su na upotrebi svima pod jednakim uslovima (čl. 7, st. 1 ZSP). Dakle, opšta dobra (*res communes omnium*) kao što su vazduh, voda u rijekama, izvorima, jezerima i moru, nisu uopšte stvari, odnosno nisu podobna da budu objekat svojine, jer ne ispunjavaju fizički uslov (ne mogu biti u ljudskoj vlasti), ali ni pravni uslov (*res extra commercium*). Opšta

2 Odluka Ustavnog suda BiH br. U-9/19, *Službeni glasnik*, 16/20.

3 Zakon o stvarnim pravima (ZSP), *Sl. glasnik RS*, 124/2008, 3/2009 – ispr. 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – odluka US, 107/19, 1/21 – odluka US i 119/21 – odluka US.

4 Zakon o vodama (ZV), *Sl. glasnik RS*, 50/06, 92/09, 121/12 i 74/17; Zakon o rudarstvu, *Sl. glasnik RS*, 62/18; Zakon o lovstvu, *Sl. glasnik RS*, 60/09 i 50/13 i dr.

dobra su „...*samo jedna podvrsta dobara od opšteg interesa...*“ (Babić, Medić, Hašić, Povlakić, Velić, 2011: 145). Opšta dobra ne mogu biti ni u svojini države, njima samo upravlja država ili neki subjekt javne vlasti, ali ne kao vlasnik, već kao imperijum (Gavella, 2011: 137). Iako opšta dobra ne mogu biti u vlasti fizičkog ili pravnog lica, svi subjekti prava ih mogu upotrebljavati pod jednakim uslovima. Na opštim dobrima se može uspostaviti i određeni stvarnopravni odnos izdvajanjem pojedinih segmenata opšteg dobra, nakon čega oni postaju predmet svojine i drugih stvarnih prava (čl. 7, st. 3 ZSP). Tako npr. slobodni dijelovi prirode, kao što je voda u rijeci, načelno ne mogu biti u ljudskoj vlasti, sve dok se voda iz rijeke ne izdvoji u poseban čanak (posudu), kada prelazi u svojinu lica koje ju je izdvojilo. Takođe, ZoK regulisana je mogućnost da koncendent (Vlada RS, u ime RS ili skupština jedinice lokalne samouprave, u ime jedinice lokalne samouprave) na određeni vremenski period i uz plaćanje koncesione naknade ustupi koncesionaru (privredno društvo) na upotrebu i korišćenje neko opšte dobro. Iako se nalaze u nesvojinskom pravnom režimu, opšta dobra se upisuju kao svojina RS, a takav upis ima deklarativan karakter, jer svojstvo opšteg dobra stvari stiču na osnovu same svoje prirode, bez donošenja posebnog akta o proglašenju opšteg dobra (Babić, Jotanović, 2020: 265).

Javna dobra su stvari koje su po zakonu namijenjene da služe svima pod jednakim uslovima, kao što su: javni putevi, ulice, trgovci i drugo (čl. 7, st 2 ZSP). Javna dobra (*res publicae*) su u istom pravnom režimu kao i opšta dobra, jer nisu podobna da budu objekti stvarnopravnih odnosa, s tim da javna dobra ne ispunjavaju pravni uslov. Dakle, po svojim prirodnim karakteristikama javna dobra bi mogla biti predmet prava svojine, ali im je pravni poredak oduzeo svojstvo objekta, a pravo svojine i druga stvarna prava ne mogu egzistirati bez objekta (predmeta). Upravo u ovom segmentu možemo da identifikujemo distinkciju između opštih i javnih dobara – ono što po svojoj prirodi ne može biti objekat stvarnopravnog odnosa je opšte dobro, a ono što je zakonom namijenjeno za opštu upotrebu svih predstavlja javno dobro (Babić et. al. 2011: 146).

Dobra od opšteg interesa, za razliku od opštih i javnih dobara, imaju drugačiji pravni status. Ona su *genus proximum*, jer pored opštih, obuhvataju i niz drugih dobara, prirodnih resursa, stvari koje su podvrgnute posebnom pravnom režimu. Dobra od opšteg interesa, a koja nisu opšta dobra, jesu stvari u građanskopravnom smislu (građevinska zemljišta, poljoprivredna zemljišta, šume i šumska zemljišta, zaštićeni dijelovi prirode, biljni i životinjski svijet, stvari od

kulturnog, istorijskog i ekološkog značaja⁵), te mogu biti objekat stvarnih prava. Da bi određena stvar bila dobro od opšteg interesa, kao takva treba da bude proglašena posebnim zakonom (čl. 2, st 2 ZSP). Zakon o stvarnim pravima nije mjerodavan za određivanje da li je neka stvar dobro od opšteg interesa, njegova uloga je da stvori pravni okvir za režim koji se primjenjuje na stvarima koje su primjenom *lex specialis* proglašene dobrima od opšteg interesa.⁶

3. Vode, vodna dobra i vodni objekti kao predmet prava svojine

Vode predstavljaju prirodno bogatstvo koje se koristi pod uslovima i na način koji obezbjeđuje njihovu racionalnu upotrebu. U nacionalnom zakonodavstvu, vode su definisane kao opšte dobro koje je pod posebnom zaštitom RS (čl. 8 ZV, u vezi sa čl. 7, st. 1 ZSP). Za razumijevanje pravnog statusa voda, neophodno je da ukažemo na razlike između pojmova vode, vodno dobro i vodni objekti. U smislu ZV, „voda“ označava svu vodu u unutrašnjosti Republike Srpske, koja je stajaća ili tekuća po površini zemlje i svaka podzemna voda bliže zemlji duž bazne linije granice teritorije (čl. 4, st 1, t. 1 ZV). Dakle, pod konceptom „voda“ podvodimo sva vodna tijela u unutrašnjosti RS: površinske vode, podzemne vode, rijeke i jezera.⁷ Za razliku od vode, „vodno dobro“ podrazumijeva vodno zemljište, vode i vodne objekte, koji zbog svog naročitog značaja jesu dobra od opšteg interesa i pod posebnom su zaštitom (čl. 9, st 1 ZV). Dakle, vodno dobro predstavlja jedinstvo vodnog zemljišta, vode i objekata koji su u čvrstoj vezi sa zemljištem. Na osnovu prethodno navedenog, prilično je jasna tačka razdvajanja pojmova voda i vodno dobro, kao i njihov potpuno drugačiji pravni status. Za razliku od voda u morima, rijekama, jezerima, izvorima koje su opšte dobro, te stoga ne mogu biti objekat prava svojine, vodno dobro, kao dobro od opšteg interesa, može biti predmet stvarnih prava, pa samim tim i u svojini titulara prava. Potencijalni problem može da predstavlja kolizija u regulaciji pravnog

5 Vidi čl. 8, st. 1 ZSP, u vezi sa čl. 59 Ustava Republike Srpske (Ustav RS), *Sl. glasnik RS*, 21/1992 – prečišćen tekst, 28/1994 – Amandmani XXVI-XLIII, 8/1996 – Amandmani XLIV-LI, 13/1996 – Amandman LII, 15/1996 – ispr., 16/1996 – Amandman LIII, 21/1996 – Amandmani XLIV-LI, 21/2002 – Amandmani LIV-LXV, 26/2002 – ispr., 30/2002 – ispr., 31/2002 – Amandmani XCIII-XCVIII, 69/2002 – Amandmani XCIX-CIII, 31/2003 – Amandmani CIV i CV, 98/2003 – Amandmani CVI-CXII, 115/2005 – Amandman CXIV, 117/2005 – Amandmani CXV-CXXI i 48/2011 – Amandman CXXII i *Sl. glasnik BiH*, 73/2019 – odluka US BiH.

6 Više o ovim pitanjima (Gavella, 2012: 1445–1490; Jotanović, 2015: 187–207).

7 Svi pojmovi su definisani Osnovnim odredbama zakona, čl. 4, st. 1, t. 2–5 ZV.

režima voda (u rijekama, izvorima, jezerima, morima), jer je u ZSP⁸ voda normirana kao opšte dobro, dok je u ZV, voda, kao sastavni dio koncepta vodno dobro, regulisana kao dobro od opšteg interesa (upor. čl. 7, st. 1 ZSP i čl. 9, st. 1 ZV).

Druga kategorija za uređenje prava i obaveza subjekata prava jeste „javno vodno dobro“, koje čine svi segmenti vodnog dobra, kao što su: zemljišne čestice, vodni ili hidrotehnički objekti, rijeke i potoci sa definisanim morfološkim, geološkim i hidrološkim sadržajem, koji su do dana stupanja na snagu ovog zakona bili upisani u zemljišnim knjigama, odnosno katastru nepokretnosti kao javno vodno dobro od opšteg interesa ili su definisani u drugim dokumentima javnog karaktera, odnosno koji su na osnovu zakona postali državna svojina (čl. 10, st. 1 ZV). Normirano na ovakav način, javno vodno dobro je dobro od opšteg interesa u svojini RS. Ovlašćenja upravljanja javnim vodnim dobrom vrše organi uprave, javna ustanova ili nadležni subjekti sa javnim ovlašćenjima, u onom obimu i na način kako im je zakonom ili drugim aktima nadležnog organa preneseno u nadležnost (čl. 10, st. 3 ZV). Pripadnost javnom vodnom dobru utvrđuje se na osnovu upisa u javne evidencije. Javno vodno dobro ne može biti predmet prometa, ali treća lica mogu biti zakupci ili koncesionari (čl. 11, st. 1 i 3 ZV).

I poslednja relevantna grupa jesu „vodni objekti“. *Vodni objekti i sistemi, zajedno sa pripadajućom opremom koji čine tehničku, odnosno tehnološku cjelinu, služe za uređenje vodotoka i drugih voda, zaštitu od štetnog djelovanja voda, zahvatanja voda radi njihovog namjenskog korišćenja, za praćenje stanja voda i za zaštitu voda od zagađivanja i održavanje akvatičnih ekosistema* (čl. 14 ZV). S obzirom na to koja je njihova namjena, vodni objekti mogu biti: zaštitni, objekti za zaštitu od erozija i bujica, vodni objekti za odvodnjavanje i vodni objekti za korišćenje i iskorišćavanje voda. Svojinski status ovih objekata prvenstveno zavisi od njihove namjene, pa su tako zaštitni vodni objekti u svojini RS, a ostali samo ukoliko to bude utvrđeno posebnom odlukom nadležnog organa uprave (čl. 16, st. 1–2 ZV). Izuzetak od ovog pravila odnosi se na objekte za zaštitu od erozija i bujica, vodne objekte za odvodnjavanje, vodne objekte za korišćenje i iskorišćavanje voda, koji mogu biti i u svojini jedinice lokalne samouprave, odnosno u svojini fizičkih i pravnih lica, koji imaju svojину nad zemljištem na kome je izgrađen vodni objekat (čl. 16, st. 2–3 ZV).⁹

8 Isto i u čl. 8, st. 1 ZV.

9 O upravljanju vodama, vodnim dobrima i vodnim objektima (Radić, 2021: 64–66).

Nakon što smo razriješili razlike između pojmova vode, vodno dobro i vodni objekti, u nastavku rada biće govora o korišćenju (upotrebi) voda po modelu koncesija u domaćem pravu.

4. Korišćenje voda u režimu koncesija

Cijeneći značaj voda kao opšteg dobra, pozitivnim zakonodavstvom preciziran je pojam korišćenja voda, kao postupak zahvatanja, crpljenja i upotrebe površinskih i podzemnih voda za različite namjene (snadbijevanje vodom za piće, sanitarne i tehnološke potrebe, navodnjavanje i drugo), odnosno iskorištavanje vodnih snaga za proizvodnju električne energije i druge pogonske potrebe, za uzgoj ribe, za plovidbu kao i za sport, kupanje, rekreaciju i druge slične namjene. Pristup vodi je osnovno ljudsko pravo, te je važno apostrofirati da je svakome dozvoljena tzv. opšta upotreba voda, odnosno svakom licu je dozvoljeno da koristi vode običnim načinom koji ne zahtijeva posebne naprave i ne isključuje druge od jednakog korišćenja.¹⁰ U suprotnom, neophodna je saglasnost ili dozvola nadležnog organa (čl. 50, st. 1 i čl. 51, st. 1 ZV).

Vode se mogu koristiti u režimu koncesija i u režimu javno-privatnog partnerstva,¹¹ s tim da ćemo na ovom mjestu analizirati samo pravne aspekte korišćenja voda po modelu koncesija. Pravni okvir za regulisanje ove materije čini čl. 59, st. 2 Ustava RS, koji propisuje da se zakonom uređuje zaštita, korišćenje, unapređivanje i upravljanje dobrima od opšteg interesa, kao i plaćanje naknade za korišćenje dobara od opšteg interesa i gradskog građevinskog zemljišta, zatim ZoK (čl. 6, st. 1, t. b) koji normira predmet koncesija, kao i relevantne odredbe ZV¹². Dakle, za svako korišćenje voda koje prelazi opseg opšte upotrebe, odnosno slobodnog korišćenja vode, titular mora dobiti posebnu dozvolu u vidu koncesije. Jedan od razloga za to je i činjenica da usljed prekomjernog ili korišćenja voda bez nadzora, može doći do ozbiljnih posljedica po životnu sredinu. Posmatrano sa istorijskog aspekta, pod pojmom koncesije podrazumijevala se određena privilegija, ali je izraz vremenom poprimio precizniju

10 „Svi ljudi, bez obzira na stepen razvoja društva, te socijalne i ekonomske uslove u kojima žive, imaju pravo na pristup pijaćoj vodi u kvantitetu i kvalitetu koji odgovara njihovim osnovnim potrebama.“ (prev. aut). (II Community Water Supply). Report of the United Nations Water Conference. Preuzeto 30. 3. 2022. <https://www.ielrc.org/content/e7701.pdf>.

