

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

STRANI PRAVNI ŽIVOT

FOREIGN LEGAL LIFE

ISSN 0039 2138

UDK 34

Beograd, 2023/ Broj 1/ Godina LXVII



1956. BEOGRAD

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

UDK 34

ISSN 0039 2138

ISSN (online) 2620 1127

STRANI PRAVNI ŽIVOT

Beograd, 2023/ Broj 1/ Godina LXVII

Izdavač/ Publisher
INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO/ INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW
Terazije 41, 11000 Beograd, Srbija, tel. + 381 11 32 33 213

Za izdavača/ For the Publisher
Prof. dr VLADIMIR ČOLOVIĆ

Izdavački savet/ Advisory Board

Acc. prof. dr MIODRAG ORLIĆ, foreign member of ANURS, president of the Comparative Law Association, Serbia. Prof. em. Dr. Dr h.c. SPYRIDON VRELLIS, Faculty of Law, University of Athens, Greece. Prof. dr VLADIMIR ČOLOVIĆ, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Prof. dr DEJAN ĐURĐEVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Prof. dr IOANA VASIU, Faculty of Law, Babeş-Bolyai University, Cluj Napoca, Romania. Prof. dr ALEKSANDRA ČAVOŠKI, Birmingham Law School, University of Birmingham, UK. Prof. dr VLADIMIR ĐURIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Prof. dr MINA ZIROJEVIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia.

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

Doc. dr KATARINA JOVIČIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/ Deputy of editor in chief

Dr JELENA KOSTIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia

Tehnički urednik/ Technical editor

JOVANA MISAILOVIĆ, Institute of Comparative Law, Serbia

Uređivački odbor/ Editorial board

Članovi iz reda nacionalne naučne javnosti/ National members

Prof. dr ĐORĐE IGNJATOVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Prof. dr LJUBINKA KOVAČEVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Prof. dr NATAŠA MRVIĆ PETROVIĆ, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Prof. dr JELENA ČERANIĆ PERIŠIĆ, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Dr VESNA ČORIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Doc. dr SLOBODAN VUKADINOVIĆ, Faculty of Law, University UNION, Serbia. Doc. dr BRANKA BABOVIĆ VUKSANOVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Dr ANA KNEŽEVIĆ BOJOVIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Dr MILOŠ STANIĆ, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Dr MILICA MATIJEVIĆ, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Dr MIROSLAV ĐORĐEVIĆ, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia.

Članovi iz reda inostrane naučne javnosti/ Foreign members

Prof. dr MICHELE PAPA, L'Università degli Studi di Firenze, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Italy. Prof. dr VID JAKULIN, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia. Prof. dr ALESSANDRO SIMONI, L'Università degli Studi di Firenze, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Italy. Prof. dr ANITA RODIŃA, Juridiskā fakultāte, Latvijas Universitāte, Judge of the Constitutional Court of Latvia, Latvia. Doc. dr HANA KOVAČIKOVA, Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovakia. Doc. dr NIKOLA DOŽIĆ, Faculty of Law, University of Montenegro, Montenegro. Doc. dr VELIMIR ŽIVKOVIĆ, University of Warwick School of Law, United Kingdom. Dr VALENTINA RANALDI, L'Università degli Studi Niccolò Cusano, Italy.

Sekretar redakcije/ Secretary of Editorial board

IVA TOŠIĆ, Institute of Comparative Law, Serbia

Lektura/ Proof reading

SVETLANA STOJKOVIĆ

Štampa/ Print

JP Službeni glasnik, Beograd

Tiraž/ Circulation

100 primeraka/ 100 copies

Prilozi objavljeni u časopisu referisani su u bazama/ Abstracted and indexed in

Directory of Open Access Journals (DOAJ), Central and Eastern European Online Library (CEEOL), European Reference Index for Humanities and Social Sciences (ERIHplus), HeinOnline Law Journal Library, Srpski citatni indeks (SCIndeks), Kooperativni online bibliografski sistem i servisi (COBISS).

Adresa uredništva/ Address of the Editorial Board

Terazije 41, 11000 Beograd, Srbija; tel. + 381 11 32 33 213; e-mail: redakcijaspz@gmail.com

Časopis se objavljuje tromesečno uz podršku Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije.

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
STRANI PRAVNI ŽIVOT

Broj 1

Godina LXVII

januar-mart 2023.

SADRŽAJ/TABLE OF CONTENTS

ČLANCI/ARTICLES

Zoran R. Tomić**„PRIRODA STVARI” I DOMET UPRAVNOG SPORA 1**

“THE NATURE OF THINGS”

AND THE RANGE OF ADMINISTRATIVE DISPUTE

Brano Đ. Hadži Stević**TEST PROPORCIONALNOSTI U DOBA PANDEMIJE:****LJUDSKA PRAVA VERSUS JAVNO ZDRAVLJE.....17**

PROPORTIONALITY TEST DURING PANDEMIC:

HUMAN RIGHTS VERSUS PUBLIC HEALTH

Ferenc Dávid**THE LIFE IMPRISONMENT IN THE HUNGARIAN CRIMINAL LAW45**

KAZNA DOŽIVOTNOG ZATVORA U MAĐARSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Đuro M. Đurić**Vladimir M. Jovanović****NOVI INSTITUTI U NEMAČKOM STEČAJNOM PRAVU55**

NEW INSTITUTES IN GERMAN INSOLVENCY LAW

Dragoljub C. Todić**ZAKONI O KLIMATSKIM PROMENAMA****– POTREBA ILI NORMATIVNO POMODARSTVO****(PRIMER SRBIJE I HRVATSKE)75**

CLIMATE CHANGE LAWS –

A NECESSITY OR A NORMATIVE NEWFANGLEDNESS

(EXAMPLES OF SERBIA AND CROATIA)

Ksenija M. Džipković**OGRANIČENJA PRILIKOM UGOVARANJA****EGZONERACIONIH KLAUZULA: UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ91**

LIMITATIONS IN CONTRACTING

EXONERATION CLAUSES: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS

Maida M. Bećirović-Alić

**COMPARATIVE LEGAL REVIEW OF MARRIAGE IN SHARIA LAW
AND POSITIVE FAMILY LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA.....109**

**UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ BRAKA U ŠERIJATSKOM PRAVU
I POZITIVNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE**

IN MEMORIAM

DR JOVAN ĆIRIĆ (4. april 1960 – 12. decembar 2022)127

**GOVOR SA KOMEMORATIVNOG SKUPA ODRŽANOG
U INSTITUTU ZA UPOREDNO PRAVO U BEOGRADU
28. DECEMBRA 2022. GODINE135**

PRIKAZI/REVIEWS

Miloš B. Stanić

Prikaz knjige:

Dr Vladimir Mikić

POJMOVNIK EVROPSKE USTAVNOSTI.....139

UPUTSTVO AUTORIMA.....143

„PRIRODA STVARI” I DOMET UPRAVNOG SPORA

Sažetak

U članku autor nastoji da ispita neophodnost kategorije „priroda stvari”, kovanice upotrebljene na više mesta u ovdajšnjem Zakonu o upravnim sporovima. Ona se poglavito, ali ne i isključivo, vezuje za omeđivanje spora pune sudske jurisdikcije. Upravno-sudska stvar, kao sporna, izrasta iz upravne stvari, kao vansporne, čija se zakonitost ispituje u upravnom sporu. A u domaćem pravu, domet spora pune jurisdikcije – kod kojeg sud, pored klasičnih upravno-sudskih ovlašćenja kasacije, poseduje i koristi i druga, za njega netipična (upravna, parnična disciplinska...), ima dva zakonska noseća stuba čiju ispunjenost, u rangu uslova, ceni sud: „prirodu stvari” i raspoloživo neophodno činjenično stanje. Inače, sudska puna jurisdikcija u upravnom sporu ne remeti načelo podele vlasti: njen cilj je potpuna, delotvorna i ekonomična, osobito blagovremena zaštita subjektivnih javnih prava i na zakonu zasnovanih interesa. Upravno sudstvo kao sistem je u načelu zaštitno-operativni. Autor nalazi da je preko potrebna jedna principijelna sudska lista – u obliku pravnog stava Upravnog suda – orijentaciono izuzetih od odlučivanja u punoj jurisdikciji. No, izvan toga, sud ne bi smeo da izgubi i domen sopstvene ocene kada će se upuštati u punu sudsku jurisdikciju, a kada ne. Razume se, izvan diskrecionih upravnih stvari, tuđih sudskom meritornom rešavanju, kao i onih situacija kada je puna sudska jurisdikcija zakonski obavezna. U datom miljeu, zaključuje autor, kategorija „prirode stvari” je suvišna kao nejasni ograničavajući faktor pune sudske jurisdikcije.

Ključne reči: upravni spor, priroda stvari, puna jurisdikcija, diskreciona ocena.

* Doktor pravnih nauka, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, Srbija.

E-mail: ztomic@ius.bg.ac.rs

“THE NATURE OF THINGS” AND THE RANGE OF ADMINISTRATIVE DISPUTE

Summary

Judicial full jurisdiction in administrative dispute does not disturb the principle of separation of powers: its objective is complete, effective, economic, and timely protection of subjective rights and interests. Firstly, it goes without saying that administrative jurisdiction is in principle protective-operational mechanism. At the same time public administration should do its job, and in everything legally and properly - not to hide behind the hypothetical complete intervention of the administrative judiciary (both judicial and administrative, in two steps). It is necessary to adopt general catalogue - in the form of legal position of the administrative court - of administrative matters that are exempted from full jurisdiction. Apart this, the Court reserves the right to assess when to engage in full jurisdiction and when not. *De lege ferenda*, Law on administrative disputes should not refer to the possibility that *lex specialis* laws exclude full jurisdiction in specific administrative matters. It should be the issue of discretionary powers. It is also legitimate to prevent ping pong in the field of administrative-judicial disputes. *De lege ferenda*, it would be necessary that after one cancellation of the contested administrative act (the same is the case when establishing that the silence was unfounded) and the non-compliance with that judgement, the court's full jurisdiction would be mandatory, regardless of the nature of the matter, except when there is an administrative discretionary assessment. *Summa summarum*, in the entire given milieu, the category of “nature of the things” is redundant, *i.e.* it represents unclear limiting factor of full jurisdiction.

Keywords: administrative dispute, nature of things, full jurisdiction, discretionary power.

1. Uvod

Civilizacijsko načelo raspodele državnopravnih funkcija – „podela vlasti” – ostaje zeleno, nezatvoreno pitanje. I političko, demokratsko, i pravno i tehničko. No, nikad savršeno sprovodljivo „bez ostatka”. Ne samo u društvenom životu, posebno u današnjem digitalnom dobu. Jer, u prvom redu,

autoritativno-autoritarne tendencije egzekutive se nikada sasvim „ne smiruju”, svakad vrebaju. U svakoj državi vlast je politički jedna, jedinstvena, ali se njeni raznorodni oblici nastoje tako pravno i politički poslagati da se ostvare dva naoko protivurečna cilja: razdvojenost i povezanost. Da bi se postigla ravnoteža, ukla-panje. Da bi državni mehanizam skladno funkcionisao, da bi društvena zajed-nica opstala i razvijala se, a da građani istovremeno osećaju i sigurnost i zaštitu – i slobodu. Da bi se u društvenoj zajednici „pomirile” centrifugalne i centripetalne sile. No, u ovom tekstu nije reč o tome. Tema je sâm normativni čaršav u kome ima podosta nijansi, preлива: ukrštanja organizaciono-funkcionalnih poluga javne vlasti zarad što potpunijeg ostvarenja i širih i užih interesa, zarad dostizanja kru-cijalnih društvenih vrednosti – zaštite sloboda i prava građana, pravde, objek-tivne zakonitosti, izvesnosti, delotvornosti, pravovremenosti, ekonomičnosti.