11 Zakon o javno-privatnom partnerstvu u Republici Srpskoj, *Sl. glasnik RS*, 59/09, 63/11 i 68/20.

12 Vidi npr. čl. 11, st. 3, čl. 115, čl. 138 ZV i dr.

konotaciju, pa danas ovaj institut predstavlja klasično ustupanje određenog prava fizičkom ili pravnom licu, od strane države koja istupa sa pozicije suvereniteta (*iure imperii*). Iako koncesija nije nov pravni institut, o njenoj pravnoj prirodi egzistiraju različite teorije. Postoje stanovišta da je koncesioni posao administrativne prirode, tj. da se daje u formi upravnog akta, te da se ne radi o privatno-pravnom, već o javnopravnom odnosu između države kao nosioca javne vlasti i privrednog društva. Drugo shvatanje predstavlja teorija o ugovornoj prirodi koncesije, sa obrazloženjem da je pravni osnov koncesije ugovor između koncedenta i koncesionara, dok je po trećem mišljenju koncesioni posao, pravni posao mješovite prirode (Đurđev, 2004: 400–401). Iako država može prenositi određena upravna prava na privatni sektor (privredna društva) kroz koncesije, ona i dalje zadržava svoj osnovni suverenitet nad tim resursima. Dakle, uzevši u obzir kumulativne činjenice da je država jedna od ugovornih strana u ugovoru o koncesiji, a da je predmet ugovora obavljanje privredne djelatnosti od javnog interesa, u ovom radu priklonili smo se prvoj teoriji, prema kojoj država kao koncesionar istupa sa pozicije suvereniteta.

Koncesija (lat. *concession* – ustupanje, dopuštenje, davanje povlastice) je pravo obavljanja privrednih djelatnosti korišćenjem javnih dobara, prirodnih bogatstava i drugih dobara od opšteg interesa, kao i pravo na obavljanje djelatnosti od opšteg interesa, a to pravo se ustupa koncesionaru na određeno vrijeme, uz plaćanje koncesione naknade (čl. 2 ZoK). Dakle, radi se o pravu koje titularu omogućuje da koristi određene resurse ili da vrši djelatnosti od opšteg interesa uz plaćanje odgovarajuće novčane naknade, pri čemu koncesionar snosi rizik vezan za ekonomsku eksploataciju predmeta koncesije. Koncesionar je dužan da koncedentu plaća koncesionu naknadu u iznosu i na način utvrđen ZoK i ugovorom o koncesiji. Koncesiona naknada je obavezan element ugovora o koncesiji, novčanog je karaktera, a sastoji se iz: 1. naknade za ustupljeno pravo, koja se plaća jednokratno pri zaključivanju ugovora o koncesiji i 2. koncesione naknade za korišćenje. Zavisno od predmeta koncesije, koncesiona naknada za korišćenje izražava se procentualno u odnosu na godišnji prihod ostvaren od obavljanja koncesione delatnosti, ili po jedinici mjere. Koncesiona naknada za ustupljeno pravo prihod je budžeta RS, odnosno budžeta jedinice lokalne samouprave, zavisno od nadležnosti za dodjelu koncesije (čl. 29 ZoK).

Pravni osnov za regulisanje međusobnih prava i obaveza predstavlja ugovor o koncesiji zaključen u pisanoj formi između koncedenta, s

jedne strane, i koncesionara kao izabranog najpovoljnijeg ponuđača,¹³ s druge strane. Ugovor o koncesiji se zaključuje na rok koji ne može biti duži od 50 godina (u praksi je većina ugovora dodijeljena na 30 godina, sa mogućnošću da se u pregovaračkom postupku produži rok trajanja ugovora). Rok koncesionog ugovora određuje se u zavisnosti od predmeta koncesije, vremena potrebnog za povrat uloženog kapitala i ostvarivanja planirane dobiti na osnovu koncesione djelatnosti.¹⁴

Predmet koncesije može biti pravo obavljanja širokog opsega privrednih djelatnosti, s tim da se najčešće radi o oblastima koje državni organi iz određenih razloga ne mogu ili neće da vrše samostalno, te ih prenose na drugo lice uz odgovarajuću novčanu naknadu.¹⁵ Na taj se način ostavaruju javni interesi ali i obezbjeđuje funkcionisanje javnih službi i privredni razvoj. Kada su u pitanju vode, predmet koncesije može biti korišćenje javnog vodnog dobra [vode za tehnološki proces u obavljanju privrednih djelatnosti, vode i vodnog zemljišta za korišćenje hidroakumulacija, kupališta, ribnjaka, vodnog zemljišta za realizaciju neke od privrednih djelatnosti ili za realizaciju drugih predmeta koncesije, kao i vađenje materijala iz vodotoka (šljunka, pijeska, kamena) prema programu uređenja vodotoka (čl. 6, st 1, t. b. ZoK)]. Pored ovoga, energetska potencijal vode može da se koristi i kada je objekat koncesije izgradnja i korišćenje energetskih postrojenja, kao jednog od najvažnijih ekonomskih aspekata eksploatacije voda.

Koncesije kojima se predviđa izgradnja ili rekonstrukcija objekata, postrojenja ili pogona sve više se realizuju po BOT modelu [izgradi – koristi – predaj (eng. *Build-Operate -Transfer*)], što podrazumijeva izgradnju ili rekonstrukciju i finansiranje kompletnog objekta, postrojenja ili pogona, njegovo korišćenje i predaju u svojinu koncedentu u ugovorenom roku. BOT model je najčešće korišćeni model projektnog finansiranja infrastrukture, s tim da su se u poslovnoj praksi oblikovali i drugi podoblici projektnog finansiranja kao što su: BOOT posao [izgradi –

13 Ponuđač je svako domaće ili strano pravno ili fizičko lice, konzorcijum dva ili više ugovorom povezanih pravnih lica, koji je dostavio ponudu u postupku dodjele koncesije (čl. 5, st. 1, t. g. ZoK).

14 Komisija za koncesije RS vodi registar ugovora o koncesijama koji predstavlja jedinstvenu evidenciju ugovora o koncesijama dodijeljenim na teritoriji RS. Ugovor o koncesiji se obavezno upisuje u registar ugovora o koncesijama. Registar ugovora o koncesijama sadrži podatke o nazivu koncesionara, nazivu koncedenta, predmetu koncesije, visini koncesione naknade, datumu zaključenja koncesionog ugovora i periodu trajanja koncesije. (čl. 35 ZoK).

15 Sveobuhvatan predmet koncesija u pravu RS regulisan je čl. 6 ZoK.

imaj u svojini – upravljaj – prenesi (eng. *Build – Own – Operate - Transfer*)], MOT posao [modernizuj – upravljaj – prenesi (eng. *Moderate – Operate – Transfer*)], ROT posao [renoviraj – upravljaj – prenesi (eng. *Refurbish – Operate- Transfer*)] i dr. Tako i čl. 7, st. 2 ZoK normira da je dozvoljeno ugovaranje i drugih modela za realizaciju koncesija, u skladu sa Dokumentom o politici dodjele koncesija¹⁶ i predmetom koncesija. Pod uticajem UNICITRAL pravila sve ove modalitete možemo podvesti pod generični pojam „privatno finansiranje infrastrukturnih projekata“ (eng. *Privately Financed Infrastructure Projekts – PFIP*). U osnovi, pod njim se podrazumevaju svi oblici ulaganja u javne infrastrukturne objekte, pri čemu finansiranje i rizik poslovnog neuspjeha preuzima privredno društvo. Ono to ostvaruje po osnovu dobijene koncesije od strane državne ili lokalne vlasti za izgradnju i upravljanje infrastrukturnim objektom (Divljak, 2006: 277). Dakle, BOT model finansiranja omogućava državi (u konkretnom slučaju RS, kao entitetu) da bez angažovanja finansijskih sredstava postane titular značajnih infrastrukturnih objekata, s tim da u ugovorenom roku nema pravo da ih eksploatiše, jer to čini koncesionar koji kroz ostvarenu dobit vraća uloženi kapital. S druge strane, ovaj model projektnog finansiranja infrastrukture omogućuje i privatnom sektoru da se uključi u finansiranje, izgradnju, sanaciju, proširenje, funkcionisanje i održavanje projekata, koje uobičajeno finansira i kojima upravlja RS, te shodno tome možemo reći da su na ovaj način svoj interes našli svi učesnici. Po isticanju roka predviđenog ugovorom o koncesiji i po povraćaju investicije, vrši se transfer svih postrojenja u okviru BOT projekta prema RS, s tim da ta postrojenja treba da budu u dobrom stanju i neopterećena. U mnogim zemljama koncesije za korišćenje vode koriste se u svrhu poboljšanja kvaliteta vode, unapređenja infrastrukture, kao i za finansiranje novih projekata. Međutim, da bi se izbjegli negativni aspekti (npr. uspostavljanje monopola na tržištu, povećanje cijena vode za potrošače, te ograničavanja prava lokalnih zajednica na korišćenje vode), neophodno je osigurati zakonitost i transparentnost u postupku dodjele koncesija.

Na koncu ovog dijela rada, napravićemo kratak osvrt na temu o kojoj se mnogo govori u javnosti. Radi se o potencijalnom uvođenju moratorijuma

16 Dokument o politici dodjele koncesija sadrži opis privrednih i drugih oblasti u kojima se mogu dodjeljivati koncesije, ciljeve i prioritete, vrste BOT i drugih modela za dodjelu koncesije, elemente za izradu studije, kao i mjere i aktivnosti koje se preduzimaju radi ostvarivanja dugoročnih ciljeva u oblasti koncesija, utvrđenih strateškim i drugim planskim dokumentima. Vidi više: Dokument o politici dodjele koncesija. Preuzeto 13. 2. 2023. https://koncesije-rs.org/wp-content/uploads/2019/06/Politika_dodjela-Cir.pdf.

na izgradnju i eksploataciju malih hidroelektrana (MHE) zbog sve veće zabrinutosti o njihovim negativnim efektima na životnu sredinu.¹⁷ U februaru 2021. godine, Republika Srpska je donijela ključan dokument u ovom kontekstu – Deklaraciju o zaštiti rijeka u Republici Srpskoj (Deklaracija). Ova Deklaracija nije samo simboličan dokument, već postavlja konkretne smjernice i obaveze: 1. zamrzavanje dodjele novih koncesija – Vlada RS je obavezna da obustavi sve nove zahtjeve za dodjelu koncesija za MHE dok se ne izvrši temeljna analiza svih prethodno potpisanih ugovora o koncesijama iz perioda 2005–2020. godine. (ostavljen rok od šest mjeseci) i 2. preusmjeravanje podsticaja – Deklaracija sugeriše da bi Narodna skupština RS trebalo da u novoj regulativi o obnovljivim izvorima energije minimizira davanje javnih podsticaja specifično za MHE. Umesto toga, fokus bi trebalo da bude na podsticanju proizvodnje električne energije kroz druge, ekološki prihvatljivije, obnovljive izvore energije. Međutim, iako predstavlja korak napred, Deklaracija nema obavezujuću pravnu moć, što znači da njeno sprovođenje zavisi od političke volje i pritiska javnosti. To je postalo jasno na primjeru MHE „Samar“ gdje je, uprkos postojanju Deklaracije, Vlada RS dala zeleno svjetlo za njenu izgradnju. Situacija se dodatno zakomplikovala kada je Okružni sud u Banjoj Luci, po tužbi jednog udruženja koji se bavi promocijom i očuvanjem zdrave životne sredine, intervenisao i poništio ekološku dozvolu za ovu MHE, ali radovi na izgradnji su nastavljeni, uz dodatnu podršku Regulatorne komisije za energetiku.¹⁸ Nakon donošenja odluke od strane Okružnog suda u Banjoj Luci, nadležno ministarstvo je uložilo vanredni pravni lijek, odnosno zahtjev za

17 U BiH je u prethodnom periodu izgrađeno 108 malih hidroelektrana, od čega je 65 u FBiH, 43 u RS i u pripremi je izgradnja dodatnih 338 MHE. Vidi: Zabrana izgradnje malih hidroelektrana na Zapadnom Balkanu – Upporedna analiza moratorijuma i zabrane izgradnje malih hidroelektrana u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Srbiji. Preuzeto 7. 2. 2023. <https://www.reri.org.rs/wp-content/uploads/2022/01/Upporedna-analiza-moratorijuma-i-zabrane-izgradnje-malih-hidroelektrana-u-Bosni-i-Hercegovini-Crnoj-Gori-i-Srbiji.pdf>, 4.

18 Rješenje o produženju preliminarnog prava na podsticaj za proizvodnju električne energije – MHE „Samar“. Preuzeto 15. 2. 2023. <https://reers.ba/wp-content/uploads/2021/11/Rjesenje-o-produzenju-preliminarnog-prava-na-podsticaj-za-proizvodnju-elektricne-energije-MHE-Samar-cirilica-1.pdf>. Naknadno je Regulatorna komisija za energetiku RS u aprilu 2022. godine odbila zahtjev za produženje preliminarnog prava na podsticaj, kao neosnovan. Rješenje o odbijanju zahtjeva za odobrenje preliminarnog prava na podsticaj – MHE „Samar“. Preuzeto 15. 2. 2023. <https://reers.ba/wp-content/uploads/2022/04/Rjesenje-o-odbijanju-zahjteva-za-odobrenje-preliminarnog-prava-na-podsticaj-MHE-Samar-cirilica.pdf>.

preispitivanje sudske odluke, pa je ovaj slučaj trenutno pred Vrhovnim sudom RS i još uvijek se čeka njegov pravni ishod.¹⁹

Osim ovog konkretnog slučaja, postoji još jedan zakonski aspekt koji je izazvao kontroverze. Aktuelni zakon dozvoljava prenošenje i prodaju ugovora o koncesijama, kao i promjene u vlasničkoj strukturi koncesionara. Ove odredbe pružaju priliku za spekulacije, gde se koncesije često pribavljaju s primarnom namjerom prodaje, a ne stvarne izgradnje i eksploatacije resursa. Ovo može dovesti do situacije gde se primarni ciljevi, poput zaštite životne sredine, zanemaruju u korist finansijske dobiti. Da bi se navedeno izbjeglo, neophodno je preispitati i eventualno revidirati postojeće zakonske odredbe. Smatramo da ograničenje prenosa svojinskih prava nije dobro rješenje, ali bi svakako trebalo da se preduprijedi ponašanje koje omogućava izigravanje slova zakona.