Jedan od pravnih mehanizama kompleksnog, hibridnog karaktera je i upravni spor pune jurisdikcije. „Nadograđeno” sudovanje u takozvanim uprav-nim stvarima, u „upravnim predmetima”. Nadograđeno tako da se sud, pod određenim zakonskim uslovima, u različitim pravnim sistemima, ne ograni-čava na ocenu zakonitosti pojedinačnog upravnog čina koji je pred njim ospo-ren, nego se upušta u dublje „vode” spram sankcionisanja konkretnog upravnog nepravda, u dalja pravna razmatranja i odlučivanja – u ona u upravnom domenu. Koje su pravne i fakičke granice tog i takvog sudskog potencijalnog poduhvata? I koja je u tom kontekstu, osim činjeničnog sklopa, uloga „prirode stvari”, i tō one upravne? Koliki je njen značaj? Ukratko, koji je i kako bi se mogao, na jedan iole uopšteni način, optimalno predstaviti domet upravnog spora najvećma baš s gle-dišta prirode upravne stvari u kojoj je spor nastao? Tome je, uglavnom, posve-ćen ovaj spis. Podloga je, u prvom redu, domaće unutrašnje javno pravo, ustavno i upravno-procesno. Tok izlaganja je sledeći: „Međunarodni i ustavni okvir”, „Upravno-procesno zakonodavstvo i priroda stvari” i „Ograničenja pune juris-dikcije putem prirode stvari” – zakonska i sudska, da se sud, zbog konkretne pri-rode upravne stvari, ne upusti u odlučivanje u punoj sudskoj jurisdikciji – pra-ćena nekim teorijskim stanovištima. Završni deo su „Zaključna razmatranja” u kojima se izlaže stav autora o predmetnoj temi.

2. Međunarodni i ustavni okvir

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP, 2003) utemeljuje, pored ostalog, *Pravo na pravično suđenje* (čl. 6). Tamo, pored ostalog, piše da „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” (iz tač. 1). Širim tumačenjem EKLJP, Evropski sud za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je u svojoj praksi zauzeo stanovište da „odlučivanje o građanskim pravima i obavezama” obuhvata i postupke pred organima javne uprave, u takozvanim upravnim stvarima, tako da doneti upravni akti podležu obaveznoj sudskoj kontroli nacionalnog upravnog pravosuđa (Beširević *et al.*, 2017, pp. 123-124; Jakšić, 2006, pp. 162-163). Proizlazi da se dostupnost pristupa nadležnom sudu, u smislu završne, nezavisne i nepristrasne pravne zaštite, tiče i pojedinačnog odlučivanja u sferi javnog prava, upravnog posebno. Za moju analizu je ključan onaj deo citirane odredbe koji se odnosi na obaveznu kontradiktornost sudskog postupka, iskazanu na sudskoj javnoj raspravi prilikom utvrđivanja činjenične podloge za presuđivanje. No, za razliku od građanskog i krivičnog pravosuđa, gde se neposredno i meritorno rešava o određenim pravima i obavezama, odnosno o osnovanosti krivične optužbe, upravno-sudskom odlučivanju, to jest upravnom sporu, prethodi procedura pred organima i organizacijama javne uprave. Njen rezultat – doneti akt, njegova tužbom osporena zakonitost – predmet je raspravljanja pred upravnim sudom. EKLJP se ne izjašnjava o dubini i širini upravno-sudskog zahvata u odnosu na upravnu stvar u pogledu čijeg upravnog rešavanja je spor zapodenut. Postulat EKLJP je da se u svakom konkretnom slučaju ostvari pravo na pravično suđenje, a što se tiče upravnog pravosuđa, da se oceni zakonitost utuženog upravnog čina – ne i da se sâma upravna stvar raspravi do kraja, i u svakom pogledu, činjenično i pravno. Tako da je normativno uređivanje mogućnosti i uslovljenosti pune sudske jurisdikcije ostavljeno svakom nacionalnom (u)pravnom sistemu ponaosob.

Ustav Srbije (2006), takođe, pored načela podele vlasti (čl. 4), proklamuje i pravo na pravično suđenje (čl. 32). No, ni on se ne upušta u pitanje palete sudskih ingerencija u upravnom sporu. Jedino veli (čl. 198) da „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” (st. 2). Pitanje sudske pune jurisdikcije kod upravnog suđenja bilo je i ostalo „u rukama” zakonodavca.

3. Upravno-procesno zakonodavstvo i priroda stvari

Ovdašnji Zakon o opštem upravnom postupku (ZUP, 2015) uređuje proceduru u pogledu upravnih stvari, zajednička pravila u pogledu svih upravnih oblasti, materija. Pritom, upravna stvar je razučena kategorija delovanja javnopravnog

organa koji tom prilikom donosi (sklapa, preduzima, pruža) upravne akte, garantne akte, upravne ugovore, upravne radnje i javne usluge. Sve to u pojedinačnim situacijama, u neposrednoj primeni propisa.

Priroda upravne stvari je kompleksna: normativna i nenormativna/faktička, jednostrana i dvostrana, naglašeno autoritativna i diskretno takva. Preciznije razgraničenje, kriterijum razlikovanja upravnih od sudskih stvari, naročito od onih parničnih, nastoji da pronađe sudska praksa (Tomić, 2022, p. 92 i dalje). No, svakad su posredi tri momenta tipična za prirodu upravne stvari zbirno uzev: 1) neposredna primena zakona na pojedinačne slučajeve – konkretnost upravne stvari; 2) ciljni javni interes, što je razlog normativnog ili faktičkog uticaja na pravne subjekte, na njihove interese; 3) njen vansporni karakter (bez spornih pravnih pitanja između organa i stranke, osim delimice kod upravnih ugovora koji stoga u meritumu uživaju građansku sudsku zaštitu). Dakle, upravna stvar je uvek *pojedinačna, konkretna situacija*; dok su opšte situacije zakonodavna i podzakonsko-normativna stvar.

Načelno, zaključujem da naši sudovi odriču ovlašćenje na vođenje upravnog spora, to jest jedan akt ne smatraju donetim u upravnoj stvari u sledećim vrstama slučajeva: (1) kada je reč o opštem pravnom aktu; (2) ukoliko je jednim aktom raspravljen neki sporni imovinskopravni odnos; (3) u slučaju da izvesni akt nema rešavajući karakter; (4) kada je u pitanju akt privatno-ugovornog karaktera (kauza mu nije javni interes kao kod upravnog ugovora), kao i svaki drugi akt koji nije donet u vršenju državne vlasti, odnosno korišćenjem javnih ovlašćenja. S druge strane, upravni ugovor *ex lege* predstavlja upravnu aktivnost, oblik upravnog postupanja, dvostrani upravni posao. Ipak, krunska pravna – sudska zaštitna stranke, to jest jedne strane ugovornice (naspram druge, javnopravnog organa), od neregularnih, posebno ništavih upravnih ugovora ne ostvaruje se kod Upravnog suda, već u parnici.

U Zakonu o upravnim sporovima (ZUS, 2009) najpre je postavljeno načelo pravičnosti suđenja u upravnom sporu (čl. 2). Pored zakonitosti i odlučivanja u razumnom roku, treća crta pravičnosti suđenja u upravnom sporu sastoji se u obavezi suda – uz striktno propisane izuzetke – da sâm (i u saradnji sa strankama) u upravno-sudskom postupku utvrđuje pravno relevantno činjenično stanje, kao podlogu za sopstvenu odluku (ZUS, čl. 33-34). Sud se prilikom rešavanja upravnih sporova ne oslanja samo na činjenice utvrđene u upravnom postupku nego održava usmenu javnu raspravu u opisanom cilju, poštujući princip kontradiktornosti postupka, sa suprotstavljenim, jednakopravnim strankama koje u njemu aktivno učestvuju. Rečju, sud u sopstvenom postupku mora da utvrdi tačno i potpuno sve pravno relevantne činjenice kako bi doneo zakonitu odluku o predmetu spora (Tomić, 2012, p. 146).

Kategoriju *prirode stvari* ZUS predviđa – izričito ili prećutno – na nekoliko mesta, i to u različitom smislu. Prvo, u čl. 3 propisuje da je upravni spor matična sudska zaštita, kod Upravnog suda, kada je posredi rešavanje u upravnim stvarima (ako nije izričito predviđena nadležnost nekog drugog suda). Ali, Upravni sud je nadležan i u pogledu sporova koji se tiču drugih rešavajućih pojedinačnih pravnih stvari – *drugacije prirode od onih upravnih* – kada je tako nešto izričito zakonski predviđeno, ili kad u pogledu nekog pojedinačnog neupravnog pravnog predmeta u kojem se odlučuje o pravima i obavezama nije ustanovljena bilo koja druga pravna zaštita. Stoga smatram neophodnim da se u svakom konkretnom slučaju ispita da li postoji izričita zakonska predviđenost neke druge sudske (a ne upravno-sudske) zaštite od određenog pojedinačnog rešavajućeg pravnog akta. Kod potvrdnog odgovora, upravni spor je suvišan i nedopušten. Takav je slučaj u pogledu odlučivanja o zakonitosti rešenja o oslobađanju od obaveze vraćanja studentskog kredita: za takav spor nije nadležan Upravni sud, kao sud specijalizovane nadležnosti, već osnovni sud kao sud opšte nadležnosti (Rešenje Vrhovnog suda Srbije, U 3363/2008 od 30. 4. 2009. godine). Kod negativnog odgovora (tj. ako nijedna sudska zaštita protiv određenih rešavajućih pojedinačnih akata nije predviđena) pravna zaštita protiv svih takvih pravnih akata ostvaruje se u upravnom sporu, pred Upravnim sudom.

Određba čl. 3, st. 3 ukazuje na otvorenost ZUS-a prema posebnim zakonima koji predviđaju (ili će predviđati, *pro futuro*) pravnu zaštitu u upravnom sporu protiv određenih kategorija pojedinačnih pravnih akata. Po pravilu, to nisu, odnosno ne bi bili upravni akti. Nasuprot, za vreme važenja prethodnog ZUS-a (iz 1996), svako propisivanje pravne zaštite u upravnom sporu značilo je istovremeno da se radi o upravnim aktima (jer se isključivo protiv upravnih akata mogao voditi upravni spor).

Uopšte, smatram da svi pojedinačni akti – pa i upravni ugovori, kao dvostrani upravni poslovi/akti – mogu, prema upućujućoj odredbi čl. 3, st. 3 ZUS-a, da dobiju pravnu zaštitu u upravnom sporu. A za tako nešto neophodan je budući poseban konkretan zakonski osnov, ali i odgovarajuća regulativa u ZUP-u.¹

Drugo, i tô izričito pominjanje prirode stvari je u čl. 43, st. 1. Nazvaću je prvobitna puna sudska jurisdikcija – neposredno po tužbi: „ako priroda stvari to dozvoljava i ako utvrđeno činjenično stanje pruža pouzdan osnov za to”.

Treće, kod upravnog spora protiv ćutanja, kao uslov pune sudske jurisdikcije navodi se: „ako priroda stvari to dozvoljava”; no, i u ovom tipu situacija sud

¹ Da se ne bi u celom tekstu ZUS-a ponavljalo na koje se sve pojedinačne pravne akte prostire upravno-sudska zaštita, pravilo čl. 3, st. 4 ZUS-a upodobljava sve te akte upravnom aktu kao najvažnijem i kvantitativno pretežnom ogranku predmeta upravnog spora. Time se postiže pravno-tehnička ekonomija, konciznost zakonskog izražavanja.

„može” – a ne mora – posezati za tim svojim ovlašćenjem (Todorović, 2008, pp. 417-418, 420 i dalje).

Četvrto, čl. 69 ZUS-a poznaje drugačiji smisao upotrebljenog izraza „priroda stvari”: neophodnost da se ispuni pojedinačna pravna praznina nastala sudskom intervencijom – osim ako takve praznine nakon sudske intervencije, ni pravno, ni faktički nema – što zavisi od „prirode stvari”. Jezikom zakona rečeno: „ako prema prirodi stvari u kojoj je nastao upravni spor treba umesto poništenog upravnog akta doneti drugi”, ili pak ne, kako navodi i Dimitrijević (1998, pp. 84-87).

Peto, „priroda stvari” je normirana u čl. 70-71, kod izvršenja presuda, prilikom takozvane naknadne pune jurisdikcije. Tada sud, zbog nepoštovanja pravnosnažne sudske presude – bilo aktivnog (čl. 70), bilo pasivnog (ćutanje umesto izvršenja presude novim aktom, čl. 71) – sâm donosi punu presudu, odnosno rešenje koje u svemu zamenjuje upravni akt nadležnog organa javne uprave.

Ukratko: određenje prirode stvari povezuje tri njena značenja: a) vrstu slučaja – kom redu, široj celini, skupu pripada – tako razdvajamo upravne od onih parnično-sudskih i disciplinskih pravnih stvari; b) kakvoću, specifičnosti, dubinu, karakter, odgovor na pitanje šta je njena bit, suštinu – da li se Upravni sud sme, odnosno može upuštati u njeno rešavanje s obzirom na to da je posredi slučaj apsolutno nespojiv sa sudskim delovanjem (isključenje učenika iz osnovne škole, recimo); c) složenost, komplikovanost, slojevitost neke životne situacije koju treba pravno urediti gde kod sudske ocene da li će prionuti na odlučivanje važnu ulogu ima kako načelo ekonomičnosti, tako i standard razumnog roka.

Glavna grana pune jurisdikcije tiče se rešavanja upravne stvari od strane sâmog suda. ZUS je predviđa osobito u sledećim situacijama: a) ako priroda upravne stvari to dozvoljava i ako činjenično stanje, bilo iz upravnog postupka, bilo (i) ono koje je sud utvrđivao u upravno-sudskom postupku, pruža pouzdan osnov za meritorno odlučivanje; posredi je ovlašćenje suda, sudska diskreciona ocena; b) „u slučajevima kada bi poništenje osporenog akta i ponovno vođenje postupka pred nadležnim organom izazvalo za tužioca štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi a sud je sam utvrđivao činjenično stanje”; tada je u pitanju obaveza suda (čl. 43, st. 5); c) ako stranka traži da sud svojom presudom reši upravnu stvar, u kom slučaju je to ovlašćenje suda; odbije li takav zahtev stranke, „sud je obavezan da posebno navede razloge zbog kojih taj zahtev nije prihvatio” (čl. 43, st. 4). Potencijalnu punu jurisdikciju susrećemo, ponavljam, kod izvršenja sudske presude (čl. 70-71), kod „ćutanja” uprave (čl. 44), ali i pri dosuđivanju naknade štete i povraćaja oduzetih stvari (čl. 45), kao i kod novčanog kažnjavanja rukovodioca organa zbog nedostavljanja spisa predmeta, kao i zbog neizvršenja, odnosno neblagovremenog izvršenja pravnosnažne sudske presude (čl. 75).

4. Ograničenja pune jurisdikcije putem „prirode stvari”

Puna sudska jurisdikcija je nespojiva sa upravnom diskrecionom ocenom. U takvu upravnu stvar sud nipošto ne sme da se upušta. Kod tužbom osporenih diskrecionih akata sud se zadržava samo na oceni njihove zakonitosti: niti ih može poništiti zbog necelishodnosti, niti u takvoj upravnoj stvari – zbog njene osobene 'fluidne' prirode – sme posezati za punom jurisdikcijom (ZUS, čl. 43, st. 2). Takođe, zakonska klauzula (ZUS, čl. 43, st. 3) jeste da u pojedinim materijama spor pune jurisdikcije može – po izuzetku – *posebnim zakonom* biti izričito isključen. Na primer, kod rešavanja o pravima, obavezama i pravnim interesima lica pri kontroli boniteta i zakonitosti poslovanja banaka od strane Narodne banke Srbije kao centralne banke – u upravnom sporu protiv takvih rešenja „sud ne može rešiti upravnu stvar za čije je rešavanje ovim zakonom utvrđena nadležnost Narodne banke Srbije” (Zakon o bankama, 2005, čl. 9, st. 5); slično, *mutatis mutandis*, piše i u Zakonu o osiguranju (2014, čl. 14, st. 4).

U domaćoj pravnoj teoriji, Cucić (2006, pp. 260-289, 274 i dalje) se izdvojio stavom da je ograničenje pune sudske jurisdikcije „prirodom stvari” – bilo ono zakonsko, bilo u vidu sudske diskrecione ocene – nepotrebno. Oslanjajući se na uporednopravna iskustva, on smatra da je dovoljno da se sudska puna jurisdikcija u Srbiji *de lege ferenda* isključi samo u diskrecionim upravnim stvarima. S tim u vezi, zalaže se da jedini opravdani kriterijum za sudsko (ne)postupanje u punoj jurisdikciji bude efikasnost i ekonomičnost odlučivanja u svakom konkretnom slučaju – bilo ponovnog upravnog, bilo neposredno sudske – što se u krajnjoj liniji svodi na potpunije ostvarenje interesa tužioca. Teorijski izbacujući kategoriju „prirode stvari” kao zakonski uslov za sprovođenje pune jurisdikcije (tj. ako ona „to dozvoljava”), on predlaže prebacivanje težišta na činjenični teren. Stavljajući u drugi plan načelo podele vlasti, Cucić (2006, pp. 281-282, 285) se praktično zalaže, s jedne strane – za generalnu klauzulu zakonske dopuštenosti pune jurisdikcije (osim kod diskrecione ocene koja je vazda delikatno upravno područje izvan sudske kontrole, premda ne u svim državama!), a s druge – da sudsko odlučivanje u punoj jurisdikciji uslovi drugim kriterijumima: činjeničnim stanjem, interesom tužioca, sudskim kapacitetom, razlozima sudske kasiranja osporenog akta i slično. Blažić (2011, p. 226) drugačije piše – da granice zakonitosti i celishodnosti koje postavlja zakonodavac „nijesu tako oštre, i to baš zahvaljujući formuli o 'prirodi stvari’”.

Interesantno je gledište Pljakića (2011, p. 329) koji dovodi u pitanje ustavnost isključivanja pune jurisdikcije posebnim zakonima,² s gledišta čl. 198 Ustava. Inače, tom prilikom on rezonuje: „[...] Čini se da je takva odredba u suprotnosti

² Na temelju odredbe čl. 43, st. 3 ZUS-a.

sa suštinom sudske vlasti. Nema takvog problema pred sudom koji ne može biti presuđen i o kome sud ne može da dà svoje mišljenje. Ukoliko su za određenu materiju potrebna posebna stručna znanja sud će ih obezbediti preko nekog od dokaznih sredstava. Ukoliko se dozvoli isključenje spora pune jurisdikcije, onda će svako hteti da se u svom zakonu zaštiti takvom odredbom, 'nalazeći da se radi o takvim znanjima kojima sud ne raspolaže”.

Smatram da navedeno rezonovanje doista otvara problem ograničavanja sudske zaštite iz čl. 198 Ustava, uprkos početnoj reči „izuzetno” (ZUS, čl. 43, st. 3). Iako predmetna ustavna odredba (*Zakornitost uprave*) govori samo o „preispitivanju pred sudom u upravnom sporu” – pa bi se kao takva mogla smatrati neutralnom s gledišta širine upotrebe pune sudske jurisdikcije – ona ipak previše, i tó unapred, potencijalno sužava polje pune sudske jurisdikcije. Kako i pred kim ispitivati da li je poseban zakon, što se tiče analiziranog okvira („izuzetno”), u skladu sa ZUS-om? Ostaje jedino ustavno-sudsko „presecanje”!

Potpisnik ovih redova postavlja i pitanje ustavnosti isključenja pune sudske jurisdikcije u upravnom sporu, osobito posebnim zakonima, s gledišta „prava na pravično suđenje” (čl. 32 Ustava). Jer tu je posredi pravo na sudsko „odlučivanje o pravima i obavezama” – što sugerise na meritum a ne jedino na kasaciju – ne isključivo o zakonitosti, iz ugla sudske zaštite u upravnom sporu.

Nadalje, Pljakić (2011, p. 384) daje dva primera kada priroda stvari u smislu čl. 70 ZUS-a, kod aktivnog nepoštovanja sudske presude, onemogućava punu jurisdikciju: „izdavanje kopije plana” i „izvoda iz matičnih knjiga”, gde je povređeno pravo na izdavanje takvih isprava.³

Gledište pisca ovih redova je ponešto drugačije. „Priroda stvari” je veštačka formula, „sunder” koji služi kao pokriće sudskoj slobodnoj oceni, pored raspoloživog činjeničnog stanja, interesa tužioca, ekonomičnosti, efikasnosti i razumnog roka, sudskih kapaciteta i slično. Uz vođenje računa o načelu podele vlasti da se ne bi preteralo u punoj sudskoj jurisdikciji. S tim što je kod diskrecionih upravnih predmeta takva njihova priroda, kao prepreka punoj sudskoj jurisdikciji, precizno određena. U ostalim slučajevima, kategorija „prirode stvari” je samo drugo ime za sudsku diskrecionu ocenu za (ne)upuštanje u punu sudsku jurisdikciju. Ta kovanica se naravno može izbeći, ali sudska diskreciona ocena u najvećem broju situacija ostaje.

Primerice, Upravni sud nikako ne bi smeo da umesto nadležnog javnopravnog organa odluči u tipičnim diskrecionim upravnim stvarima: o prijemu

³ Ilustracije radi, crnogorski Zakon o upravnom sporu (2016), u sferi pune sudske jurisdikcije kod neizvršenja sudskih presuda, uopšte ne pominje „prirodu stvari” kao ograničavajući faktor: kod aktivnog neizvršenja (čl. 58, st. 1) normira standard „po pravilu”, dok kod pasivnog neizvršenja i on izostaje (čl. 57, st. 4).

određenog lica u državljanstvo, o izdavanju pasoša, o davanju dozvole za nošenje oružja i drugo. Isto tako, može se očekivati da sud, po sopstvenoj diskrecionoj oceni, izbegne da rešava po upravnoj žalbi zbog isključenja učenika iz osnovne škole, prepuštajući to resornom ministarstvu. Nasuprot, držim da je, ilustracije radi, celishodno da sâm sud direktno dozvoli monitoring političkih izbora, recimo nekom nevladinom telu, pošto je kasirao neregularni akt nadležne komisije kojim mu dotično pravo prvobitno nije bilo priznato.