5. Praksa Ustavnog suda po pitanju „državne imovine“

Nadležnosti institucija BiH definisane su čl. III, t. 1 Ustava BiH²⁰ po principu pozitivne enumeracije. Istim članom, u t. 3 predviđeno je da entitetima pripadaju sve vladine funkcije i ovlaštenja koja nisu Ustavom BiH izričito povjerena institucijama BiH. To znači da je u jurisdikciji entiteta i Brčko Distrikt BiH, sve ono što *explicite* nije u nadležnosti institucija na državnom nivou. Važno je naglasiti da na nivou BiH ne postoji propis koji reguliše stvarnopravne odnose, jer su zakoni iz ovog domena u isključivoj nadležnosti entiteta i Brčko Distrikta BiH.²¹ Ovo je potvrđeno i u Odluci Ustavnog suda br. U-1/11²²,

19 Više o ekonomskoj opravdanosti koncesionih naknada za MHE, vidi: Analiza ekonomske opravdanosti koncesionih naknada i podsticaja za male hidroelektrane na teritoriji Bosne i Hercegovine. Preuzeto 16. 2. 2023. <https://czzs.org/wp-content/uploads/2018/11/Analiza-MHE1.pdf>.

20 Ustav BiH je sastavni dio Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH (Dejtonski mirovni sporazum). Preuzeto 23. 2. 2023. <https://www.paragraf.ba/propisi/bih/ustav-bosne-i-hercegovine.html>.

21 Pored ZSP koji se primjenjuje na teritoriji RS, vidi i Zakon o stvarnim pravima, *Službene novine FBiH*, 66/13, 100/13 i 32/19 – odluka US, kao i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik Brčko Distrikta BiH*, 11/01, 8/03, 40/04, 19/07, 26/21 i 44/22.

22 Odluka br. U-1/11, *Službeni glasnik BiH*, 73/12. Inače, ovaj predmet se ticao ustavne nadležnosti RS za regulisanje pravne materije koja je predmet Zakona o statusu državne imovine koja se nalazi na teritoriji Republike Srpske i pod zabranom je raspolaganja, *Službeni glasnik RS*, 135/10, nametnut od strane Visokog predstavnika za BiH.

u kojoj je navedeno sljedeće: „*Ustavni sud se slaže s mišljenjem Narodne skupštine RS da Ustav BiH ne sadrži eksplicitnu odredbu koja utvrđuje nadležnost BiH da reguliše pitanje državne imovine koja pripada BiH...*“. Raspravljajući o raspodjeli nadležnosti između pojedinih nivoa vlasti u BiH, Ustavni sud je donio niz kontroverznih odluka, a na ovom mjestu ćemo apstrahovati samo neke od njih kojima se zadire u svojinsko-pravne odnose, pa sam tim i u pitanje koncesija.²³ U navedenim odlukama Ustavni sud, najblaže rečeno, uzurpira osnovne postulate stvarnopravnog uređenja RS i BiH, te pravi niz kardinalnih grešaka koje su rezultat pogrešnog tumačenja relevantnih propisa. Tako je ovaj sud, van okvira svojih ingerencija, ustanovio novu pravnu kategoriju „državna imovina“, kao poseban oblik svojine. U predmetu br. U-1/11, u t. 62 obrazloženja odluke navodi se: „*Državna imovina, iako je to oblik vlasništva koji je po svojoj strukturi sličan građanskopravnom privatnom vlasništvu, predstavlja poseban pravni koncept, te, iz tog razloga, uživa poseban status. Državna imovina je karakteristična po javnopravnoj prirodi odnosa subjekata i korištenja te imovine, kao i njezinog titulara. Ona obuhvata, s jedne strane, pokretne i nepokretne stvari koje su u rukama javne vlasti i koje joj služe radi vršenja te vlasti, s druge strane, ona može obuhvatiti 'javno dobro' (morska voda i morsko dno, riječna voda i riječna korita, jezera, planine i druga prirodna bogatstva, javna saobraćajna mreža, saobraćajna infrastruktura itd.). Ono, po svojoj prirodi, prioritetno služi svim ljudima u državi.*“

Premisa od koje polazi Ustavni sud da je „državna imovina“ oblik svojine koji je samo sličan građanskopravnoj privatnoj svojini, te da predstavlja poseban pravni koncept, naprosto ne stoji. Prvu teorijsku nelogičnost u ovoj konstataciji predstavlja činjenica da sud stavlja znak jednakosti između pojmova „imovina“ i „svojina“. Iako je imovina (*patrimonium*) višeznačan izraz koji se laički često poistovjećuje sa svojinom, a nerjetko i sa pojmom stvari, koncept imovine je daleko širi i ne može se svesti samo na pravo svojine. Kako navodi prof. Vodinelić, imovina „...predstavlja neki širi ili uži skup, neku grupaciju prava i obaveza odn. imovinskih prava ili prava i obaveza u okviru sveukupnosti prava i obaveza“ (Vodinelić, 2012: 272). Za razliku od imovine, pravo svojine je jedno od nekoliko stvarnih prava, iz koga, istina, proizlazi najviša pravna i faktička vlast na stvari (držanje, korišćenje, odnosno upotreba i raspolaganje), ali imovina je ipak *genus proximum*, institut koji je po svom sadržaju širi od pojma svojine.

23 Odluka br. U-9/19; Odluka br. U-16/20, *Službeni glasnik BiH*, 49/21.

Nadalje, govoriti o „državnoj imovini“ kao posebnom pravnom konceptu, različitom od građanskopravne privatne svojine, rezon je protivan zakonu koji reguliše materiju stvarnih prava (ZSP), a koji pravo svojine normira po principu jednovrsnosti. Pravo svojine se ne može dijeliti po ovlašćenjima između različitih subjekata, kao što je to bilo u feudalizmu, jer, samo je jedna vrsta prava svojine, bez obzira o kojem se nosiocu prava radi (čl. 3, st. 2 ZSP). Zakon o stvarnim pravima predviđa i to da RS, jedinica lokalne samouprave, javno preduzeće, javna ustanova i druge javne službe koje su nosioci prava svojine javnog prava imaju kao vlasnici u pravnim odnosima isti položaj kao i drugi vlasnici, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno (čl. 22, st. 1 ZSP). Načelno govoreći, za sadržaj prava svojine je sasvim irelevantno ko je nosilac prava, jer je samo jedna vrsta prava svojine i bilo koji titular (subjekat javnog ili privatnog prava) ima ista ovlašćenja.

U gorenavedenoj odluci, Ustavni sud pogrešno definiše i pojam javnog dobra, pod koji podvodi morsku vodu i morsko dno, riječnu vodu i riječna korita, jezera, planine i druga prirodna bogatstva, javnu saobraćajnu mrežu, saobraćajnu infrastrukturu itd. Evidentno je da sud pod isti pravni režim stavlja opšta i javna dobra, ne praveći suštinsku razliku između njih. Uzevši u obzir pojašnjenja iz prvog dijela ovog rada, opšta dobra ne mogu biti predmet prava svojine, pa je nejasno na osnovu čega Ustavni sud tvrdi da je voda u morama, rijekama, jezerima svojina države, odnosno „državna imovina“.

Svu nelogičnost sudske prakse potkrijepićemo sa još dva stava koje je zauzeo Ustavni sud: 1) rješavajući spor u vezi sa odlukama o koncijama u pogledu koncesionog dobra i nadležnosti za njihovo donošenje, sud u predmetu U-16/20, u t. 31 obrazloženja odluke, izričito navodi da ne postoji zakon koji je donesen na nivou BiH kojim bi bilo regulisano pitanje statusa „državne imovine“ („...u vezi sa statusom državne imovine, u kojima nije donesen zakon na nivou Bosne i Hercegovine kojim bi bilo regulisano pitanje statusa državne imovine...“) i 2) u predmetu U-1/11, t. 63 obrazloženja sud konstatuje: „Mada Ustav Bosne i Hercegovine dijeli nadležnosti između države i entiteta, on ne sadrži niti jednu odredbu koja se odnosi na državnu imovinu“. Na osnovu citiranih sentenci, jasno proističe da je institut „državna imovina“ neustavan i nezakonit, da ne postoji niti jedan pozitivni propis koji definiše pojam i/ili precizira sadržaj pojma „državna imovina“, da je to izmišljena konstrukcija čiji je kreator sam Ustavni sud, a ne ustavotvorac niti zakonodavac, te da ne može biti dio pozitivnog zakonodavstva BiH (entiteta i Brčko Distrikta BiH). Načelno govoreći, u evropsko-kontinentalnom pravnom sistemu

sudska praksa predstavlja primjenu a ne stvaranje pravnih normi, te stoga nije formalan izvor prava (sudovi sude na osnovu Ustava i zakona, čl. 121, st. 2 Ustava RS). Iako je primjetna tendencija da i u evropsko- kontinentalnom pravnom sistemu sudovi sve više imaju kreativističku ulogu, ipak naglašavamo da je Ustavni sud u ovom slučaju izašao van kreativističkih okvira i stavio se u funkciju zakonotvorca, što je svakako neprihvatljivo sa pravnog aspekta.

6. Koncesije u praksi Ustavnog suda

Referišući se na zaključke izvedene u prethodnom dijelu rada [ne postoji zakon koji je donesen na nivou BiH kojim bi bilo regulisano pitanje statusa „državne imovine“, kao i to da su vode opšta dobra (a ne javna dobra, po tvrdnjama Ustavnog suda)], detaljnije ćemo se pozabaviti pitanjem koncesija u praksi Ustavnog suda na primjeru predmeta U-16/20.

Navodni spor u vezi nadležnosti između BiH i RS za donošenje odluka o koncesijama u pogledu koncesionog dobra, nastao je povodom Odluke o utvrđivanju uslova za dodjelu koncesije putem pregovaračkog postupka za izgradnju i korišćenje tri HE: „Buk Bijela“, „Foča“, te „Paunci“, na rijeci Drini, opština Foča.²⁴ Podnosioci zahtjeva (24 člana Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH), naveli su da se spor odnosi na pitanje ustavnopravne obaveze entitetskih vlasti da poštuju Ustav BiH i podjelu nadležnosti između države i entiteta, te su se pozvali na odluke Ustavnog suda²⁵ u kojima je zauzet stav da entiteti nemaju pravo upravljanja i raspolaganja državnom imovinom, a što uključuje

24 Odluka o utvrđivanju uslova za dodjelu koncesije putem pregovaračkog postupka za izgradnju i korišćenje HE „Buk Bijela“ na rijeci Drini, opština Foča, br. 04/1-012-2-472/16 od 4. marta 2016, *Sl. glasnik RS*, 20/16, Rješenje o dodjeli koncesije za izgradnju i korišćenje HE „Buk Bijela“ na rijeci Drini, opština Foča, br. 04/1-012-2-1099/16 od 20. maja 2016, *Sl. glasnik RS*, 42/16 i Ugovor o koncesiji broj 05.05/012-274-16/16 od

3. juna 2016; Odluka o utvrđivanju uslova za dodjelu koncesije putem pregovaračkog postupka za izgradnju i korišćenje HE „Foča“ na rijeci Drini br. 04/1-012-2-81/19 od 10. januara 2019, *Sl. glasnik RS*, 4/19, Rješenje o dodjeli koncesije za izgradnju i korišćenje HE „Foča“ na rijeci Drini br. 04/1-0122-221/19 od 24. januara 2019, *Sl. glasnik RS*, 9/19 i Ugovor o koncesiji br. 05.05/360-2-24/19 od 19. februara 2019; Odluka o utvrđivanju uslova za dodjelu koncesije putem pregovaračkog postupka za izgradnju i korišćenje HE „Paunci“ na rijeci Drini broj 04/1-012-2-80/19 od 10. januara 2019, *Sl. glasnik RS*, 4/19, Rješenje o dodjeli koncesije za izgradnju i korišćenje HE „Paunci“ na rijeci Drini br. 04/1-012-2-214/19 od 24. januara 2019, *Sl. glasnik RS*, 9/19 i Ugovor o koncesiji br. 05.05/360-2-22/19 od 19. februara 2019. (dalje: osporeni akti).

25 Vidi npr. odluku u predmetu U-9/19.

i uspostavljanje koncesije na državnoj imovini. Dalje navode „*kako se vidi iz spornih odluka, rješenja i ugovora, vlasti entiteta RS dodjeljuju koncesiju za korišćenje vodnih potencijala rijeke Drine bez obzira na to što ti potencijali, prema dosadašnjim stavovima Ustavnog suda BiH, čine državnu imovinu... Ustavni sud BiH je utvrdio i da pravo raspolaganja državnom imovinom, pa i ovdje spornim vodnim potencijalima rijeke Drine, sve do donošenja zakona o statusu državne imovine na nivou BiH ima isključivo država BiH*“. Dakle, u konkretnom slučaju podnosioci zahtjeva tvrde da postoji spor između BiH i RS koji je nastao donošenjem osporenih akata od strane RS, za koji RS navodno nije nadležana jer se radi o dodjeli koncesija na koncesionom dobru koje je „državna imovina“, te je shodno tome nadležna vlast na nivou BiH, a ne na nivou entiteta. Podnosioci zahtjeva su predložili da Ustavni sud usvoji njihov zahtjev, utvrdi da su osporeni akti neustavni, da ih stavi van snage, kao i da obaveže Vladu RS da poništiti sve supsidijarne odluke i aktivnosti koje su zasnovane na osporenim aktima. Takođe, predloženo je da Ustavni sud donese privremenu mjeru kojom bi se obustavila primjena osporenih odluka.

Primjećujemo da je u ovom zahtjevu sporno nekoliko hipoteza. Kao prvo, Zakon o koncesijama BiH²⁶ ne normira ko je ovlašteni subjekt za pokretanje spora iz nadležnosti Komisije za koncesije, kao ni način pokretanja istog, što potvrđuje i sud u t. 32 obrazloženja odluke kada navodi da „*Ustavni sud primjećuje da Zakon o koncesijama Bosne i Hercegovine ne sadrži posebne odredbe kojima bi se utvrdio način i ovlašćeni subjekat za pokretanje spora iz nadležnosti Komisije za koncesije Bosne i Hercegovine u svojstvu Zajedničke komisije za koncesije. Dakle, postoji pravna praznina koju Ustavni sud mora, shodno tome, popuniti*“. Dakle, iako ZoK BiH ne normira ko je ovlašteni subjekt za pokretanje spora iz nadležnosti Komisije za koncesije BiH (u svojstvu Zajedničke komisije za koncesije), niti način pokretanja istog, Ustavni sud se upušta u raspravljanje ovog pitanja, popunjavajući pravne praznine u pozitivnim aktima. U nadležnosti Ustavnog suda je da tumači zakonodavna rješenja i identifikuje pravne praznine, ali njegova primarna funkcija nije da „popunjava“ te praznine u smislu kreiranja nove norme. Smatramo da bi na ovom mjestu bilo primjerenije da je kroz svoje odluke Ustavni sud ukazao na potrebu za takvim promjenama. Pravo i dužnost kreiranja i mijenjanja zakona leži isključivo na zakonodavnoj vlasti.

Drugo, Ustavni sud nije nadležan da odlučuje o sporu o koncesijama jer je, kako je to i u odgovoru na zahtjev navedeno, „...*dodjela koncesija inicijalno*

26 Zakon o koncesijama BiH (ZoK BiH), *Sl. glasnik BiH*, 32/02 i 56/04.

i primarno uređena zakonima, a sekundarno i derivativno podzakonskim aktima. Zakonodavna nadležnost u regulisanju koncesija podijeljena je između Bosne i Hercegovine i entiteta. (...) U skladu s tim, koncesije su zakonski uređene Zakonom o koncesijama Bosne i Hercegovine, Zakonom o koncesijama Republike Srpske, Zakonom o koncesijama Federacije BiH, zakonima o koncesijama kantona u Federaciji BiH". Zakonom o koncesijama BiH, uređen je način rješavanja spora koji potencijalno nastane između BiH i/ili RS prilikom dodjele koncesije na koncesionim dobrima (čl. 4, st. 3). Dakle, spor između BiH i RS svodi na pitanje da li je BiH isključivo nadležna za dodjelu koncesija na svim prirodnim resursima u BiH koja se mogu staviti u funkciju koncesionog dobra. Smatramo da ovakav stav nema uporište ni u Ustavu BiH, a ni u zakonima kojima je regulisana oblast koncesija, jer koncesiono dobro u konkretnom slučaju nije „državna imovina“, u smislu odluka Ustavnog suda (t. 12 obrazloženja odluke).

I treće, pitanje nadležnosti za regulisanje statusa „državne imovine“ ne može se prelijevati na pitanja nadležnosti za dodjelu koncesija. Ove dvije oblasti imaju različite pravne osnove i ne bi trebalo da se prepliću. Nadležnost za dodjelu koncesija regulisana je zakonima na državnom i entitetskom nivou, a u skladu sa podjelom nadležnosti koja proizlazi iz Ustava BiH. S druge strane, ne postoji zakonski okvir koji reguliše pitanje „državne imovine“, već samo nekonzistentno tumačenje i praksa Ustavnog suda, koja nije izvor prava.

U zaključku Djelimične odluke o dopustivosti i meritumu, Ustavni sud je ostavio odgovarajući rok za rješavanje spora od najduže tri mjeseca od dana dostavljanja odluke Komisiji za koncesije BiH, u svojstvu Zajedničke komisije za koncesije. Uvidom u Rješenje od 3. decembra 2021. i Rješenje od 19. januara 2023, jasno proizilazi da Komisija za koncesije BiH, u svojstvu Zajedničke komisije za koncesije još uvijek nije izvršila Djelimičnu odluku Ustavnog suda BiH br. U-16/20 od 16. jula 2021, te ovo pitanje i dalje stoji otvoreno pred pravosudnim organima.

7. Zaključak

Vode predstavljaju prirodno bogatstvo koje ima neprocenjiv značaj za opstanak i razvoj društva. Pod posebnom zaštitom RS, ovi resursi su ne samo ekološki važni, već takođe i ekonomski, kulturno i socijalno. Zakon o koncesijama u RS detaljno definiše uslove i okvire u kojima privatni i javni sektor mogu koristiti ove resurse. Kroz dodjelu koncesija, dozvoljeno je korišćenje i upravljanje vodama uz odgovarajuću

naknadu, ali i uz striktno uslove koji obezbeđuju održivost i dugoročnu zaštitu vodenih resursa.

Na globalnom nivou, koncesije predstavljaju sredstvo koje doprinosi različitim ciljevima: od unapređenja kvaliteta vode i zaštite ekosistema, do razvoja infrastrukture i stimulisanja investicija u vodoprivredne projekte. One takođe igraju važnu ulogu u mobilisanju privatnog kapitala za finansiranje velikih projekata koji bi bili finansijski nepristupačni za javni sektor sam po sebi. Da bi se izbjegli negativni aspekti korišćena ovog modela projektnog finansiranja infrastrukturnih projekata, neophodno je osigurati zakonitost i transparentnost u postupku dodjele koncesija. Jednako važno je i da se pravosudni organi prilikom donošenja odluka kreću u okvirima nadležnosti koje su uspostavljene, ne samo između tri grane vlasti već i između pojedinih nivoa vlasti u BiH. Iz navedenih primjera vidjeli smo da Ustavni sud u pojedinim odlukama negira osnovne postulate stvarnopravnog uređenja RS i BiH. Ustavni sud je dopustio sebi da preuzme ulogu zakonodavca: kao prvo, normirajući institut „državna imovina“ koji ne postoji u pozitivnim propisima RS i BiH i drugo, tretirajući „državnu imovinu“ kao poseban oblik prava svojine, koja ima specijalan pravni status. Nadalje, Ustavni sud pod isti pravni režim stavlja opšta i javna dobra, ne praveći suštinsku razliku između njih. Kako opšta dobra ne mogu biti predmet prava svojine, nejasno nam je na osnovu kojih pravnih činjenica Ustavni sud tvrdi da je voda u morima, rijekama, jezerima svojina države, odnosno „državna imovina“. Problematično je i to što su odluke u vezi regulisanje statusa „državne imovine“ direktno uticale na pitanja nadležnosti za dodjelu koncesija. Takve odluke mogu da imaju značajne pravne i metappravne konsekvence na funkcionisanje cjelokupnog sistema u RS i BiH.

Literatura / References

Babić, I. Medić, D. Hašić, E. Povlakić, M. Velić, L. (2011). *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*. Sarajevo: Privredna štampa.

Babić, I. Jotanović, R. (2020). *Građansko pravo, Knjiga 2 – Stvarno pravo*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.

Borojević, K. (2015). Postupak dodjela koncesija prema Zakonu o koncesijama Republike Srpske. *Zbornik radova Pravnoг fakulteta u Nišu*. 69(LIV). 295–311.

- Vassileva, A. Ignjatijević S. (2020). BOT (build-operate transfer) projects as a successful model of public-private partnership. *Revizor*. 23(91–92). 23–36.
- Vodinić, V. V. (2012). *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Divljak, D. (2006). BOT model projektnog finansiranja infrastrukture. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 3. 275–288.
- Đurđev, D. (2004). Koncesije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 2(XXXVIII). 389–409.
- Jotanović, R. (2015). Posebno pravno regulisanje za određene vrste stvari u pravu Republike Srpske. *Pravna riječ*. 43(XII). 187–207.
- Gavella, N. (2012). Građansko pravo i posebna pravna uređenja za određene vrste dobara. *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Zagrebu*. 62(5–6). 1445–1490.
- Radić, D. (2021). *Pravno uređenje prirodnih resursa u Republici Srpskoj*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.
- Ustav Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, br. 21/1992 – prečišćen tekst, 28/1994 – Amandmani XXVI-XLIII, 8/1996 – Amandmani XLIV-LI, 13/1996 – Amandman LII, 15/1996 – ispr., 16/1996 – Amandman LIII, 21/1996 – Amandmani XLIV-LI, 21/2002 – Amandmani LIV-LXV, 26/2002 – ispr., 30/2002 – ispr., 31/2002 – Amandmani XCIII-XCVIII, 69/2002 – Amandmani XCIX-CIII, 31/2003 – Amandmani CIV i CV, 98/2003 – Amandmani CVI-CXII, 115/2005 – Amandman CXIV, 117/2005 – Amandmani CXV-CXXI i 48/2011 – Amandman CXXII i *Sl. glasnik BiH*, br. 73/2019 – odluka US BiH.
- Zakon o koncesijama, *Sl. glasnik RS*, br. 59/13, 16/18, 70/20 i 111/21. Zakon o koncesijama BiH, *Sl. glasnik BiH*, 32/02 i 56/04.
- Zakon o stvarnim pravima, *Sl. glasnik RS*, br. 124/2008, 3/2009 – ispr., 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016 – odluka US, 107/2019, 1/2021 – odluka US i 119/2021 – odluka US.
- Zakon o vodama, *Sl. glasnik RS*, 50/06, 92/09, 121/12 i 74/17.
- Zakon o rudarstvu, *Sl. glasnik RS*, 62/18.
- Zakon o lovstvu, *Sl. glasnik RS*, 60/09 i 50/13.
- Zakon o javno-privatnom partnerstvu u Republici Srpskoj, *Sl. glasnik RS*, 59/09, 63/11 i 68/20.
- Zakon o stvarnim pravima, *Službene novine FBiH*, 66/13, 100/13 i 32/19 – odluka US.

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik Brčko Distrikta BiH*, 11/01, 8/03, 40/04, 19/07, 26/21 i 44/22.

Ustav BiH. Preuzeto 23. 2. 2023. [https:// www.paragraf.ba/propisi/bih/ustav-bosne-i-hercegovine.html](https://www.paragraf.ba/propisi/bih/ustav-bosne-i-hercegovine.html).

Analiza ekonomske opravdanosti koncesionih naknada i podsticaja za male hidroelektrane na teritoriji Bosne i Hercegovine. Preuzeto 16. 2. 2023. [https:// czzs.org/wp-content/uploads/2018/11/Analiza-MHE1.pdf](https://czzs.org/wp-content/uploads/2018/11/Analiza-MHE1.pdf).

Dokument o politici dodjele koncesija. Preuzeto 13. 2. 2023. [https:// kon- cesijers.org/wp-content/uploads/2019/06/Politika_dodjela-Cir.pdf](https://koncesijers.org/wp-content/uploads/2019/06/Politika_dodjela-Cir.pdf).

Rješenje o produženju preliminarnog prava na podsticaj za proizvodnju električne energije – MHE „Samar“. Preuzeto 15. 2. 2023. [https:// reers.ba/ wp-content/uploads/2021/11/Rjesenje-o-produzenju-preliminarnog-prava-na-podsticaj-za-proizvodnju-elektricne-energije-MHE-Samar-cirilica-1.pdf](https://reers.ba/wp-content/uploads/2021/11/Rjesenje-o-produzenju-preliminarnog-prava-na-podsticaj-za-proizvodnju-elektricne-energije-MHE-Samar-cirilica-1.pdf).

Zabrana izgradnje malih hidroelektrana na Zapadnom Balkanu – Usporedna analiza moratorijuma i zabrane izgradnje malih hidroelektrana u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Srbiji. Preuzeto 7. 2. 2023. [https:// www.eri.org.rs/wp-content/uploads/2022/01/Usporedna-analiza-moratorijuma-i-zabrane-izgradnje-malih-hidroelektrana-u-Bosni-i-Hercegovini-Crnoj-Gori-i-Srbiji.pdf](https://www.eri.org.rs/wp-content/uploads/2022/01/Usporedna-analiza-moratorijuma-i-zabrane-izgradnje-malih-hidroelektrana-u-Bosni-i-Hercegovini-Crnoj-Gori-i-Srbiji.pdf).

Report of the United Nations Water Conference. Preuzeto 30. 3. 2022. [https:// www.ielrc.org/content/e7701.pdf](https://www.ielrc.org/content/e7701.pdf).

Odluka Ustavnog suda BiH, br. U-1/11, *Službeni glasnik BiH*, 73/12. Odluka

Ustavnog suda BiH, br. U-9/19, *Službeni glasnik BiH*, 16/20. Odluka Ustavnog suda BiH, br. U-16/20, *Službeni glasnik BiH*, 49/21.

Odluka o utvrđivanju uslova za dodjelu koncesije putem pregovaračkog postupka za izgradnju i korišćenje HE „Buk Bijela“ na rijeci Drini, opština Foča, br. 04/1-012-2-472/16 od 4. marta 2016, *Sl. glasnik RS*, 20/16.

Odluka o utvrđivanju uslova za dodjelu koncesije putem pregovaračkog postupka za izgradnju i korišćenje HE „Foča“ na rijeci Drini br. 04/1-012-2-81/19 od 10. januara 2019, *Sl. glasnik RS*, 4/19.

Odluka o utvrđivanju uslova za dodjelu koncesije putem pregovaračkog postupka za izgradnju i korišćenje HE „Paunci“ na rijeci Drini broj 04/1-012-2-80/19 od 10. januara 2019, *Sl. glasnik RS*, 4/19.

Rješenje o dodjeli koncesije za izgradnju i korišćenje HE „Buk Bijela“ na rijeci Drini, opština Foča, br. 04/1-012-2-1099/16 od 20. maja 2016, *Sl. glasnik RS*, 42/16.

Rješenje o dodjeli koncesije za izgradnju i korišćenje HE „Foča“ na rijeci Drini br. 04/1-0122-221/19 od 24. januara 2019, *Sl. glasnik RS*, 9/19.

Rješenje o dodjeli koncesije za izgradnju i korišćenje HE „Paunci“ na rijeci Drini br. 04/1-012-2-214/19 od 24. januara 2019, *Sl. glasnik RS*, 9/19.

Ugovor o koncesiji br. 05.05/012-274-16/16 od 3. juna 2016. Ugovor

o koncesiji br. 05.05/360-2-24/19 od 19. februara 2019. Ugovor o

koncesiji br. 05.05/360-2-22/19 od 19. februara 2019.

*Bosiljka Čubrilović Stamenić,
Senior Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Banja Luka
Republika Srpska*

**WATER USAGE UNDER THE CONCESSION MODEL
IN THE LAW OF REPUBLIKA SRPSKA**

Summary

The author's interest in water usage under the concession model envisaged in the domestic legislation of Republika Srpska was sparked by the Decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in Case No. U-16/20. The analysis of this decision has paved the way for broader reflection, leading to further research which resulted in the creation of this article. Methodologically, the paper is rooted in the normative analysis of the Concessions Act and the Real Rights Act, the latter being the primary legislative act when discussing real property institutions in Republika Srpska. While the initial segment of this article addresses the specific legal regulation of certain kinds of properties and delineates the concepts of water, water assets, and water entities as subjects of property rights, the main focus is on pertinent issues related to water as the subject matter of concession. The scope of concession can encompass a vast array of economic activities. In the context of water, it typically pertains to the utilization of public water assets (e.g., water for technological processes in economic activities, water and waterfronts for hydro reservoirs, swimming pools, ponds, waterfronts for conducting certain economic tasks, and extraction of materials from waterways). Furthermore, the energy potential of water can be tapped when the objective of concession is the construction and operation of energy plants, which stand as one of the paramount economic facets of water utilization. The concluding section delves into the Constitutional Court's practices regarding the concession institution, as well as the notion of "state property" as an increasingly emphasized topic in domestic jurisprudence.