Rezimirajući, daju se razgraničiti tri grupe slučajeva:

- sud mora, *ex lege*, da rešava u punoj jurisdikciji, posle poništavanja osporenog akta;
- sud ne sme, *ex lege*, da „ide” na punu jurisdikciju pošto poništi osporeni akt jer je u pitanju diskrecioni upravni slučaj; plediram da, *de lege ferenda*, ZUS ne bi trebalo da upućuje na mogućnost da posebni zakoni uopšte, što će reći ni „izuzetno”, isključuju punu sudsku jurisdikciju u određenim upravnim materijama, već bi i takve situacije potpadale pod sudsku diskrecionu ocenu; sudska slobodna ocena uzimajući u obzir sumu okolnosti
- konkretnog tipa upravnog predmeta; pritom mi se izraz „priroda stvari” čini preuskim, nedovoljnim da osvetli svu suštinu problema u rang u uslova za odlučivanje u punom upravnom sporu.

Štaviše, izgleda mi da i u onim pravnim sistemima gde „priroda stvari” jezički, to jest *explicite*, ne figurira kao pretpostavka za punu sudsku jurisdikciju, zakon ili/i sud mora da ima u vidu profil i srž upravnog predmeta da bi ga – na temelju zakona ili/i po svojoj oceni – on, a ne javna uprava, rešavao „do kraja”. Tako je u francuskom pravu puna sudska jurisdikcija rezervisana za određene javnopravne sporove gde se meritorno i definitivno – bilo pre, odnosno umesto upravnog rešavanja, bilo posle njega kasiranog kao nezakonitog – odlučuje o pravima i obavezama tužioca. Pored novčanih sporova, ugovornih i onih za naknadu štete, posebne kategorije punog upravnog spora su izborni sporovi, poreski/fiskalni, oni u pogledu oštećenih i nekomfornih a opasnih zgrada zbog mogućnosti njihovog urušavanja, zaštite životne sredine, javnih radova, upravnog kažnjavanja službenika itd. (Brebán, 2006, pp. 451-453). Za puni upravni spor u francuskom pravu karakteristično je da sud može ne samo da izrekne poništenje osporenog/napadnutog akta – opšteg ili pojedinačnog, jednostranog ili dvostranog, to jest upravnog ugovora – već i da ga izmeni, zameni novim, odnosno da donese novi upravni akt umesto njega, izrekne određenu zabranu, ili pak obaveže upravu na neko činjenje, posebno da je osudi na naknadu štete (Denković, 2010, pp. 359-360). Sud pored pravnih ispituje tada i činjenična pitanja. U datom kontekstu, mogu

se odvojiti pitanja *objektivnog* prava od pitanja *subjektivnog* prava. Tako, *spor za poništaj upravnog postupanja ima za predmet objektivno pitanje* – pitanje zakonitosti. U središtu takvog spora je akt uprave za koji zainteresovano lice tvrdi da je nezakonit i traži od suda da ga poništi. Nasuprot, kod *spora pune jurisdikcije, posredi je pitanje subjektivnog prava*: sud razmatra sâmu suštinu jedne individualne pravne situacije, on raspravlja jedan sporni pravni odnos nastao povodom tužiočevog zahteva prema javnoj upravi: najčešće u vezi sa ugovorom između njega i javne uprave, ili u pogledu naknade štete koja je tužiocu pričinjena od strane javne vlasti (Vedel, 1976, pp. 458-459; Dupuis & Guédon, 1988, pp. 36, 459). Tom prilikom se upravni sud postavlja u istu poziciju kao građanski, redovni sud u parnici: kao „treći”, nezavisan i nepristrasan arbitar spram dve suprotstavljene stran(k)e u sporu (Cornu, 1989, p. 679; Guillien & Vincent, 1995, p. 459). Otuda se spor za poništaj upravnog akta – *contention de l’annulation* – pokrenut *par le recours excès de pouvoir* (zapodenut tužbom zbog prekoračenja vlasti), kvalifikuje objektivnim, a *contention de pleine juridiction*, subjektivnim upravnim sporom (Chapus, 1989, pp. 62-63; Braibant, Questiaux, & Wiener, 1973, p. 25).

Primerice, u nemačkom pravu, takođe, upravno-sudska nadležnost razdvojena je od građanskopravne i kaznene sudske nadležnosti.⁴ Postoje opšti i specijalizovani upravni sudovi, finansijski i socijalni. Načelno, tri su stepena upravnog suđenja: dva u okviru zemalja (*Länder*) – osnovni i viši, a jedan – vrhovni, na saveznom nivou (Savezni upravni sud). Aktuelni nemački *Zakon o upravnim sudovima* (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO) potiče iz 1960. godine. On predviđa da se protiv upravnih akata pred upravnim sudovima (opštim i specijalizovanim – finansijskim i socijalnim) mogu podneti tri glavne vrste tužbi (*Klagen*) (Schafer, 1960, p. 837; Eyermann, 1965, par. 42-43; von Redeker, 1989, par. 42-43): (1) *Anfechtungsklage* – tužba usmerena na poništavanje jednog upravnog akta (VwGO, čl. 42); (2) *Verpflichtungsklage* – tužba zbog neizdavanja zahtevanog upravnog akata, uperena na osudu uprave (nalaganje upravi) da donese određeni upravni akt (isti čl.); (3) *Feststellungsklage* – tužba koja ima za predmet jednu konstataciju, posebno utvrđivanje ništavosti (*Nichtigkeit*), to jest pravnog nepostojanja neke odluke ili pravnog nepostojanja izvesne pravne situacije (VwGO, čl. 43). Zbog svog predmeta i cilja, prva i treća biće zasebno detaljnije razmotrene.

Anfechtungsklage je pravno sredstvo za uklanjanje (*Aufhebung*) rušljivih, odnosno poništivih (*Aufhebbarkeit*) akata pred sudom. Ta tužba ima konstitutivnu prirodu (*Gestaltungsklage*). Ona je dopuštena pod pretpostavkom da tužilac dokaže da su odnosnim aktom povređena njegova prava. Po pravilu, ta tužba ima

⁴ O sudskoj kontroli uprave u Nemačkoj vid. von Turegg & Kraus, 1962, pp. 308-399; Faber, 1992, pp. 311-355; Hufen, 2005, pp. 412-419; Detterbeck, 2006, pp. 485-517, a na srpskom jeziku vid. Kemper, 2007, pp. 2545.

odložno dejstvo. Tužba za pobijanje o kojoj je reč biće uspešna (osnovana) ako je protivpravnim aktom zaista povređeno tužiočevo pravo (Köbler, 1991, p. 14).

Feststellungsklage predstavlja u nemačkom upravnom sporu *tužbu za utvrđenje*. Njom se može tražiti utvrđenje postojanja ili nepostojanja jednog pravnog odnosa, odnosno stanja,⁵ ili pak *utvrđenje ništavosti (pravnog nepostojanja) jednog upravnog akta* – sve to pod uslovom da tužilac ima opravdan interes za hitnu konstataciju te vrste.

Poseban značaj i mesto ima *Leistungsklage* (VwGO, čl. 43, st. 2) kojom se teži osudi javne uprave da nešto učini ili ne čini, odnosno da trpi. Potonje je samo donekle uporedivo sa sporom pune jurisdikcije u francuskom pravu. Tu se obično radi o potraživanju određene sume novca koju duguje neki javni kolektivitet, ili pak o zahtevu za povraćaj u ranije stanje zbog poništavanja jedne upravne odluke od strane suda.

Međutim, u svim tim slučajevima sud ne može, odnosno ne sme, zakonski mu je prećutno zabranjeno – zaključujem zbog „prirode stvari“!? – da dela umesto javne uprave; ne može se staviti na njeno mesto. Tako, sud nije ovlašćen da sâm izda upravni akt kojim će zameniti poništeni, niti da izmeni upravnu odluku. Rečeni prerogativi ostaju rezervisani za organe i organizacije javne uprave. Dakle, ni sudsko postupanje u nemačkoj verziji pune jurisdikcije, povodom *Leistungsklage*, ne znači sudsko zamenjivanje javne uprave, ne predstavlja upravnu delatnost. Raspravljajući tom prilikom meritorno dati odnos, i činjenična i pravna pitanja, sud se ograničava na osudu uprave na određeno držanje (aktivno ili pasivno) prema stranci. Dakle, u upravno-procesnom pravu Nemačke najviše čime upravni sud raspolaže jeste, uopšteno rečeno, funkcija kanalisanja upravnog ponašanja u zakonskom smislu (Tomić, 1989, pp. 58-59).

5. Zaključna razmatranja

Upravno-sudska stvar, kao sporna, izrasta iz upravne stvari, kao vansporne u pogledu koje se zakonitost konkretnog pravnog uređivanja ispituje u upravnom sporu. U domaćem pravu, domet spora pune jurisdikcije – kod kojeg sud pored klasičnih upravno-sudskih ovlašćenja kasacije poseduje i može da koristi i druga, za njega netipična (upravna, parnična disciplinska...) – ima dva zakonska noseća stuba čiju ispunjenost, u smislu uslova, sud u daleko pretežnom broju situacija sâm ceni: „prirodu stvari” koja mu (ne) omogućava kompletno presuđenje i da li u konkretnom slučaju ima na raspolaganju neophodno činjenično stanje za

⁵ Na primer, priznanje neke isprave ili utvrđivanje njene neispravnosti (u smislu čl. 256 nemačkog Zakona o parničnom postupku – *Zivilprozessordnung*, vom 5. Dezember 2005, BGBl. I S. 3202, 2006 I S. 431, 2007 I S. 1781, 2009 I 3145).

rešavanje (i) upravne stvari. Pritom zakonitost sprovedene sudske pune jurisdikcije može da preispituje Vrhovni kasacioni sud, po odgovarajućem zahtevu, kao vanrednom pravnom leku (ZUS, čl. 49-55). Međutim, tom prilikom najviša srpska sudska instanca se ne bavi utvrđenim činjeničnim stanjem, već samo proverava da li je kod presuđenja Upravnog suda u punoj jurisdikciji bilo povrede materijalnog prava i takvih „pravila postupka koja su mogla biti od uticaja za rešenje stvari” (ZUS, čl. 49, st. 2, tač. 2 u vezi sa st. 3 toga člana). Moje gledište je da je Vrhovni kasacioni sud, rešavajući po zahtevu za preispitivanje, ovlašćen da ispituje da li je priroda stvari omogućavala punu sudsku jurisdikciju od strane Upravnog suda u konkretnom slučaju ili ne.

Inače, upravnom sporu po pravilu prethodi upravna kontrola uprave, po žalbi u drugostepenom postupku. Ona se, po svojoj arhitektonici i karakteru, može kvalifikovati kao parasudska provera pravilnosti određenog (prvostepenog) upravnog čina, i to upravnim putem. S druge strane, kod upravnog spora pune jurisdikcije ingerencije suda su po svojoj kakvoći sudsko-upravne u sadržinskom smislu. Tako da je predmetna kategorija sudskog spora, teorijski uzev, definitivno zaokruživanje upravne delatnosti – u meritornom, ili samo u procesnom pogledu – direktno sudskim putem. Ali do tog sudskog zaokruživanja neće doći ako je sud našao da je osporeni akt zakonit, da je tužba protiv njega neosnovana. Tako da smatram da su sudska kasatorna ovlašćenja ipak u svakom slučaju primarna i nezaobilazna, a ona upravna – izvedena, sukcesivna, neizvesno aktivirajuća i time, sekundarna (Tomić, 1989, p. 170). Nešto drugačije tvrdi Dimitrijević (1986, p. 197) koji naglašava da su kod spora pune jurisdikcije primarna i najvažnija upravna ovlašćenja. Uostalom, i *ex constitutione*, osnovni zadatak upravnog pravosuđa je kontrola zakonitosti rada javne uprave, a ne prioritarno delanje umesto nje, čime se pruža zaštita i individualnim pravnim situacijama.