Keywords: *concession, water, Build-Operate-Transfer (BOT) model, "state property", public property.*

Ljubana Sladić,*
Viši asistent,

Pravni fakultet, Univerzitet u Istočnom Sarajevu Republika
Srpska

UDK: 343.272:629.331](491.6)
UDK: 343.232:347.952.4](491.6)
Rad primljen: 17.05.2023.
Rad prihvaćen: 22.08.2023.

ODUZIMANJE VOZILA U PREKRŠAJNOM PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Apstrakt: Oduzimanje predmeta predstavlja jednu od zaštitnih mjera predviđenu normama prekršajnog prava, a njome se mogu oduzeti predmeti upotrijebljeni za izvršenje prekršaja, oni koji su namijenjeni za izvršenje prekršaja kao i oni koji su nastali izvršenjem prekršaja. Autor rada analizira ovu zaštitnu mjeru iz ugla prava svojine lica kome je izrečena ova zaštitna mjera, posebno uvažavajući i ističući kriterijume Evropskog suda za ljudska prava u svojoj praksi, a koje prihvataju i ustavni sudovi država u regionu. Predmet oduzimanja ove zaštitne mjere može biti i vozilo, s tim što u oblasti saobraćajnih prekršaja ova mjera poprima osobine svojevrzne kazne, što autor posebno analizira u ovom radu.

Ključne riječi: oduzimanje predmeta, prekršaji, pravo svojine, vozilo, saobraćajni prekršaji.

* ljubana.sladic@pravni.ues.rs.ba

1. Uvod

Načelno, pravni sistem svojim normama štiti ljudska prava i slobode, ali postoje situacije u kojima se, zarad ostvarivanja nekih drugih ciljeva, takva prava i slobode građanima ograničavaju ili oduzimaju. Jedno od takvih prava, pravo svojine, odnosno pravo na imovinu, garantuje se i štiti normama međunarodnog i unutrašnjeg prava, ali se istovremeno tim istim normama može i ograničiti.

U ovom radu, pažnja će se usmjeriti na slučajeve kada prekršajno pravo svojim normama utiče na ostvarivanje prava svojine i to zaštitnom mjerom oduzimanja predmeta, čijom se primjenom titular prava svojine može u potpunosti lišiti tog prava na određenom predmetu, privremeno ili trajno. Na koji način i pod kojim uslovima je to moguće, kakva je osobenost vozila kao oduzimanja predmeta kao i kakva je pravna priroda oduzimanja vozila za učinjeni saobraćajni prekršaj u sudskoj praksi Republike Srpske, pitanja su na koja će se dati odgovor u nastavku rada.

2. Oduzimanje predmeta

Oduzimanje predmeta predstavlja jednu od zaštitnih mjera koju predviđa sistem prekršajnih sankcija Republike Srpske. U pitanju je jedina mjera stvarnog karaktera (Pavlović, 2013: 93). Za razliku od takve pozitivnopravne klasifikacije, u uporednom pravu nailazimo i na kaznu oduzimanja predmeta, kao što je u pravu Njemačke, Hrvatske i Švajcarske ili na istoimenu mjeru *sui generis*, poput prava Bugarske i Francuske (Jovašević, 2016, 82–85). Ovom zaštitnom mjerom mogu se oduzeti predmeti koji su upotrijebljeni ili su bili namijenjeni za izvršenje prekršaja, ali iz nekog razloga ipak nisu upotrijebljeni kao i predmeti koji su nastali izvršenjem prekršaja, ako su svojina okrivljenog lica. Međutim, imajući u vidu da pripremne radnje kao stadijum u ostvarenju djela nisu kažnjive u prekršajnom pravu, ne bi bilo opravdano oduzimanje predmeta koji su bili namijenjeni za izvršenje prekršaja, ali nisu upotrijebljeni (Vuković, 2021: 106).

Pored uslova da se radi o predmetima koji su upotrijebljeni za izvršenje prekršaja ili su nastali izvršenjem prekršaja, potrebno je da se predmet nalazi i u svojini okrivljenog lica.¹ Međutim, ovi predmeti mogu se oduzeti i onda kada se ne nalaze u svojini okrivljenog lica, ukoliko to nalažu interesi opšte bezbjednosti, čuvanja života i zdravlja ljudi,

1 Čl. 61, st. 1 Zakona o prekršajima, *Sl. glasnik Republike Srpske*, br. 63/14, 36/15 – odluka US, 110/16, 100/17, 19/21 – odluka US.

sigurnost robnog prometa ili razlozi javnog morala, kao i u drugim slučajevima predviđenim zakonom.²

U praksi, navedeni predmeti se najčešće privremeno oduzimaju prilikom otkrivanja prekršaja ili tokom sprovođenja nekih dokaznih radnji (poput pretresanja prostorija i lica) za potrebe prekršajnog postupka, od strane policijskih službenika, a u skladu sa ovlašćenjima koja oni imaju na osnovu Zakona o krivičnom postupku³ i Zakona o policiji i unutrašnjim poslovima. Faktički, organi unutrašnjih poslova mogu da biraju da li će predmet privremeno oduzeti prema odredbama jednog ili drugog zakonskog propisa, što predstavlja „normativni dualitet“ (Martinović, Parenta, 2021: 394). Licu od koga se predmet privremeno oduzima izdaje se potvrda o privremenom oduzimanju, a o privremeno oduzetim stvarima policijski organi vode posebnu evidenciju. U teoriji se postavlja pitanje može li se potvrda o privremenom oduzimanju predmeta uopšte pobijati nekim pravnim sredstvima. Suštinski, pravo ulaganja žalbe ili prigovora kao uobičajenih redovnih pravnih lijekova, to lice nema, ali bi se moglo neformalnim podneskom u vidu molbe ili dopisa obratiti nadležnom organu koji je vršio privremeno oduzimanje ili pak organu više instance, tražeći da se donese drugačija odluka o privremeno oduzetom predmetu. (Martinović, Parenta, 2021: 383). Specifičnost ove mjere ogleda se u mogućnosti njenog izricanja i u slučaju da se postupak ne okončava odlukom kojom se okrivljeni oglašava odgovornim, pod uslovom da je oduzimanje opravdano interesima opšte bezbjednosti ili razlozima morala ili u drugim slučajevima predviđenim posebnim zakonom. U ovom slučaju, sud donosi posebno rješenje, na koje okrivljeni može uložiti žalbu u roku od osam dana od dana prijema.⁴

Takođe, zakonodavac za zaštitnu mjeru oduzimanja predmeta ne zahtjeva ni postojanje opasnosti da će predmet biti ponovo upotrijebljen za izvršenje djela. Dovoljno je samo da se radi o predmetima koji su upotrijebljeni ili su nastali izvršenjem prekršaja i da se isti nalaze u svojini okrivljenog, a pod prethodno pomenutim uslovima mogu se oduzeti i ukoliko se ne nalaze u njegovoj svojini. Ipak, postoje shvatanja da je svrha izricanja ove zaštitne mjere otklanjanje opasnosti od ponovnog vršenja prekršaja (Bejatović, 2018: 89). U krivičnom pravu pak smisao primjene ove mjere ogleda se u tome da se oduzimanjem predmeta otklone uslovi koji mogu uticati na učinioca da ponovo izvrši krivično djelo (Drakić, 2005:

2 *Ibid.* čl. 61, st. 2.

3 Pretresanje stana, prostorija i lica u prekršajnom postupku se sprovodi uz shodnu primjenu odredaba Zakona o krivičnom postupku. *Ibid.*, čl. 105, st. 3.

4 Čl. 61, st. 6 Zakona o prekršajima.

127). Da uslov opasnosti ipak nije neophodan za oduzimanje predmeta, potvrđuje i odredba kojom sud može, na prijedlog ovlašćenog podnosioca zahtjeva, izreći mjeru naplate novčane protivvrijednosti predmeta ukoliko okrivljeni uništi ili otuđi predmete prekršaja prije ili u toku postupka ili se predmeti ne mogu obezbijediti. Iako zakonodavac ne precizira na koji način će se odrediti novčana protivvrijednost, u literaturi se ističe da bi to trebala biti vrijednost koja odgovara tržišnoj vrijednosti tog predmeta u vrijeme donošenja odluke kojom se okončava prekršajni postupak (Vuković, 2021: 106).

Izričući ovu zaštitnu mjeru, sud može odlučiti da li će se predmeti uništiti, predati odgovarajućem ovlašćenom organu ili prodati, u kom slučaju novac dobijen prodajom pripada budžetu Republike Srpske ili jedinice lokalne samouprave. Ukoliko pak odlukom o oduzimanju nisu obuhvaćeni svi predmeti koji su prethodno privremeno oduzeti, sudskom odlukom se određuje njihovo vraćanje vlasniku (Vuković, 2021: 194).

Zaštitna mjera oduzimanje predmeta može se izreći i neposredno na osnovu Zakona o prekršajima, a može i drugim propisom biti predviđeno njeno obavezno ili fakultativno izricanje.⁵ U slučaju da oduzimanje predmeta nije predviđeno kao obavezno, sud je dužan detaljno obrazložiti u odluci zašto smatra da je potrebno izvršiti oduzimanje predmeta na kojem pravo svojine ima treće lice koje nije učesnik u postupku, rukovodeći se razlozima opšte sigurnosti i morala, kako ne bi došlo do povrede prava na imovinu trećeg lica (*Bilten sudske prakse Suda BiH*, 2018: 42). Ovu zaštitnu mjeru treba razlikovati od privremenog oduzimanja predmeta kao dokaza u prekršajnom postupku ili oduzimanja predmeta radi obezbjeđenja eventualnog potraživanja (Lj. Mitrović, 2014: 106).

3. Pravo svojine i oduzimanje predmeta

Pravo svojine je stvarno pravo koje vlasniku daje ovlašćenje da slobodno i po svojoj volji stvar drži, koristi i njome raspolaze.⁶ Na osnovu navedenog, zaključuje se da pravo svojine obuhvata državinu odnosno posjed stvari, pravo korišćenja ili upotrebe stvari kao i pravo raspolaganja. Pravo svojine i druga stvarna prava mogu se ograničiti ili oduzeti protiv vlasnikove volje samo u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom, u skladu sa principima međunarodnog prava.⁷

5 Tako Zakon o oružju i municiji, *Sl. glasnik Republike Srpske*, br. 26/16, 18/17, 31/18, 58/19, predviđa oduzimanje predmeta za niz prekršaja.

6 Član 17 Zakona o stvarnim pravima, *Sl. glasnik Republike Srpske*, broj 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – odluka US, 107/19, 1/21 – odluka US, 119/21 – odluka US.

7 *Ibid.* čl. 2.

Ovo pravo predviđeno je i ustavom kao najvišim pravnim aktom, u kome se navodi kao pravo na imovinu, bez daljeg preciziranja sadržaja i eventualnog ograničenja ovog prava, ali se istim aktom posebno ističe da se prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini.⁸

U prvom Protokolu uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i sloboda, u članu 1 navodi se da svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine te da niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primjenjuje takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korištenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi osigurala naplaćivanje poreza, drugih doprinosa ili kazni.

Kao što je već prethodno istaknuto, za izricanje zaštitne mjere oduzimanja predmeta, potrebno je da se radi o predmetima koji su upotrijebljeni ili su nastali izvršenjem prekršaja te da se oni nalaze u svojini okrivljenog lica. Ukoliko dođe do oduzimanja predmeta, vlasnik stvari lišava se prava svojine nad tim predmetom odnosno lišava se prava da stvar drži, koristi i njome raspoláže. S tim u vezi, važno je istaći da se u gore pomenutom Protokolu govori o pravu države da primjenjuje zakone, kojima se predviđaju uslovi za ograničenje ili lišenje prava svojine, a koje smatra potrebnim da bi osigurala naplaćivanje poreza, drugih doprinosa ili kazni. U ovom međunarodnom dokumentu spominje se samo potreba naplaćivanja kazni kao jedan od mogućih razloga za ograničenje prava svojine odnosno prava na imovinu te bi se mogla dovesti u pitanje usaglašenost zakonske odredbe kojom je predviđena ova zaštitna mjera sa pomenutom odredbom prvog Protokola jer se, prema doslovnom tumačenju ove odredbe Protokola, pravo svojine može ograničiti samo radi naplaćivanja odnosno izvršenja kazni, a ne i drugih sankcija. Ipak, ova odredba se u praksi šire tumači pa se gore pomenuta ograničenja odnose i na druge sankcije, a ne samo na kazne.

Evropski sud za ljudska prava smatra da je, za utvrđivanje da li je došlo do povrede prava svojine u konkretnom slučaju, potrebno odgovoriti na tri pitanja i to: da li postoji posjed, da li je došlo do ometanja posjeda te da li je ometanje bilo opravdano? Da bi se ometanje smatralo

8 Čl. 2, st. 2 i 3 k). Ustav BiH. Preuzeto 4. 11. 2022. godine. https://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf.

opravdanim, potrebno je da je ometanje učinjeno u skladu sa zakonom, da postoji legitiman cilj i da mora biti srazmjerno cilju kojem se teži (Harland, Roche, Strauss, 2003: 330).

Tako je, u odluci Milosavljev protiv Srbije⁹ Sud istakao da se pravo na imovinu, predviđeno članom 1 Prvog protokola uz Konvenciju sastoji od tri pravila, pri čemu se prvo pravilo odnosi na mirno uživanje imovine, drugo pravilo predviđa lišavanje imovine pod određenim uslovima, a trećim pravilom priznaje se državama ugovornicama pravo da kontrolišu korišćenje imovine u skladu sa opštim interesom. Naime, podnosilac predstavke u ovom postupku tvrdio je da mu je povrijeđeno pravo na imovinu jer mu je bilo oduzeto vozilo odlukom Komisije za carinske prekršaje Carinarnice (koja je prema tada važećim propisima bila nadležna za vođenje postupka). Iako je prekršajni postupak bio obustavljen zbog nastupanja relativne zastarjelosti, donesena je odluka o oduzimanju vozila jer je Carinarnica stekla uvjerenje da je odnosno lice učinilo carinski prekršaj, koji se sastojao u tome da je izvršilo uvoz vozila koje se nije moglo uvesti u Republiku Srbiju, a da o tome nije obavijestilo nadležne organe.

Nakon što se utvrdilo da je predmet, odnosno u ovom slučaju, vozilo u svojini tog lica te da je oduzimanje istog predstavljalo miješanje u njegovo pravo na imovinu, ostaje da se utvrdi da li je izricanje te zaštitne mjere predstavljalo lišavanje imovine ili pak kontrolu upotrebe imovine. Sud je u ovom slučaju utvrdio da se miješanjem u ostvarivanje prava na imovinu, u skladu sa odredbama Carinskog zakona i Zakona o prekršajima, težilo ostvarenju legitimnog cilja u opštem interesu pa je preostalo još samo da se utvrdi i da li je postojao odnos srazmjernosti između sredstava koji su nadležni organi upotrijebili da bi se postigao taj cilj i zaštite prava lica na mirno uživanje imovine. Navodeći niz okolnosti, sud je došao do zaključka da je oduzimanje vozila u ovom slučaju ipak predstavljalo nesrazmjernu zaplenu te da je učiniocu prekršaja učinila prekomjerni teret, čime je došlo do povrede prava na imovinu iz člana 1 prvog Protokola uz Evropsku Konvenciju.

Problem oko eventualne povrede prava svojine još se više komplikuje ukoliko se radi o oduzimanju predmeta koje nisu u svojini okrivljenog. Zakonodavac dozvoljava da se predmeti upotrijebljeni za izvršenje prekršaja ili koji su nastali izvršenjem prekršaja oduzmu i kada nisu u svojini okrivljenog ukoliko to nalažu interesi opšte bezbjednosti,

9 Presuda Evropskog suda za ljudska prava, predstavka br. 15112/07, *Sl. glasnik Republike Srbije*, br. 61/12.

čuvanja života i zdravlja ljudi, sigurnost robnog prometa ili razlozi javnog morala. To znači da se treće lice može lišiti prava svojine nad pomenutim predmetima, a da možda nije ni znalo niti moglo znati da su njegovi predmeti, primjera radi, upotrijebljeni za izvršenje prekršaja.¹⁰ Dodatni problem predstavlja i praksa nadležnih organa prekršajnog postupka, prema kojoj ne pozivaju vlasnika predmeta (ukoliko on nije učinilac prekršaja) da uzme učešće u prekršajnom postupku. Međutim, zakonski tekst omogućava mu da ostvaruje pravo na naknadu štete od okrivljenog. Treća lica ne mogu isticati svojinski zahtjev u odnosu na oduzete predmete niti dobiti aktivnu legitimaciju u postupku koji se vodi protiv učinioca, ali zadržavaju pravo na isticanje obligacionog zahtjeva (*Stručno-metodološko uputstvo o oduzimanju predmeta u postupku inspeksijskog nadzora i prekršajnom postupku*, 32).

Tako je Ustavni sud Republike Hrvatske, svojom odlukom U-III-36100/2009 od 4. 11. 2014. godine utvrdio da je došlo do povrede prava svojine oduzimanjem vozila. U ovom postupku, sud je prvo utvrdio da je izricanjem zaštitne mjere došlo do oduzimanja imovine, ali da je to učinjeno kao sastavni dio postupka državne kontrole i u skladu sa odredbama Carinskog zakona, kao i da je imalo legitiman cilj jer je služilo sprečavanju nekontrolisanog ilegalnog uvoza vozila iz inostranstva sa falsifikovanim dokumentima. Potom je bilo potrebno utvrditi da li je postignuta razumna ravnoteža odnosno srazmjernost između zahtjeva opšteg interesa zajednice i zahtjeva zaštite prava svojine odnosno lica, pri čemu postizanje ove pravedne ravnoteže/srazmjernosti zavisi od nekoliko činilaca, uključujući ponašanje vlasnika imovine, kao i stepen propusta odnosno nepažnje koje je u konkretnom slučaju pokazao. Sud je zaključio da je oduzimanje vozila u konkretnom slučaju predstavljalo prekomjeran teret vlasniku jer mu vozilo nije vraćeno u posjed, a za njegovo oduzimanje nije ostvario naknadu štete iako je vozilo kupio u dobroj vjeri i nije ni učestvovao u nezakonitim aktivnostima jer je bio vlasnik odnosno vozila, ali ne i učinilac prekršaja.

10 U odluci br. AP 2180/17 od 19. 9. 2019. godine, Ustavni sud BiH je konstatovao da je u prvostepenom i drugostepenom postupku učinjena povreda prava na pravično suđenje trećeg lica kao vlasnika oduzetog vozila, za prekršaj koji je učinio okrivljeni jer treće lice kao vlasnik oduzetih stvari, sve do donošenja odluke o oduzimanju ne može ni znati da li će njegovi predmeti, koji su upotrijebljeni za izvršenje prekršaja ili su namijenjeni za izvršenje prekršaja, biti oduzeti niti može na bilo koji način predloženim dokazima da utiče na odluku suda kako bi zaštitilo svoju imovinu. Pošto je utvrdio da je povrijeđeno pravo na pravično suđenje, Sud je smatrao da nije potrebno odlučivati odnosno razmatrati navode o tome da li je učinjena povreda prava na imovinu, na koju se treće lice u svojoj apelaciji, takođe, pozivalo.

Zaštitna mjera oduzimanja predmeta može se odnositi ne samo na potpuno oduzimanje predmeta nego i djelimično. Do djelimičnog oduzimanja predmeta koji su upotrijebljeni ili su bili namijenjeni za izvršenje prekršaja ili koji su nastali izvršenjem prekršaja može doći ukoliko pobude ili druge okolnosti pod kojima je prekršaj učinjen ukazuju da nije opravdano da se predmet oduzme u cjelini.¹¹ Ovakva zakonska formulacija podrazumijeva da se tokom postupka od strane okrivljenog lica dostave dokazi o opravdanosti njegovog postupanja, a koje dokaze bi cijenio sud pri donošenju odluke o (djelimičnom) oduzimanju predmeta. Ukoliko sud utvrdi da je dokazana opravdanost postupanja okrivljenog u konkretnom slučaju, donijeće odluku o srazmjernom umanjenju iznosa koji se oduzima. Ako, ipak, takvi dokazi ne budu dostavljeni ili sud ocijeni da opravdanost nije dokazana, i pored dostavljenih dokaza, donijeće odluku o potpunom oduzimanju predmeta.¹² U praksi, djelimično oduzimanje odnosi se, najčešće, na novčani iznos, ali to mogu biti i druge djeljive stvari.

Positivno prekršajno pravo, kao što je već istaknuto, predviđa i to da, ukoliko se predmeti koji se trebaju oduzeti ovom zaštitnom mjerom unište ili otuđe prije ili u toku postupka ili se oni iz nekog razloga ne mogu obezbijediti, okrivljenom može biti naloženo da plati njihovu novčanu protivvrijednost. To dalje znači da, ukoliko u određenom roku postupi po odluci suda i isplati novčanu protivvrijednost pomenutih stvari, a oni se naknadno pronađu ili pojave, on na njima i dalje može ostvarivati pravo svojine u punom obimu.

4. Osobenost vozila kao predmeta oduzimanja

Zaštitna mjera oduzimanja predmeta može se odnositi i na vozilo ukoliko je ono upotrijebljeno za izvršenje prekršaja ili je bilo namijenjeno za izvršenje prekršaja¹³ i ukoliko se nalazi u svojini okrivljenog lica.

11 Čl. 61 Zakona o deviznom poslovanju, *Sl. glasnik Republike Srpske*, br. 96/03, 123/06, 92/09, 20/14, 20/18.

12 U odluci Ustavnog suda Republike Srbije, br. UŽ 8449/17 od 18. 6. 2020. godine, a u vezi sa deviznim prekršajem, za koje zakonodavac Srbije, kao i zakonodavac Republike Srpske, predviđa mogućnost djelimičnog oduzimanja predmeta, Sud je utvrdio da, ipak, potpuno oduzimanje predmeta prekršaja za okrivljenog ne predstavlja prekomjeran teret te da je „izrečena zaštitna mera, kao mera u cilju zaštite javnog interesa, srazmerna zaštiti prava podnosioca na mirno uživanje imovine“ te da mu u konkretnom slučaju nije povrijeđeno pravo na imovinu.

13 Ovdje ne spominjemo vozilo kao predmet nastao izvršenjem prekršaja jer teško možemo zamisliti prekršaj čijim izvršenjem može doći do nastanka vozila. Takođe, i pored toga što zakonski tekst predviđa mogućnost oduzimanja predmeta koji je

U praksi najviše nedoumica tiče se oduzimanja predmeta koji nije neposredno sredstvo izvršenja, ali je u nekoj vezi sa njim, poput motornih vozila (Vuković, 2021: 530).

Kao dokaz da se vozilo nalazi u svojini okrivljenog lica mogu nam poslužiti potvrda o registraciji ili eventualno neka druga dopunska dokumentacija, poput ugovora o kupoprodaji i slično. Imajući u vidu da se vozilo smatra predmetom koji se koristi svakodnevno za obavljanje različitih aktivnosti, a uz to, često ima i veliku tržišnu vrijednost, njegovo oduzimanje daleko teže pogađa učinioca prekršaja nego kazna ili neka druga sankcija.

Veoma je važno utvrditi da li se određeni predmet, tačnije vozilo, može podvesti pod pojam predmeta upotrijebljenog za izvršenje prekršaja. Predmeti upotrijebljeni za izvršenje djela odnosno prekršaja su ona sredstva kojima je ostvarena radnja djela ili je pak radnja djela sa tim sredstvom najbliže povezana. I pored ovog preciznog teorijskog određenja, u sudskoj praksi nailazi se na različita tumačenja i postupanja pa je tako u nekim slučajevima dolazilo do oduzimanja vozila koje je učiniocu služilo za transport i nedozvoljeni prelazak državne granice, ali ne i u slučaju kada je upotrijebljeno za prevoz droge, iz razloga što vozilo nije bilo posebno prepravljeno i prilagođeno prenosu te supstance (Vuković, 2021: 530).

U prekršajnom pravu nailazimo na nekoliko prekršaja za koje se izričito predviđa zaštitna mjera oduzimanje prevoznog sredstva. Tako u oblasti carinskih prekršaja, prevozno odnosno prenosno sredstvo biće oduzeto ukoliko je izgrađeno, prilagođeno, izmijenjeno ili podešeno na bilo koji način u svrhu skrivanja robe koja je predmet prekršaja,¹⁴ a za čiji je prevoz odnosno prenos iskorišteno. Prema ovoj zakonskoj odredbi, radi se o obaveznom oduzimanju prevoznog odnosno prenosnog sredstva koje je izgrađeno, prilagođeno, izmijenjeno ili podešeno na bilo koji način kako bi se sakrila roba koja je predmet određenih prekršaja, a za čiji je prevoz odnosno prenos u konkretnom slučaju bilo i upotrijebljeno. Nije neophodno ispunjenje bilo kakvog subjektivnog uslova koji se odnosi na

bio namijenjen za izvršenje prekršaja, zbog nekažnjivosti pripremljenih radnji, ne bi bilo opravdano oduzeti vozilo koje je bilo namijenjeno za izvršenje prekršaja.

14 Član 35 Zakona o carinskim prekršajima BiH, *Sl. glasnik BiH*, br. 28/22, a prekršaji na koje se odnosi oduzimanje su prekršaji iz čl. 4 – zabranjena roba i roba opasna po život, čl. 5 – opojna droga, oružje, municija ili eksploziv), čl. 6 – unos ili iznos robe izvan graničnog prelaza, čl. 7 – skrivena roba i čl. 8, st. 1, tačka a) – neprijavlivanje robe.

znanje vlasnika o tome da se prevozno sredstvo koristi za prevoz ili prenos robe.¹⁵

U sljedećoj zakonskoj odredbi, predviđeno je fakultativno izricanje zaštitne mjere oduzimanja prevoznog odnosno prenosnog sredstva koje je isključivo upotrijebljeno za prevoz odnosno prenos robe koja je predmet navedenih prekršaja. To znači da se može, ali i ne mora, oduzeti prevozno ili prenosno sredstvo koje je isključivo upotrijebljeno za prevoz odnosno prenos robe koja je predmet određenih prekršaja, pri čemu se ne radi o prevoznim sredstvima koja su posebno izgrađena, prilagođena, izmijenjena ili podešena za skrivanje robe.

Oduzimanje vozila predviđa se kao zaštitna mjera i za pojedine prekršaje iz oblasti Zakona o prevozu u drumskom saobraćaju.¹⁶ Tako, za prekršaj licu koje vrši prevoz, a ne ispunjava ili prestane da ispunjava opšte i posebne uslove za vršenje prevoza, može se izreći zaštitna mjera oduzimanja vozila, ukoliko je tim vozilom učinjen prekršaj u povratu.¹⁷ U ovom slučaju, radi se o fakultativnom izricanju zaštitne mjere oduzimanja vozila, pri čemu je neophodno da je prekršaj učinjen u povratu upravo tim vozilom. Sa druge strane, predviđeno je obavezno izricanje ove zaštitne mjere i to u vidu trajnog oduzimanja vozila za prekršaj licu koje vrši prevoz, koji je prema gore pomenutom zakonu, zabranjen.¹⁸ Kao i u prvom slučaju, za izricanje ove zaštitne mjere potrebno je da se radi o vozilu kojim je učinjen prekršaj u povratu, s tim da je ovdje, kao što je već prethodno istaknuto, riječ o obaveznom i trajnom oduzimanju vozila.

15 Za razliku od ovog rješenja, u Srbiji je Carinskim zakonom predviđeno obavezno oduzimanje prevoznog sredstva koje je korišćeno za prevoz robe koja je predmet prekršaja, ako vrijednost te robe prelazi jednu trećinu vrijednosti prevoznog sredstva, kada je vlasnik tog prevoznog sredstva znao ili mogao znati da će se ono koristiti za prevoz robe koja je predmet prekršaja. Čl. 272 Carinskog zakona, *Sl. glasnik Republike Srbije*, br. 95/18, 91/19, 144/20, 118/21, 138/22.

16 Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju, *Sl. glasnik Republike Srpske*, br. 47/17.