Ako kategorija „prirode stvari” opstane i ubuduće u ZUS-u, neophodno je zakonsko ujednačavanje upotrebe tog izraza. Pritom, nalazim da ga treba zadržati samo kod sudskog utvrđivanja da li postoji ili ne postoji – prema „prirodi stvari” – obaveza organa da, u izvršenju presude, umesto poništenog akta (ili umesto ćutanja) donese novi, odnosno naknadni akt (ZUS, čl. 69).

Puna sudska jurisdikcija, uz znatno povećane sudske kapacitete (sistem upravnog sudovanja, odnosno dvostепенost ili čak trostepenost upravnog suđenja), treba da doprinese, po širini i zahvatu sudskog odlučivanja, približavanju upravnog suđenja ostalim delovima pravosuđa, parničnom i krivičnom osobito. Zbog takve linije razvoja srpskog upravnog spora, postojeću klauzulu (ZUS, čl. 43, st. 3) o mogućnosti da se, doduše „izuzetno”, posebnim zakonom može isključiti puna sudska jurisdikcija smatram u najmanju ruku problematičnom, necelishodnom i na ivici neustavnosti.

Valja podvući da puna sudska jurisdikcija ne remeti načelo podele vlasti: njen cilj je potpuna, delotvorna i ekonomična, osobito blagovremena zaštita subjektivnih javnih prava i na zakonu zasnovanih interesa. Rečju, upravno sudstvo ima „rezervnu” i dopunsku, zaštitno-operativnu misiju. A javna uprava mora da radi svoj posao, da se ne zaklanja iza hipotetičke kompletne intervencije upravnog suda (i sudske i upravne, u dva koraka).

Nadalje, nalazim da je preko potrebna jedna načelna sudska lista – u obliku pravnog stava Upravnog suda – principijelno zabranjenih upravnih stvari za odlučivanje u punoj jurisdikciji. No, izvan toga, sud ne bi smeo da bude lišen domena sopstvene ocene kada će se upuštati u punu sudsku jurisdikciju a kada ne. Razume se, izvan diskrecionih upravnih stvari, apsolutno nespojivih sa sudskim meritornim rešavanjem kao i onih situacija kada je puna sudska jurisdikcija zakonski obavezna (ZUS, čl. 43, st. 5).

Takođe, po ugledu na francusko pravo, upravno pravosuđe bi moralo da ima i sopstveni domen javnopravnih stvari, prevashodno sporova koje bi ono neposredno i meritorno razrešavalo – za koje bi isključivo ono, a ne javna uprava, bilo inicijalno nadležno. Valjalo bi razmisliti i o supspecijalizaciji domaćeg upravnog sudstva, po ugledu na nemačko pravo, posebno za fiskalne i socijalne upravne sporove. S prethodnim u vezi, pažnju zaslužuje i odredba domaćeg Zakona o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu (2020, čl. 21), prema kojoj „sudije Upravnog suda koje sude po tužbi protiv konačnih rešenja o posebnom porezu moraju imati završenu obuku za sticanje posebnih znanja u postupku utvrđivanja imovine i posebnom porezu” koju sprovodi Pravosudna akademija.

Zaključujem: u razmatranom kontekstu bitni su, kumulativno, sledeći momenti: 1) organizacija upravnog pravosuđa i sudski kapaciteti, uključujući i njegovu supspecijalizaciju, kao i dvostепенost/trostepenost upravnog spora; 2) što potpunija zaštita interesa tužioca; 3) blagovremenost i delotvornost upravnog suđenja, ali ne na štetu objektivne zakonitosti; 4) sudska diskreciona ocena, uz njeno zakonsko ograničenje; 5) preciziranje situacija u kojim je obavezna puna sudska jurisdikcija, praćeno, *de lege ferenda*, proširivanjem njene neposredne i isključive operativno-zaštitne nadležnosti; 6) upravna diskreciona ocena ostaje zabranjeno polje pune sudske jurisdikcije.

Na koncu, smatram legitimnom težnju ka sprečavanju pingpong efekta u upravno-sudskom polju, što je više moguće. Naime, bilo bi *de lege ferenda* nužno da posle jednog poništavanja osporenog upravnog akta (odnosno utvrđivanja da je ćutanje bilo neosnovano) i sledstvenog nepoštovanja te i takve presude bude svakad obavezna sudska puna jurisdikcija, nezavisno od „prirode stvari”, osim kada je posredi upravna diskreciona ocena.

Literatura

- Beširević, V., Carić, S., Draškić M., Đerić, V., Ilić, G. et al. 2017. *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*. Beograd: Službeni glasnik.
- Blažić, Đ. 2011. *Upravno-sudski postupci Crne Gore*. Podgorica: Fakultet za državne i evropske studije.
- Braibant, G., Questiaux, N. & Wiener, C. 1973. *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, étude comparé*. Paris: Cujas.
- Breban, G. 2000. *Administrativno pravo Francuske*. Beograd – Podgorica: Službeni list SRJ – CID.
- Chapus, R. 1989. *Droit de contentieux administratif*. Paris: LGDJ.
- Cornu, G. 1989. *Vocabulaire juridique*. Paris: Presses universitaires de France.
- Cucić, V. 2006. *Upravni spor pune jurisdikcije, modeli i vrste*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Denković, D. 2010. *Dobra uprava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Detterbeck, S. 2006. *Allgemeines Verwaltungsrecht, mit Verwaltungsprozessrecht*. München: Verlag C.H. Beck.
- Dimitrijević, P. & Marković, R. 1986. *Upravno pravo I*. Beograd: Službeni list SFRJ.
- Dimitrijević, P. 1998. Priroda stvari u upravnom i upravno-sudskom postupku. *Pravni život*, 10, pp. 73-87.
- Dupuis, G. & Guédon, M.J. 1988. *Institutions administrative, Droit administratif*. Paris: Armand Colin.
- Eyermann, F. 1965. *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*. München: C. H. Beck.
- Faber, H. 1992. *Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Guillien, R. & Vincent, J. 1995. *Terme juridique*. Paris: Dalloz.
- Hufen, F. 2005. *Verwaltungsprozessrecht*. München: C. H. Beck.
- Jakšić, A. 2006. *Evropska konvencija o ljudskim pravima, komentar*. Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet.
- Kemper, G.H. 2007. Osnivanje i funkcionisanje specijalizovanih upravnih sudova: elementi koji ih omogućavaju. U: Karanović, V. i Pavlović, Lj. (ur.), *Organizacija, osnivanje i funkcionisanje upravnog sudstva – zakonodavstvo i praksa nekih evropskih država*. Beograd: Vrhovni sud Srbije, pp. 25–45.
- Köbler, G. 1991. *Juristisches Wörterbuch*. München, Vahlen.
- Pljakić, Lj. 2011. *Praktikum za upravni spor, sa komentarom, sudskom praksom i obrascima za primenu u praksi*. Beograd: Intermex.
- Schafer, W. 1960. *Die Klagearten nach der Verwaltungsgerichtordnung*. DVBl.
- Todorović, V. 2008. *Zakon o opštem upravnom postupku i Zakon o upravnim sporovima, sa komentarom, modelima akata, primerima i upravno-sudskom praksom*. Beograd: Projuris.
- Tomčić, Z. 1989. *Upravno pravo, upravna kontrola uprave*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- Tomić, Z. 2012. *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*. Beograd: Službeni glasnik.
- Tomić, Z. 2022. *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, sa sudskom praksom i registrom pojmova*. Beograd: Službeni glasnik.
- Vedel, G. 1976. *Droit administratif*. Paris: Presses universitaires de France.
- Von Redeker, O. 1989. *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Von Turegg, K.E. & Kraus, E. 1962. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Berlin: De Gruyter.
DOI: <https://doi.org/10.1515/9783111667416>.

Pravni izvori

- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.
- Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr. i *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.
- Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016 i 95/2018 - autentično tumačenje.
- Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2009.
- Zakon o upravnom sporu, *Službeni list Crne Gore*, br. 54/2016.
- Zakon o bankama, *Službeni glasnik RS*, br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015.
- Zakon o osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 139/2014 i 44/2021.
- Zakon o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020 i 18/2021.
- Verwaltungsgerichtsordnung 1960, *Bundesgesetzblatt (BGBl.)*, I S. 17/60, 2191/86, 686/91, 2840/07, 1010/08.
- Zivilprozessordnung 2005, *Bundesgesetzblatt (BGBl.)*, I S. 3202, 2006 I S. 431, 2007 I S. 1781, 2009 I 3145.

Ostali izvori

- Rešenje Vrhovnog suda Srbije, U 3363/2008 od 30. 4. 2009. godine.

TEST PROPORCIONALNOSTI U DOBA PANDEMIJE: LJUDSKA PRAVA VERSUS JAVNO ZDRAVLJE

Sažetak

Pandemija kovida-19 je dovela do toga da brojne države ograniče neka od najvažnijih ljudskih prava i sloboda, pa se postavlja pitanje balansa između garantovanih prava i zaštite javnog zdravlja. U prvom delu se razmatraju doktrinarni stavovi o testu proporcionalnosti, drugi deo je posvećen testu proporcionalnosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava, dok je treći deo posvećen testu proporcionalnosti u odlukama ustavnih sudova Nemačke i Bosne i Hercegovine. Zbog značaja koji imaju prava i slobode u svakoj državi, kao brana samovolji državne vlasti, očigledan je značaj razmatranja ove teme. Koristiće se pozitivnopravni i uporednopravni metod da bi se istražila sledeća hipoteza: ograničavanje ljudskih prava je opravdano samo u onoj meri u kojoj je to nužno za zaštitu javnog zdravlja.

Ključne reči: covid-19, ljudska prava i slobode, test proporcionalnosti, Evropski sud za ljudska prava, ustavni sudovi Nemačke i Bosne i Hercegovine.

* Master prava, viši asistent, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina.
E-mail: brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba

PROPORTIONALITY TEST DURING PANDEMIC: HUMAN RIGHTS VERSUS PUBLIC HEALTH

Summary

Due to the covid-19 pandemic, some of the most important human rights and freedoms were restricted in many countries, so the question of balance between guaranteed rights and public health protection arises. The paper consists of three parts. The first part discusses the doctrinal positions on the proportionality test, the second part is devoted to the proportionality test in the practice of the European Court of Human Rights, while the third part is devoted to the proportionality test in the decisions of the constitutional courts of Germany and Bosnia and Herzegovina. Due to the importance of rights and freedoms in every state, as a barrier to the arbitrariness of state power, the importance of considering this topic is obvious. Dogmatic and comparative law methods will be used to examine the following hypothesis: the limitation of human rights is justified only to the extent that it is necessary for the protection of public health.

Keywords: covid-19, human rights and freedoms, proportionality test, European Court of Human Rights, constitutional courts of Germany and Bosnia and Herzegovina.

1. Uvod

Usled pandemije izazvane virusom kovid-19, države su preduzimale različite mere s ciljem da suzbiju širenje virusa. Po prirodi stvari, vanredne prilike dovode do toga da se ljudska prava i slobode ograničavaju, a samim tim se postavlja i pitanje ustavnosti i proporcionalnosti takvih mera. Državna vlast ne može da bude pasivna, ali su vanredne prilike plodno tlo za kršenje ljudskih prava i sloboda, što nužno vodi pitanju granice delovanja državne vlasti. U praksi Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) prilikom odlučivanja o koliziji dvaju prava, primenjuje se test proporcionalnosti, utemeljen na trima osnovama: zakonitosti mera kojima se ograničavaju prava i slobode, legitimnosti cilja kojem se teži i neophodnosti tih mera u demokratskom društvu. U radu će se prvo analizirati test proporcionalnosti – kako s teorijskog aspekta tako i sa aspekta prakse ESLJP. Zatim će teorijski uvidi i standardi iz prakse ESLJP da budu primenjeni na analizu odluka ustavnih sudova Nemačke i Bosne i Hercegovine. Istraživanje bi

trebalo da pokaže da je ograničavanje ljudskih prava opravdano, ali samo u onoj meri u kojoj je to nužno za zaštitu javnog zdravlja. Da li je taj balans postignut ili ne, ispituje se testom proporcionalnosti.

2. Test proporcionalnosti

Test proporcionalnosti predstavlja sredstvo kojim se sudovi koriste prilikom odlučivanja o ljudskim pravima koja u konkretnom slučaju dolaze u koliziju. Na primer ukoliko dođe do sukoba principa slobode kretanja i principa zaštite javnog zdravlja, sud ima na raspolaganju test proporcionalnosti da reši taj sukob i utvrdi da li je jedno pravo povređeno nauštrb drugog prava. Sledstveno, da bi se razvila (teorijska i praktična) rasprava o testu proporcionalnosti, nužno je da se sažeto objasni šta su pravni principi, budući da su ljudska prava koja se garantuju različitim aktima (uključujući i Evropsku konvenciju o ljudskim pravima) pretežno principi, odnosno to je „najuticajnije shvatanje prirode normi kojima se ustanovljavaju ustavna prava i slobode” (Jovanović & Spaić, 2022, p. 89). U teoriji se često govori o principu proporcionalnosti kao sinonimu za test proporcionalnosti. Međutim, tu se ne radi o principu kao vrsti pravne direktive nego se misli na sredstvo kojim se sudovi koriste da bi rešili sukob pravnih principa koji jesu vrsta pravnih direktiva.¹ Dakle, pravni principi kao vrsta pravnih direktiva su predmet testa proporcionalnosti. Da bi se izbegla potencijalna zabuna koju može da izazove korišćenje izraza „princip proporcionalnosti”, u radu će se koristiti izraz „test proporcionalnosti”.

2.1. Šta su principi?

Među najvažnije vrste pravnih direktiva spadaju pravna pravila i pravni principi.² Pošto se u radu polazi od toga da su ljudska prava i slobode principi, izložiće se suština Dvorkinovog i Aleksijevog učenja o principima. Za Dvorkina (1977, p. 22) principi predstavljaju zahteve pravde, pravičnosti ili neke druge dimenzije moralnosti. Aleksi tvrdi da principi iskazuju ideju optimizacije, to jest principi su one norme koje nalažu da se nešto ostvari u najvećoj mogućoj meri, imajući u vidu pravne i stvarne mogućnosti – oni su optimizujuće komande, to jest *prima facie* zahtevi (Alexy, 2000, pp. 294–295).³ Principi imaju određenu

¹ Pravna direktiva je genusni pojam za različite vrste pravnih standarda ponašanja, kao što su pravna pravila i pravni principi.

² Barak smatra da je svaki princip izraz neke od fundamentalnih vrednosti, koje pretenduju da se ostvare u najvećoj mogućoj meri, s tim da su ograničenja moguća na podustavnom nivou (zakonima i podzakonskim aktima). Vid. Barak, 2012, p. 41.

³ Dvorkin smatra da se pravila primenjuju po formuli sve-ili-ništa što neki autori nazivaju

dimenziju težine, to jest važnosti, sva pravila imaju jednaku važnost. Kada više principa pretenduju da budu primenjeni na isti slučaj, onda se odmerava težina svakog od njih, pa se utvrđuje kojem će se dati prvenstvo, s tim da princip koji je *in concreto* nadjačan drugim principom i dalje važi (i u nekom drugom slučaju može da odnese prevagu). Jedan princip, postavljajući određeni zahtev, dolazi u sukob sa zahtevima koje postavlja drugi princip, te je određenje stepena zadovoljenja svakog principa moguće balansiranjem (vaganjem, odmeravanjem).⁴ Za razliku od principa, pravilo je ona pravna norma koja nedvosmisleno može da se primeni ili ne primeni *in concreto*, to jest pravila su norme koje zahtevaju nešto određeno – definitivne komande čija se primena zasniva na supsumiranju (Alexy, 2014, p. 22).

2.2. Test proporcionalnosti – teorijski pogledi

Proporcionalnim se, u rečnicima, naziva onaj koji ima „pravilan odnos delova prema celini, koji stoje u nekoj srazmeri, srazmeran” (Klajn & Šipka, 2006, p. 997). U pravu, testom proporcionalnosti se ispituje postojanje ravnoteže između cilja i upotrebljenih sredstava za ostvarenje cilja. Ako se utvrdi postojanje ravnoteže, za određeno sredstvo se kaže da je proporcionalno cilju i da, sledstveno, pravo nije prekršeno.⁵ Meler smatra da je test proporcionalnosti „doktrinarno sredstvo za rešavanje konflikta subjektivnog prava sa konkurentskim (kolidirajućim) pravom ili interesom, čija je suština u procesu balansiranja između njih” (2012, p. 710).⁶ Melerov stav je najvećim delom tačan, budući da je nesumnjiv doprinos doktrine teorijskom uobličavanju testa proporcionalnosti, ali jednake

binarnom primenom pravila (Jovanović & Spaić, 2022, p. 90), dok to ne važi za principe. Barak iznosi kritički osvrt na Alesksijev stav o *prima facie* karakteru ustavnih prava, tvrdeći da ona nemaju taj karakter nego da predstavljaju definitivna prava. Vid. Barak, 2012, pp. 37–42. „Subjektivna prava kao ustavne vrednosti mogu da se ukinu samo drugi ustavnim vrednostima” (Klatt & Meister, 2012, p. 690).

⁴ „Balansiranje je specifičan vid primene principa” (Alexy, 2014, p. 52). Balansiranjem se rađa novo derivativno ustavno pravilo, smatra Aleksi, koje je sazdano na temelju sukobljenih principa i koje određuje koji od njih ima primat. Dakle, to pravilo sužava obim ustavom garantovanog prava i važi u datim okolnostima, to jest *in concreto*, sa čim se Barak ne slaže (Barak, 2012, pp. 38–40).

⁵ Test proporcionalnosti je relevantan za pravo Evropske unije, praksu međunarodnih i evropskih sudova i praksu drugih organa na nacionalnom nivou. U međunarodnom pravu se najčešće pominje u sferi ratnog prava. Vid. Brown, 1976, p. 136.

⁶ Barak ističe da je odlučivanje o ustavnim pravima dvofazno: prvo se utvrđuje obim ustavnog prava a zatim se određuje doseg – da li ustav daje osnov da se podustavnim aktima odnosno pravo ograniči. U mogućnosti ograničenja leži jezgro testa proporcionalnosti. Vid. Barak, 2012, pp. 19–20.

zasluge idu i Saveznom ustavnom sudu Nemačke⁷ i ESLJP, koji su doprineli da on zaživi u praksi drugih sudova. Svaka radnja države koja utiče na ljudska prava i slobode mora da bude nužna, podesna i razumno opravdana *in concreto*, tako da test proporcionalnosti „nameće pozitivnu obavezu javnim vlastima da dokažu neophodnost njihovih akcija” (Trykhlil, 2020, p. 128). Test proporcionalnosti može da se primeni samo ukoliko je u pitanju relativno pravo, dakle ono koje je podložno izuzecima, dok neka prava imaju apsolutni karakter i samim tim nema govora o odstupanju od njih.⁸ Govoreći o relativnim pravima, Herards ističe da je zadiranje u njih prihvatljivo sve dok može da se pruži razumno obrazloženje za takvo postupanje (Gerards 2013, p. 466). Uistinu, kvalitet bilo koje sudske odluke može da se ocenjuje jedino na osnovu kvaliteta ponuđene pravne argumentacije.

Po Melerovom mišljenju (2012, p. 711), razlikuju se četiri faze testa proporcionalnosti:⁹ (1) utvrđivanje legitimnog cilja, (2) postojanje racionalne veze između određene politike i cilja koji se nastoji ostvariti (podesnost), (3) nepostojanje alternativnog načina da se ostvari neka politika (nužnost) i (4) davanje prioriteta određenom pravu u konkretnom slučaju (balansiranje, proporcionalnost u užem smislu).¹⁰ Aleksi (2014, pp. 52 i dalje) smatra da princip proporcionalnosti (test proporcionalnosti) podrazumeva tri potprincipa: podesnost, nužnost i proporcionalnost u užem smislu.¹¹ Prvi i drugi potprincip se tiču optimizacije u pogledu faktičkih mogućnosti, dok se proporcionalnost u užem smislu odnosi na optimizaciju u pogledu pravnih mogućnosti.

⁷ „Princip proporcionalnosti započinje svoj trijumfalni marš u oblasti ljudskih i ustavnih prava pre otprilike pola veka”, budući da se odluka Saveznog ustavnog suda Nemačke (u slučaju *Apothekeurteil*) iz 1958. uzima obično kao zametak načela proporcionalnosti. Vid. Möller, 2012, p. 709. Takođe vid. Stone Sweet & Mathews, 2008, pp. 89–91. Za suprotan stav, prema kojem princip proporcionalnosti ima korene u jurisprudenciji pruskog upravnog sudstva, vid. Bezbradica & Marković, 2022, p. 181.

⁸ Detaljnije razmatranje podele na apsolutna i relativna prava sledi u delu o testu proporcionalnosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava.

⁹ Barak govori o tri faze kontrole ustavnosti ograničenja ljudskih prava: prvo se utvrđuje da li zakon ograničava ustavom garantovano pravo, zatim se utvrđuje ustavnost ograničenja, a na kraju se analiziraju posledice neustavnosti zakona. Vid. Barak, 2012, p. 27.

¹⁰ Test proporcionalnosti podrazumeva analiziranje moralnih i pravnih vrednosti koje se balansiraju, a sem uslova koje predviđa EKLJP, praksa je iznedrila još neke koji su relevantni pri balansiranju: postupanje javnih vlasti u dobroj veri, predvidljivost akcija države, legitimni interesi i očekivanja pojedinaca (Trykhlil, 2020, p. 138). „Pošto se balansiranje odnosi na vrednosti i vrednosne sudove, a ne na činjenice, ono je najsporniji deo testa proporcionalnosti... Balansiranje je neminovno subjektivno obojeno i političko” (Schlink, 2012, pp. 724–726).

¹¹ „Princip proporcionalnosti s tri potprincipa logički proizlazi iz prirode principa kao optimizujućih komandi, a priroda pravnih principa kao optimizujućih komandi logički proizlazi iz principa proporcionalnosti. Ta ekvivalentnost je nužna” (Alexy, 2014, p. 57). Vid. i Tsakyrakis, 2009, p. 474.

Obrazlažući prvu fazu u utvrđivanju proporcionalnosti, Meler nastoji da utvrdi šta je cilj a šta je legitiman cilj.¹² Obično se ciljevi poimaju kao zamišljene posledice čijem se ostvarenju teži, to jest daje im se subjektivni prizvuk. Meler objektivizuje shvatanje ciljeva svodeći ih na pitanje: koji interes treba da se zaštititi? Na primer ako odlučujemo između principa slobode okupljanja i principa zaštite fizičkog integriteta građana, prvenstvo će da ima drugi princip, ako postoji opasnost od sukoba – dakle, interes zaštite fizičkog integriteta opravdava ograničenje slobode okupljanja. Govoreći o legitimnosti cilja (interesa), Meler naglašava da je nužno moralno rasuđivanje za utvrđivanje (ne)legitimnosti u tom smislu, iako su u velikom broju slučajeva ciljevi *prima facie* (ne)legitimni (2012, pp. 711–712).

I Aleksi i Meler su saglasni da je jedna od faza testa proporcionalnosti *faza utvrđivanja podesnosti*. Aleksi kaže da se u ovoj fazi odbacuju sredstva koja sprečavaju ostvarenje bar jednog od konkurentskih principa, bez unapređenja drugog principa ili cilja zbog kojeg je princip prihvaćen.¹³ Mera kojom se ograničava pravo mora da bude prikladna za ostvarenje cilja kojem se teži, to jest ona treba da vodi ostvarenju željenog rezultata. U fazi utvrđivanja podesnosti, tvrdi Meler, utvrđuje se u kojoj meri se određeni princip i legitimni cilj (iz prve faze) uistinu sukobljavaju. Davanje prvenstva jednom principu u odnosu na drugi mora da bude podesno sredstvo za ostvarivanje legitimnog cilja bar u maloj meri.¹⁴ Ako neko sredstvo uopšte ne doprinosi ostvarenju cilja, onda sukob i ne postoji, to jest, *a contrario*, sukob principa postoji samo kad se jedan od njih može ostvariti samo nauštrb drugog.

Sledeća faza testa proporcionalnosti je *faza utvrđivanja nužnosti*. Njena se suština, smatra Aleksi, ogleda u tome da se za ostvarenje jednog principa bira uvek ono sredstvo koje manje remeti ostvarenje drugog principa. Meler to iskazuje kao nepostojanje manje restriktivne politike koja bi jednako doprinela ostvarenju legitimnog cilja.¹⁵ Na primer ako se zaštita javnog zdravlja može postići

¹² „Ustavna prava uvek nadvladavaju bilo kakva druga razmatranja osim onih razmatranja koja imaju ustavni status. Samo dovoljno jake, to jest ustavne vrednosti mogu da se shvate kao legitimni ciljevi” (Klatt & Meister, 2012, p. 690).

¹³ Npr. ako su sukobljeni principi P1 i P2, a sredstvo S koje je prihvaćeno zarad ostvarenja principa P1 nije u konkretnom slučaju podesno, ali sprečava ostvarenje principa P2, onda nema nikakvih štetnih posledica ako se S potpuno odbaci. Međutim, Aleksi naglašava da je pravilo da su sredstva koja zakonodavac predviđa za ostvarenje ciljeva podesna za to, bar u određenoj meri, iz čega proizlazi da je potprincip podesnosti malog praktičnog značaja. Vid. Alexy, 2014, p. 53.

¹⁴ I Šlink smatra da je relevantno da se utvrdi ne samo da li mera uistinu doprinosi ostvarenju cilja nego je relevantno i pitanje koliko mera doprinosi tome, a to uključuje empirijsku analizu. Vid. Schlink, 2012, p. 722.

¹⁵ Meler problematizuje tradicionalnu formulu testa nužnosti – „manje restriktivno, jednako efektivno” – govoreći da to nije uvek jednostavno, budući da je ponekad, primera radi, neki pristup manje restriktivan ali zahteva dodatne resurse. Ti se problemi rešavaju ili u fazi utvrđivanja

propisivanjem obaveze nošenja maske i držanjem fizičke distance, nije proporcionalno da se zabranjuje kretanje.

Poslednja i najvažnija faza testa proporcionalnosti je *faza balansiranja*.¹⁶ Aleksi iznosi zakon balansiranja koji glasi: Što je veći stepen neostvarenja jednog principa ili narušavanja jednog principa, to mora da bude veći stepen zadovoljavanja drugog principa. Jedan princip može da slabo, umereno ili ozbiljno omogućuje ostvarenje drugog principa, pa su to tri stepena zadiranja jednog principa u drugi (Alexy, 2003, pp. 136–138), a to prihvataju i neki drugi autori (Klatt & Meister, 2012, p. 696). Ishod balansiranja je, smatra Meler, nalaženje odgovora na pitanje koji od dva ili više konkurentskih principa ima prioritet u datim okolnostima, to jest balansiranje vodi ka razumnom balansu između sukobljenih interesa (Gerards, 2013, p. 469). Sud u nekim odlukama navodi da je pronalaženje pravičnog balansa (proporcionalnost u užem smislu) između opšteg interesa i interesa pojedinca inherentno EKLJP (*Soering v. The United Kingdom*, predstavka br. 14038/88, presuda ECHR, 7. 7. 1989).

Test proporcionalnosti ima prvorazredni značaj iz više razloga. Prvo, on je ne samo koristan nego i nužan kako bi se rešila kolizija dva subjektivna prava koja imaju, apstraktno posmatrano, jednaku vrednost, ali u konkretnom slučaju jedno mora da odnese prevagu. Drugo, test proporcionalnosti kroz više faza omogućuje detaljno ispitivanje važnosti konkurentskih prava u kontekstu pojedinog slučaja. Treće, ovaj test je, naročito u fazi balansiranja, dokaz značaja moralnih principa u pravu jer se važnost pojedinog prava *in concreto* ocenjuje i na osnovu moralnog rasuđivanja. Tsakirakis tvrdi da test proporcionalnosti pretenduje da bude objektivn, neutralan i potpuno izolovan od moralnog rasuđivanja (2009, p. 474). Budući da sukobljene interese treba svesti na zajedničku meru, Tsakirakis smatra da bi trebalo odbaciti balansiranje kao metod presuđivanja jer se njim traži od sudije da mehanički odmerava vrednosti. Meler smatra da u procesu balansiranja između konkurentskih prava moralno rasuđivanje ima ključno mesto (2012, p. 715) jer bez moralnog rasuđivanja nema modusa da se pokaže da su sukobljeni interesi uporedivi (2012, pp. 719–721). Dakle, on smatra da primena testa proporcionalnosti nužno uključuje i moralno rasuđivanje i da je balansiranje prikladan metod jer „ljudska prava su plod moralnosti, pa je i rasuđivanje o njima moralno rasuđivanje” (2012, pp. 717 i 726). Taj stav prihvataju i Klatt i Majster (2012, p. 692). Teško je odbranljiv Tsakirakisov stav o mehaničkom karakteru

nužnosti ili u fazi balansiranja.

¹⁶ Aleksi kaže da je balansiranje predmet trećeg potprincipa – proporcionalnosti u užem smislu. Test proporcionalnosti omogućuje sudiji da pronade „pravičan balans (*fair balance*) odmeravajući prava i interese, kako bi, posledično, dao prioritet jednom od njih” (Trykhlil, 2020, p. 129).

balansiranja jer sudija mora da argumentuje zašto jednom principu daju prvenstvo u datom slučaju. A da bi se dalo prvenstvo jednom interesu, odnosno ljudskom pravu, potrebno je da se sudija upusti u moralno rasuđivanje i oceni šta je u konkretnom slučaju vrednije, odnosno važnije. U prilog svojoj odluci, sudija će da navede pravne razloge (argumente) sadržane u odgovarajućim pravnim direktivama koje u značajnoj meri, kako kaže i Meler, predstavljaju pozitivizaciju moralnih postulata. Takođe, slučajevi u kojima se primenjuje test proporcionalnosti su uvek teški slučajevi – oni u kojima možemo da očekujemo neslaganje razumnih ljudi u pogledu ishoda, to jest njegovog rešavanja (Möller, 2012, p. 721), a moralno rasuđivanje u njima uvek ima određeno mesto. Meler govori o pravilnom balansiranju podrazumevajući pod tim onaj način i ishod balansiranja koji može da ubedi nekog ko nije ubeđen u ispravnost odabranog rešenja.¹⁷ I to dokazuje da rasuđivanje o sukobljenim principima ne može da se oceni kao mehaničko jer sudija mora da pravno argumentuje svoju odluku i on u tome može da bude manje ili više uspešan, a snaga njegovih argumenata je merilo valjanosti njegovog rasuđivanja.

2.3. Test proporcionalnosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava

2.3.1. O prirodi prava iz EKLJP – kada test proporcionalnosti može da se primeni?

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (dalje: EKLJP) sadrži katalog prava i sloboda, ali nemaju sva prava i slobode isti tretman. S obzirom na to da li se ljudska prava i slobode mogu ograničiti ili ne, pravi se dihotomna podela na apsolutna i relativna ljudska prava i slobode. Shodno EKLJP, određena prava imaju apsolutni karakter, to jest ne podležu nikakvim izuzecima (npr. zabrana ropstva)¹⁸ dok su druga relativna, to jest nisu zaštićena u punom obimu (Barak, 2012, p. 32) i mogu da budu ograničena, ali samo pod uslovima koje EKLJP propisuje. Nomotehnički je to izvedeno tako što se za apsolutna prava propisuje da „svako ima pravo” ili da „niko ne sme”, dok se u slučaju relativnih prava navodi da je ograničenje moguće ako je to „neophodno u demokratskom društvu”, „u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske

¹⁷ Möller, 2012, p. 728. O vezi između balansiranja, prava kao aduta i apstraktne težine principa vid. Dworkin, 1977, pp. 197–204. i Klatt & Meister, 2012, pp. 688–692.

¹⁸ „Najveći deo ljudskih prava uživa samo delimičnu zaštitu” ali moderni ustavi poznaju „izuzetke od delimične zaštite, priznajući apsolutni karakter određenim ustavnim pravima” (Barak, 2012, p. 27). U Nemačkoj je, primera radi, oglašen neustavnim zakon koji je predviđao mogućnost obaranja civilnog vazduhoplova u situaciji kada se pouzdano zna da su ga oteli teroristi koji će da ga sruše, budući da se tim zakonom krši pravo na ljudsko dostojanstvo (apsolutno pravo) nedužnih putnika ili građana koji se nalaze tamo gde bi avion pao.

dobrobiti zemlje”, „neophodno radi zaštite zdravlja i morala”, „samo ako su ograničenja propisana zakonom”, „zbog zaštite prava i sloboda drugih” itd.¹⁹ Dakle, veliki broj pravnih standarda sadrži EKLJP, pa je sudijama ESLJP ostavljen širok prostor za tumačenje.²⁰ EKLJP služi kao okvir kojim se određuje mera do koje mogu da se ograniče ljudska prava i slobode zarad ostvarenja legitimnog cilja. Shodno EKLJP, apsolutnog su karaktera zabrana mučenja, zabrana ropstva i prinudnog rada, te mogućnost kažnjavanja za krivična dela samo na osnovu zakona. S druge strane, relativan karakter imaju pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, sloboda misli, savesti i veroispovesti, sloboda izražavanja i sloboda okupljanja i udruživanja. U tom smislu je relativnost prava *condicio sine qua non* za primenu testa proporcionalnosti. Članom 15 EKLJP propisuje se, generalnom klauzulom, mogućnost odstupanja u vanrednim okolnostima.²¹ Takođe, članom 18 EKLJP je predviđeno da se predviđena ograničenja prava i sloboda ne smeju primenjivati ni u koje druge svrhe sem onih zbog kojih su propisana, što je u stvari izraz načela da se izuzeci tumače usko.

2.3.2. Test proporcionalnosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava

U EKLJP i praksi ESLJP test proporcionalnosti podrazumeva ispitivanje triju uslova koji kumulativno moraju da budu ostvareni da bi se ograničenje smatralo proporcionalnim: propisanost pravom, nužnost mera u demokratskom društvu i legitimnost cilja kojem se teži.²² Kada se prava i slobode predviđeni EKLJP ograničavaju, to mora da bude *propisano pravom*, pa se postavlja pitanje značenja odnosnih reči. Praksa ESLJP daje odgovor na to pitanje u presudama. Prvenstveno, ESLJP smatra da se propisanost pravom odnosi kako na zakone tako i na podzakonske akte i na nepisano pravo. U presudi *Kruslin v. France* (predstavka br.

¹⁹ Barak iznosi teorijske i praktične dileme u vezi s apsolutnim pravima, navodeći da ima teoretičara koji smatraju da su sva prava relativna. Postavlja se pitanje da li je prihvatljivo da se prema teroristi primeni tortura ako bi samo na taj način moglo da se dođe do saznanja o planiranim napadima, te se na taj način spreči smrt velikog broja ljudi? Da li bi bilo prihvatljivo žrtvovanje jednog apsolutnog prava (tj. njegova relativizacija) onda kad to spasava živote desetina ili stotina ljudi? Odgovori na ova pitanja nisu samo domen prava, nego su i domen morala. Vid. Barak, 2012, pp. 29–30.

²⁰ To su „neodređeni koncepti” koje „precizira praksa Evropskog suda za ljudska prava, utvrđujući suštinu i sadržaj propisanih izuzetaka” (Trykhlil, 2020, pp. 132 i 137). Neki autori ističu da neodređenost može da se prevaziđe uvođenjem „testa sredstava i ciljeva” (*means-end test*). Vid. Gerards, 2013, p. 470. Takođe, pojedini autori smatraju da su i brojni standardi koje je iznedrila praksa ESLJP nejasni i nekoherentni. Vid. Greer, 2004, p. 425.

²¹ Deset evropskih država su iskoristile mogućnost predviđenu čl. 15 EKLJP na početku pandemije kovid-19 virusa. Više o tome: Ćorić, Knežević Bojović & Višekruna, 2021, p. 120.

²² O testu proporcionalnosti u praksi ESLJP, između ostalog, vid. Zdravković, 2022, p. 81.

11801/85, presuda ECHR, 24. 4. 1990, par. 29 i 30) izričito se navodi da se „propisanaost pravom” mora tumačiti u supstantivnom a ne u formalnom smislu, te da ona u stvari znači pravni osnov – pravni akt javne vlasti koji je stupio na snagu. Međutim, to nije dovoljno jer odnosni akt mora da ispunjava određene kriterijume u kvalitativnom smislu: (1) mora da bude dostupan adresatima, (2) da im omogućuje da predvide posledice koje akt ima za njih (ako je to neophodno i uz odgovarajući savet) i to u razumnoj meri, imajući u vidu date okolnosti (*Gozelik and Others v. Poland*, predstavka br. 44158/98, presuda ECHR, 17. 2. 2004, par. 64) i (3) mora da bude kompatibilan sa vladavinom prava. Jasno je da se ovde radi o uslovima koji su elastično postavljeni, s tim da je ESLJP utvrdio da uslov predvidljivosti posledica ne znači da one moraju da budu apsolutno predvidljive jer iskustvo pokazuje da je to nedostižno a i rigidnost odredaba onemogućuje da se ide u korak sa novim okolnostima (*The Sunday Times v. The United Kingdom*, predstavka br. 6538/74, presuda ECHR, 26. 4. 1979, par. 46–49). Akt koji propisuje ograničenja treba da građanima pruži odgovarajuću indiciju o okolnostima i uslovima pod kojima su javni organi ovlašćeni da zadiru u prava i slobode (presuda *Kruslin v. France*, par. 30). ESLJP je zauzeo stav da EKLJP ima supsidijarni karakter i da su domaći organi bolje upućeni nego međunarodni sud u pitanje na koji način treba da se zadovolje potrebe unutar njenih granica (*Hatton and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 36022/97, presuda ECHR, 8. 7. 2003, par. 97).

Drugi uslov koji mora da bude ispunjen da bi ograničenje prava bilo osnovano ogleda se u *legitimnosti cilja kojem se teži*. Shodno sistematskom tumačenju EKLJP, legitimni su sledeći ciljevi: zaštita nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti, teritorijalnog integriteta, ekonomske dobrobiti zemlje, očuvanje autoriteta i nepristrasnosti sudova, sprečavanje nereda i kriminala, zaštita zdravlja i morala, prava i sloboda drugih i tako dalje (o njima vid. Greer, 2004, pp. 416–418). Legitimni ciljevi su navedeni u odgovarajućim članovima, s tim da su neki od uslova relevantni za sva relativna prava (npr. zaštita zdravlja i morala) dok su drugi relevantni samo za neka relativna prava (npr. zaštita teritorijalnog integriteta).

Treći korak u primeni testa proporcionalnosti je utvrđivanje *nužnosti ograničenja u demokratskom društvu*. I ovaj uslov je široko postavljen pa ga je ESLJP u svojoj praksi konkretizovao. Test nužnosti treba da obezbedi zaštitu interesa demokratije i spreči prikrivenu političku celishodnost (Trykhlil, 2020, p. 134), s tim da nužnost mera ne označava korisnost, razumnost, uobičajenost niti poželjnost (*Handyside v. The United Kingdom*, predstavka br. 5493/72, presuda ECHR, 7. 12. 1976, par. 48). EKLJP je osmišljena da promoviše i održi ideale i vrednosti demokratskog društva kao što su: pluralizam, tolerancija i slobodoumnost. Demokratija nije samo oličenje volje većine nego je težnja ka balansu u kojem se osigurava pravičan tretman manjina i onemogućuje zloupotreba dominantne

pozicije (*Gorzelik and Others v. Poland*, predstavka br. 44158/98, presuda ECHR, 17. 2. 2004, par. 90). ESLJP takođe smatra da je nužno da se ispita da li su javne vlasti pokazale nemar pri odabiru mera koje preduzimaju (*Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, predstavka br. 57947/00, 57948/00, 57949/00, presuda ECHR, 24. 2. 2005, par. 171). Ovo ima veliku važnost za predmet ovog članka, budući da je osnovano zapitati se da li su nadležni organi restriktivne mere određivali bez ikakvih kriterijuma i procena, dakle proizvoljno. U određenim slučajevima, ESLJP uvodi standard „apsolutne nužnosti” koja je mnogo stroži i ubedljiviji modus testa nužnosti (*McCann and Other v. The United Kingdom*, predstavka br. 18984/91, presuda ECHR, 27. 9. 1995, par. 148–150) i to važi na primer za slučajeve iz čl. 2 EKLJP u kojem se navodi kad se lišenje života ne smatra protivpravnim – kad je apsolutno nužno zbog odbrane određenog lica od nezakonitog nasilja, dok se u drugim slučajevima (*Observer and Guardian v. The United Kingdom*, predstavka br. 13585/88, presuda, 26. 11. 1991, par. 59) govori o „uverljivoj nužnosti”. Odstupanje od garantovanog prava je izuzetak, a svi izuzeci moraju da se tumače usko i nužnost za odstupanje od garantovanog prava mora da bude očita, te utemeljena na prekoj društvenoj potrebi koja zahteva hitnu reakciju,²³ dovoljnom broju relevantnih razloga za zadiranje u pravo i proporcionalna legitimnom cilju kojem teže javne vlasti (*National Federation of Sportspersons’ Associations and Unions (FNASS) and Others v. France*, predstavka br. 48151/11, 77769/13, presuda ECHR, 18. 4. 2018, par. 167).²⁴

U čl. 15 EKLJP generalnom klauzulom propisuje se mogućnost odstupanja u vanrednim okolnostima: (1) u „doba rata ili druge javne opasnosti koja pretila opstanku nacije” i (2) ovlašćuju se ugovornice da preduzimaju „mere koje odstupaju od obaveza iz Konvencije” s tim da one moraju da budu „u najnužnijoj meri koju iziskuje takva situacija” a (3) ne smeju da budu u neskladu s drugim obavezama prema međunarodnom pravu. Javna opasnost koja pretila opstanku nacije u praksi Suda je „posebno krizna situacija ili vanredna okolnost koja pogađa celokupno stanovništvo i predstavlja pretnju životu zajednice” (*Lawless v. Ireland (No. 3)*, predstavka br. 332/57, presuda, 1. 7. 1961, par. 28). Kad je reč o merama koje su najnužnije u datoj situaciji, ESLJP je u različitim odlukama utvrdio kriterijume

²³ Pod izrazom „*pressing social need*” podrazumeva se važnost ciljeva čijem ostvarenju se teži: nedovoljno je da se radi o legitimnom cilju, nego to mora da bude neko društveno stanje koje zahteva hitnu reakciju. Vid. Gerards, 2013, p. 467.

²⁴ Herards smatra da se test nužnosti u demokratskom društvu više koristi kao retoričko sredstvo nego kao instrument koji pomaže Sudu da pruži valjanu argumentaciju, pa nedostatak jasnih kriterijuma dovodi u pitanje racionalnost odluke. Isti autor govori o tome da bi trebalo da ESLJP utiče na zakonodavce i sudove ugovornice pokazujući im put kojim treba da idu u cilju zaštite ljudskih prava, a jedan od koraka ka tom cilju je i da se precizira test nužnosti i preduprede budući sporovi o ljudskim pravima. Vid. Gerards, 2013, p. 468.

koji su relevantni za tu ocenu: da li bi redovni zakoni bili dovoljan odgovor na javnu opasnost, da li su mere uistinu odgovor na javnu opasnost i da li su korišćene za dozvoljene svrhe, da li je potreba za odstupanjem konstantno preispitivana, da li je došlo do ublažavanja mera, da li je postojala mogućnost sudske kontrole mera, da li su one proporcionalne i slično (*Guide on Article 15 of the European Convention of Human Rights*, 2022). Praksa ESLJP je da prilikom ispitivanja predstavke prvi korak predstavlja utvrđivanje da li je osnov za ograničenje prava sadržan u ranijim članovima EKLJP (jer određeni članovi garantuju pravo, pa u drugom stavu navode kad ono može da se ograniči), a samo kad je odgovor na to pitanje negativan, utvrđuje se valjanost odstupanja prema čl. 15 EKLJP (*A. and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 3455/05, presuda ECHR, 19. 2. 2009, par. 161 i *Tehres v. Romania*, par. 46). Načelno, ESLJP utvrđuje da je na državi ugovornici, u sklopu njene odgovornosti za opstanak nacije, da utvrdi da li je *in concreto* reč o javnoj opasnosti koja preči opstanku nacije i kako treba da se prevaziđe ta situacija, što ne znači da država ima neograničeno diskreciono pravo (*Ireland v. The United Kingdom*, predstavka br. 5310/71, presuda ECHR, 18. 1. 1978, par. 207).

3. Ustavnosudski test proporcionalnosti: primeri Bosne i Hercegovine i Nemačke

Pošto u demokratskim društvima primat pripada ljudskim pravima i slobodama, nužno je da se uspostavi ravnoteža između kolektivnog interesa (tj. zaštite zdravlja stanovništva) i interesa pojedinaca (ljudskih prava i sloboda). Da li je ravnoteža uspostavljena, ocenjuje se na osnovu testa proporcionalnosti. Ovaj deo rada podrazumeva primenu doktrinarnih uvida i standarda iz prakse ESLJP na komparativnu analizu odluka dva ustavna suda: Ustavnog suda BiH (dalje: USBH) i Saveznog ustavnog suda Nemačke (dalje: USN). U pitanju su odluka AP-1217/20 (