17 *Ibid.* čl. 65, st. 1, tač. 8. Opšti i posebni uslovi za vršenje prevoza predviđeni su članovima 6, 7, st. 1, 8, 9, 10. i 50, st. 3.

18 *Ibid.* čl. 65, st. 1, tač. 9. Zabranjenim prevozom smatra se prevoz predviđen članom 17, stav. 2 i 3.

5. Oduzimanje vozila zbog saobraćajnog prekršaja – kazna ili zaštitna mjera?

U prekršajnoj praksi Republike Srpske, oduzimanje vozila predstavlja specifičnu prekršajnu sankciju,¹⁹ koja se učiniocu saobraćajnog prekršaja može izreći prekršajnim nalogom od strane ovlašćenog organa ili se može izreći od strane suda, ukoliko je sudski postupak pokrenut na osnovu zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka ili zahtjeva za sudsko odlučivanje. Iako se nigdje u Zakonu o osnovima bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini²⁰ izricanje zaštitne mjere oduzimanja predmeta odnosno vozila ne predviđa ni kao obavezno ni kao fakultativno, u praksi se često predlaže izricanje zaštitne mjere u vidu oduzimanja vozila od strane ovlašćenog organa u inicijalnom aktu. Do izricanje ove zaštitne mjere, iako je previđena kao mogućnost, nije dolazilo ni u krivičnim postupcima koji su se vodili za teška krivična djela protiv bezbjednosti javnog saobraćaja, u kojima su posljedice upravljanja motornim vozilom u alkoholisanom stanju bile smrtne (Hadžić, 2017: 62). Prijedlogu za izricanje ove zaštitne mjere obično prethodi privremeno oduzimanje vozila, koje se čini pri otkrivanju prekršaja, pri čemu se licu od koga se vozilo privremeno oduzima o tome izdaje potvrda. On na tu potvrdu nema pravo žalbe niti bilo kakvog pravnog sredstva već mora sačekati da o sudbini njegovog vozila odluči sud u odluci kojom se okončava prekršajni postupak.

U zahtjevu za pokretanje prekršajnog postupka ili kasnije u toku postupka, ukoliko je po izdatom prekršajnom nalogu podnesen zahtjev za sudsko odlučivanje, ovlašćeni organ, uz prijedlog da se okrivljenom izrekne zaštitna mjera oduzimanje predmeta odnosno vozila, nekada ističe kao relevantno da je lice višestruki povratnik u vršenju saobraćajnih prekršaja te da ima neplaćene novčane kazne u Registru.²¹ Odluke sudova u Republici Srpskoj u pogledu izricanja ove zaštitne mjere i ocjene navedenih okolnosti su različite, pa se tako može naići i na odluke kojima je izrečena zaštitna mjera oduzimanja predmeta u vidu oduzimanja vozila, pri čemu su relevantnim smatrane okolnosti da je okrivljeni povratnik u vršenju saobraćajnih prekršaja i da ima neplaćene kazne u

19 Ovu sintagmu na ovom mjestu koristimo sa razlogom jer bi trebalo da se radi o zaštitnoj mjeri, ali ona u praksi poprima obrise kazne za učinjeni prekršaj.

20 Zakon o osnovima bezbjednosti saobraćaja na putevima u BiH, *Sl. glasnik BiH*, br. 6/06, 75/06, 44/07, 84/09, 48/10, 18/13, 8/17, 89/17, 9/18.

21 Registar novčanih kazni, troškova prinudne naplate i prekršajnih evidencija je baza podataka o izrečenim sankcijama, mjerama, troškovima prinudne naplate i ostalim evidencijama za prekršaje. Čl. 11, st. 5 Zakona o prekršajima.

Registru.²² Pored takvih odluka, postoje i sudske odluke koje su okolnost da se radi o povratniku u vršenju saobraćajnih prekršaja ispravno cijenile kao otežavajuću pri izboru vrste i mjere kazne a ne zaštitne mjere,²³ dok se okolnost da lice ima neplaćene kazne u Registru nije uopšte cijenila pri odlučivanju o sankciji. Da li lice ima ili nema neplaćene novčane kazne, odnosno evidentiran dug u Registru novčanih kazni, ne može biti odlučujuća okolnost pri izboru zaštitne mjere oduzimanja predmeta odnosno vozila²⁴ jer je razlog za izricanje zaštitnih mjera otklanjanje

22 Tako u obrazloženju rješenja Osnovnog suda u Banjaluci, br. 71 0 Pr 344450 21 Pr od 13. 10. 2022. godine u dijelu koji se odnosi na zaštitnu mjeru oduzimanja predmeta, navodi se „da je okrivljeni upravljao predmetnim vozilom prije sticanja prava na upravljanje, da je u kritičnom periodu izvršio 13 prekršaja iz oblasti saobraćaja i da je na dan kontrole u Registru novčanih kazni imao dug u iznosu 9.970,00 KM.“ U obrazloženju rješenja Osnovnog suda u Prnjavoru, br. 78 0 Pr 030164 19 Pr, od 8.

3. 2019. godine, u dijelu koji se odnosi na oduzimanje putničkog motornog vozila od okrivljenog „kao predmeta koji je korišten ranije za izvršenje prekršaja, sud je imao u vidu činjenicu da je okrivljeni bezuspješno više puta kažnjavan, da su prema istom bezuspješno višestruko izricane zaštitne mjere zabrane upravljanja motornim vozilom „B“ kategorije i da se radi o okrivljenom koji ne plaća izrečene novčane kazne, što je vidljivo iz službene evidencije ovog suda.“

- 23 U obrazloženju rješenja Osnovnog suda u Gradišci, br. 72 0 Pr 089122 21 Pr 2 od 27. 10. 2021. godine, između ostalog, navodi se „što se tiče činjenice da okrivljeni ima neplaćenog duga u Registru novčanih kazni, po ocjeni ovog suda, isto nije razlog za oduzimanje predmeta-vozila. Neplaćanje novčanih kazni je regulisano Zakonom o prekršajima RS pa je tako članom 231. Zakona o prekršajima propisano da se pravosnažno rješenje o prekršaju ili izvršni prekršajni nalog dostavlja Poreskoj upravi radi prinudne naplate. Ukoliko se ni na taj način ne izvrši naplata, novčana kazna se zamjenjuje kaznom zatvora tako da se zbog neplaćanja novčane kazne ne mogu oduzimati predmeti u prekršajnom postupku jer bi to značilo da se učiniocu prekršaja izriču dvije sankcije odnosno se da se isti 'duplo' kažnjava jer su i zaštitne mjere propisane kao prekršajne sankcije.“

U obrazloženju rješenja Osnovnog suda u Bijeljini, broj 80 0 Pr 142403 Pr 22 od 26. 6. 2022. godine navodi se „Iako je tačno je da je okrivljeni višestruki povratnik u činjenju saobraćajnih prekršaja, te da ima dug u registru novčanih kazni, koje okolnosti je sud naprijed i cijenio kao otežavajuće na strani okrivljenog, radi čega mu je i izrečena jedinstvena novčana kazna u skladu sa zakonom, ove činjenice same za sebe, ne mogu biti zakonski osnov niti razlog za oduzimanje vozila.“

24 Čak se i u medijima svakodnevno nailazi na naslove da je licu oduzeto vozilo zbog neplaćene novčane kazne. *Oduzeto vozilo zbog duga od 7.890 KM u registru novčanih kazni*. Preuzeto 24. 12. 2022. godine. https://www.glassrpske.com/cir/hronika/hronika_vijesti/oduzeto-vozilo-zbog-duga-od-7890-km-u-registru-novcanih-kazni/427896. Ista saopštenja se nalaze i na zvaničnoj stranici Ministarstva unutrašnjih poslova RS, *Od lica A.V. oduzeto vozilo zbog duga u registru novčanih kazni u iznosu od 9.970 KM*. Preuzeto 24. 12. 2022. godine, <https://mup.vladars.net/lat/index.php?vijest=25613&vrsta=saopstenja>.

stanja i okolnosti koje omogućavaju ili podstiču učinioca na izvršenje novog prekršaja.²⁵

Radi podsticanja na plaćanje novčane kazne, zakonodavac predviđa i niz „sankcija“²⁶, koje određuje nadležni organ odnosno sud i to tako što konkretnom licu koje nije platilo kaznu neće dozvoliti: registraciju ili produženje važenja registracije motornog vozila; promjenu vlasnika motornog vozila; izdavanje ili produženje važenja vozačke dozvole; učestvovanje na javnom tenderu; registraciju, odnosno bilo koju promjenu registracije pravnog lica ili registraciju, odnosno bilo koju promjenu registracije preduzetničke djelatnosti, za učinjeni prekršaj iz oblasti ekonomskog i finansijskog poslovanja i izdavanje dozvole za nabavku, držanje i nošenje oružja.²⁷

Sa druge strane, način postupanja u slučaju neplaćene novčane kazne predviđa i sam Zakon o prekršajima, kojim se, u prvom redu, određuje način njene prinudne naplate putem Poreske uprave. Prema odredbama tog zakona, sudovi će pratiti izvršenje novčanih kazni, troškova prekršajnog postupka i drugih mjera izrečenih rješenjem o prekršaju. Ukoliko učinilac ne plati novčanu kaznu ili troškove prekršajnog postupka, ovlašćeni organ ili sud će po isteku roka od godinu dana, računajući od dana kada su prekršajni nalog ili rješenje o prekršaju postali konačni, pravosnažni ili izvršni, dostaviti izvršni nalog Poreskoj upravi da primijeni postupak prinudne naplate za bilo koji iznos evidentiran u Registru, na isti način na koji je ovlašćena za naplatu poreskih obaveza.²⁸

25 Čl. 58 Zakona o prekršajima.

26 Na ovom mjestu korišten je termin „sankcije“ mada nije u potpunosti jasna pravna priroda ovog instituta. Postoje i mišljenja da se radi o pravnim posljedicama kažnjavanja za prekršaje, a Ustavni sud Republike Srbije definiše ih kao „dodatnu kaznu“. U svakom slučaju, ove odredbe u Zakonu o prekršajima Srbije, a koje su slične sadržine kao u Zakonu o prekršajima Republike Srpske, prestale su da važe jer ih je Ustavni sud svojom odlukom, br. Iuz 367/2013 od 3. 11. 2016. godine, proglasio neustavnim. Međutim, Ustavni sud Republike Srpske u svojoj odluci, br. U-14/14 od 29. 4. 2015. godine došao je do drugačijeg zaključka, navodeći da su navedena ograničenja legalan način samozaštite Republike, kao i njenog opšteg i finansijskog interesa te da su ona proporcionalna svrsi koju ima prekršajno normiranje. U ovoj odluci se dalje navodi da predmetna ograničenja nisu u funkciji supstitucije izvršnog postupka, već dozvoljenog ograničenog pritiska na određeno lice ili subjekat da izvrši svoju obavezu, koja mu je pravosnažnim aktom određena.

27 Čl. 230 Zakona o prekršajima.

28 *Ibid.* čl. 231.

Ukoliko pak novčana kazna nije plaćena u utvrđenom roku, a nije naplaćena ni prinudnim putem na gore navedeni način, ta novčana kazna se bez odgađanja, a po isteku roka od tri godine, računajući od dana kada su prekršajni nalog ili rješenje o prekršaju postali konačni, odnosno pravosnažni, zamjenjuje kaznom zatvora. Sud koji je rješenjem izrekao novčanu kaznu, po službenoj dužnosti donosi rješenje o zamjeni novčane kazne kaznom zatvora, a za novčane kazne izrečene prekršajnim nalogom zamjenu sud izvršava po pismenom prijedlogu ovlašćenog organa koji je izdao prekršajni nalog. Zamjena novčane kazne u kaznu zatvora vrši se tako što se za svakih početih 50 KM određuje jedan dan zatvora, s tim što u tom slučaju kazna zatvora ne može biti kraća od jednog dana, ni duža od 60 dana.²⁹

Ukoliko bi se pak prihvatio stav da je za oduzimanje vozila odlučujuće to što lice ima neplaćene novčane kazne odnosno evidentiran dug u Registru novčanih kazni, da li bi to značilo da se licu može oduzeti vozilo i onda kada prekršaj, za koji mu je izrečena ta novčana kazna, nije iz oblasti javnog saobraćaja. Primjera radi, da li bi bilo logično licu kažnjenom za carinski prekršaj i za koji mu je izrečena novčana kazna, pri ponovnom vršenju carinskog prekršaja i utvrđivanju da prethodnu novčanu kaznu evidentiranu u Registar nije platio, privremeno oduzeti vozilo? Ako već ovlašćeni organ insistira da je okolnost da novčana kazna nije plaćena, relevantna za oduzimanje vozila, onda bi ona trebala biti primjenjiva kod svih prekršaja. Pošto se iz priloženog vidi da to nije moguće i nije logično, onda se lako dâ zaključiti da ta okolnost ne može biti od značaja pri donošenju odluke o oduzimanju predmeta odnosno vozila te je zato ne predviđa ni zakonodavac, a ne bi je trebao prihvatiti ni sud.

Međutim, nedavno su javnosti predstavljene novine predviđene pred- nacrtom Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o osnovima bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini, kojim bi policijski službenici privremeno oduzimali vozilo od všestrukih povratnika u činjenju najtežih prekršaja iz oblasti bezbjednosti saobraćaja, a sud bi odlučivao o njihovom trajnom oduzimanju.³⁰ Prema ovom prednacrtu,

²⁹ *Ibid.* čl. 235.

³⁰ Usvajanje sličnih zakonskih rješenja planirano je i u Republici Srbiji, gdje je prema posljednjem nacrtu izmjena Zakona o bezbjednosti saobraćaja na putevima, predviđeno oduzimanje vozila za učinioce određenih prekršaja (poput vožnje bez vozačke dozvole, vožnje tokom trajanja mjere zabrane upravljanja vozilom itd.) ali i za lica koja učine neki teži prekršaj, a koja su u prethodne dvije godine već kažnjavana za taj ili neki drugi teži prekršaj.

višestrukim povratnikom smatra se lice koje je u prethodne dvije godine najmanje tri puta pravosnažno kažnjeno zbog prekršaja poput vožnje pod dejstvom alkohola ili droge, odbijanja testiranja na navedene supstance, upravljanje vozilom prije sticanja vozačke dozvole i vožnja tokom trajanja zabrane odnosno za vrijeme dok je oduzeta dozvola. Težkim prekršajem smatra se, u smislu ovog prednacrtu, i upravljanje neregistrovanim ili tehnički neispravnim vozilom, ali i odbijanje vanrednog tehničkog pregleda.

Ukoliko ova predložena rješenja budu usvojena i ugrađena u zakonski tekst, to bi značilo da bismo u sistemu prekršajnih sankcija imali sankciju koja, iako se smatra zaštitnom mjerom, po svojoj prirodi i karakteristikama zapravo predstavlja posebnu vrstu kazne. Okolnost da je lice povratnik odnosno da je, kako je već gore navedeno, bio u prethodne dvije godine najmanje tri puta kažnjen, predstavlja okolnost koja se, u smislu ranijeg kažnjavanja cijeni prilikom odmjerenja kazne.³¹ Stoga ista okolnost koja se odnosi na ranije kažnjavanje ne bi trebala biti relevantna niti se uzimati u obzir prilikom izricanja zaštitne mjere oduzimanja vozila. Ukoliko se pak te okolnosti žele uzeti u obzir za oduzimanje vozila, onda bi oduzimanje vozila trebalo predvidjeti i propisati kao kaznu, nalik krivičnom pravu. Ukoliko bi se zakonodavac odlučio za takvo rješenje i oduzimanje vozila odredio kao kaznu, bilo bi potrebno izvršiti izmjene i dopune Zakona o prekršajima, imajući u vidu da organi ovlašćeni za donošenje propisa o prekršajima mogu propisivati samo sankcije predviđene Zakonom o prekršajima.³² To bi, čak, značilo da bi prvobitno trebalo učiniti izmjene i dopune Zakona o prekršajima i u postojeći sistem sankcija unijeti i kaznu oduzimanja vozila, pa tek onda gore navedena rješenja predložena u Prednacrtu ugraditi u zakonski tekst.

Međutim, ukoliko se zakonodavac odluči da propiše oduzimanje vozila kao kaznu, već na prvi pogled stiče se utisak da bi takva kazna mogla biti nepravična, tačnije nesrazmjerna. Uzimajući u obzir već pomenute kriterijume Evropskog suda za ljudska prava, nesporno je da bi ova sankcija imala svoje zakonsko uporište i da bi služila ostvarenju legitimnog cilja, koji se ogleda u zaštiti bezbjednosti saobraćaja i njegovih učesnika, ali se postavlja pitanje da li bi bio ispunjen uslov koji se tiče srazmjernosti između sredstava koja su nadležni organi upotrijebili da bi se postigao ovaj cilj i zaštite prava lica na mirno uživanje imovine. Kada se sve skupa uzme u obzir, čini se da, ipak, kod takve kazne ne bi bio

31 *Ibid.* čl. 45, st. 1.

32 *Ibid.* čl. 4, st. 3.

ispunjen uslov srazmjernosti i ista bi predstavljala prekomjeran teret učiniocu prekršaja te bi dovela do povrede njegovog prava na imovinu.

Poseban problem predstavlja situacija kada se vrši oduzimanje vozila koje nije u svojini okrivljenog već u svojini nekog drugog lica. Tada se kao razlozi za oduzimanje navode interesi opšte bezbjednosti, čuvanja života i zdravlja ljudi, sigurnost robnog prometa ili razlozi javnog morala, a posebno u praksi ističe i okolnost, koju zakonodavac nigdje ne navodi, da se vozilo ima smatrati opasnom stvari u rukama okrivljenog lica. U ovom slučaju, ne sankcionišemo učinioca prekršaja nego lice koje ponekad nije ni upoznato sa predmetnim prekršajem, a u potpunosti može biti lišeno prava svojine nad svojim vozilom.³³ Oduzimanjem vozila koje pripada drugom licu, a kojim nije ugrožen drugi učesnik u javnom saobraćaju, niti je stvorena opasnost za život i imovinu drugih učesnika u saobraćaju niti je došlo do narušavanja opšte bezbjednosti ili morala u zajednici gdje su predmetni prekršaji učinjeni, samo bi se pričinila šteta drugom licu, a izricanje zaštitne mjere ne bi ostvarilo nikakvu svrhu prema okrivljenom jer se ne radi o njegovom vozilu.

6. Zaključak

Zaštitnom mjerom oduzimanja predmeta u prekršajnom pravu oduzimaju se predmeti koji su upotrijebljeni, koji su bili namijenjeni za izvršenje prekršaja ili su nastali izvršenjem prekršaja, ukoliko su u svojini okrivljenog, a mogu se oduzeti i ukoliko nisu u njegovoj svojini ukoliko to nalažu interesi opšte bezbjednosti, čuvanja života i zdravlja ljudi, sigurnost robnog prometa ili razlozi javnog morala. Ovom zaštitnom mjerom vrši se ograničenje prava svojine kao apsolutnog stvarnog prava. Imajući u vidu da se pravo svojine garantuje kako međunarodnim tako i domaćim pravnim aktima, potrebno je veoma precizno i oprezno normirati uslove za izricanje ove zaštitne mjere, pazeći pri tome da se ograničenje prava svojine vrši u skladu sa zakonom, da postoji legitiman cilj i da je oduzimanje srazmjerno navedenom cilju.

Kada je riječ o oduzimanju vozila odnosno prevoznog sredstva, ono se predviđa kao zaštitna mjera za pojedine prekršaje iz oblasti prevoza u drumskom saobraćaju i carinske oblasti. Međutim, do oduzimanja vozila u praksi dolazi i zbog učinjenog saobraćajnog prekršaja, pri

33 U praksi, ovo treće lice nije u mogućnosti ni da spriječi oduzimanje predmeta niti da ističe bilo kakve prigovore u vezi sa tim niti je u prilici da ostvaruje pravo svojine na tom predmetu, a u prekršajnom postupku se, čak, ni ne poziva kao oštećeni niti kao svjedok.

čemu nije jasno da li se radi o primjeni i izricanju zaštitne mjere oduzimanja predmeta ili o svojevrsnoj kazni. Pri tome se često u sudskim odlukama, kao relevantna okolnost posebno ističe i apostrofira to što je okrivljeno lice povratnik u vršenju saobraćajnih prekršaja i ima neplaćene novčane kazne odnosno dug evidentiran u Registru novčanih kazni.

Ta okolnost ne bi trebala, niti smjela biti nešto što će se cijeliti prilikom odluke o zaštitnoj mjeri oduzimanja predmeta, već se ista može cijeliti prilikom izbora vrste i mjere kazne. Za neplaćenu kaznu sam zakonodavac predvidio je u normama Zakona o prekršaju postupak prinudne naplate putem Poreske uprave ili pak zamjenu neplaćene novčane kazne kaznom zatvora.

Međutim, nedavno su javnosti predstavljene novine predviđene prednacrtom Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini, kojim bi policijski službenici privremeno oduzimali vozilo od višestrukih povratnika u činjenju najtežih prekršaja iz oblasti bezbjednosti saobraćaja, a sud bi odlučivao o njihovom trajnom oduzimanju. Ukoliko ova predložena rješenja budu usvojena i ugrađena u zakonski tekst, to bi značilo da bismo u sistemu prekršajnih sankcija imali sankciju koja, iako se smatra zaštitnom mjerom, po svojoj prirodi i karakteristikama zapravo predstavlja posebnu vrstu kazne, iz razloga što uzima u obzir ranija kažnjavanja. Stoga, ukoliko se već želi posebno cijeliti okolnost ranijeg kažnjavanja, onda bi bilo bolje rješenje predvidjeti oduzimanje vozila kao kaznu, ali bi to zahtijevalo i izmjene i dopune Zakona o prekršajima, u dijelu koji se odnosi na sistem prekršajnih sankcija. U svakom slučaju, ostaje nam da pratimo dalji tok procedure usmjerene na izmjenu postojećih propisa iz oblasti saobraćaja pa možda te izmjene budu izabrane kao tema nekog novog rada.

Literatura

Bibliografske reference

Bejatović, S. (2018). *Osnovi prekršajnog prava (materijalni, procesni i izvršni aspekti)*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.

Vuković, I. (2021). *Krivično pravo – opšti deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Vuković, I. (2021). *Prekršajno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Drakić, D. (2005). Svrha mera bezbednosti kao krivičnih sankcija – svrha mera bezbednosti prema Osnovnom krivičnom zakonu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3 (vol. 39). 121–128.

Jovašević, D. (2016). Primena mere bezbednosti oduzimanja predmeta. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 72 (LV). 71–91.

Martinović I., Parenta I. (2021). Privremeno oduzimanje predmeta kao policijska ovlast i dokazna radnja: nedorečena zakonska rješenja u kontekstu ustavnih i europskih standarda. *Policija i sigurnost*. 3(30). 376–396.

Mitrović, Lj. (2014). *Prekršajno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Pavlović, M. (2013). Oduzimanje predmeta kao mera bezbednosti u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije. *Branič*. 3–4. 93–103.

Stručno-metodološko uputstvo o oduzimanju predmeta u postupku inspekcijskog nadzora i prekršajnom postupku. Nacionalna alijansa za lokalni ekonomski razvoj, Norwegian Embassy, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave Republike Srbije.

Harland C. Roche R. Strauss E. (2003). *Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu*. Sarajevo: Grafičar promet.

Hadžić, Dž. (2017). Privremeno oduzimanje vozila u prekršajnim postupcima u Federaciji Bosne i Hercegovine. *Zbornik radova Uperedna analiza prekršajnog zakonodavstva u BiH i regiji*. 59–65.

Pravni dokumenti i ostali izvori

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda

Zakon o oružju i municiji, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 26.2016, 18.2017, 31.2018 i 58.2019.

Zakon o osnovima bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik BiH*, br. 6.2006, 75.2006, 44.2007, 84.2009, 48.2010, 18.2013, 8.2017, 89.2017, 9.2018.

Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 47.17.

Zakon o prekršajima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 63.2014, 36.2015, 110.2016, 100.2017, 19.2021.

Zakon o stvarnim pravima, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 124.2008, 3.2009, 58.2009, 95.2011, 60.2015, 18.2016, 107.2019, 1.2021, 119.2021.

Zakon o carinskim prekršajima Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 28.22.

Carinski zakon, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 95. 2018, 91.2019, 144.2020, 118.2021, 138.2022.

Oduzeto vozilo zbog duga od 7.890 KM u registru novčanih kazni. Preuzeto 24.12.2022. godine, [https:// www.glassrpske.com/cir/hronika/vijesti/oduzeto-vozilo-zbog-duga-od-7890-km-u-registru-novcanih-kazni/427896](https://www.glassrpske.com/cir/hronika/vijesti/oduzeto-vozilo-zbog-duga-od-7890-km-u-registru-novcanih-kazni/427896)

Od lica A.V. oduzeto vozilo zbog duga u registru novčanih kazni u iznosu od 9.970 KM. Preuzeto 24. 12. 2022. godine. [https:// mup.vladars.net/lat/index.php?vijest=25613&vrsta=saopstenja](https://mup.vladars.net/lat/index.php?vijest=25613&vrsta=saopstenja);

Ustav BiH. Preuzeto 4. 11. 2022. godine [https:// www.ustavnisud.ba/public/down/Ustav_Bosne_I_Hercegovine_bos.df](https://www.ustavnisud.ba/public/down/Ustav_Bosne_I_Hercegovine_bos.df).

Sud BiH. (2018). *Bilten sudske prakse Suda Bosne i Hecegovine*. Br. 8.

Odluka Ustavnog suda BiH AP 2180/17.

Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Iuz-367/2013.

Odluka Ustavnog suda Republike Srbije UŽ 8449/17.

Odluka Ustavnog suda Republike Srpske U-14/14.

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatke U-III-36100/2009.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava, Milosavljev protiv Srbije, predstavka 15112/07. *Službeni glasnik RS*, br. 61.2012.

Rješenje Osnovnog suda u Banjaluci 71 0 Pr 344450 21 Pr.

Rješenje Osnovnog suda u Bijeljini 80 0 Pr 142403 22 Pr.

Rješenje Osnovnog suda u Gradišci, 72 0 Pr 089122 21 Pr 2.

Rješenje Osnovnog suda u Prnjavoru 78 0 Pr 030164 19 Pr.

Ljubana Sladić,
Senior Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of East Sarajevo
Republika Srpska

CONFISCATION OF A VEHICLE IN MISDEMEANOR PROCEEDINGS IN REPUBLIKA SRPSKA

Summary

Confiscation of objects is a protective measure provided in misdemeanor law which may be applied to confiscate objects used in the commission of a misdemeanor, those intended for the commission of a misdemeanor, and those resulting from the commission of a misdemeanor. The imposition of this protective measure encroaches on the exercise of the property rights of the person who is the owner of the confiscated items, who may or may not be the person who owns the confiscated items. In this paper, the author analyzes this protective measure from the point of view of the property rights of the person who has been imposed this protective measure. In its practice, the European Court of Human Rights highlighted the criteria that must be taken into account when assessing whether property rights have been violated when imposing this protective measure. These criteria are also accepted and respected by the constitutional courts of the countries in the region. The object of confiscation can also be a vehicle, in case of a customs misdemeanor and a misdemeanor in the field of traffic violations. Pursuant to the new legal provisions on this matter, which are expected to enter into force in the near future, a vehicle may be confiscated from a person who has committed a traffic misdemeanor. The same measure may also be imposed on persons who are repeated traffic offenders, which actually gives this sanction the character of a punishment rather than a protective measure.

Keywords: *confiscation of objects, misdemeanors, property rights, confiscation of vehicles, traffic misdemeanor.*

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priloži i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slično). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priloži dokumenti u ćijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLJUĆNE REĆI ZA RUKOPIS.

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevedenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

ZBORNIK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latiničnih navoda), veličina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački.
Naslov rada	Naslov rada kucati veličinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reči.
Ključne reči	Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slično). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priložiti dokumenti u čijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfh/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLJUČNE REČI ZA RUKOPIS.

* Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodjenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodjenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	Fusnota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fusnota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navodjenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fusnota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Note on author's identity (anonymity)	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike). The authors of the document must delete their names from the text, with "Author" and year used in the references and footnotes, instead of the authors' name, article title, etc. Also, author identification should also be removed from the properties for the file.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the Guidelines for Authors .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg . format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The articles are to be submitted via online editorial management system ASISTENT, http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pr. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IU-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IU-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp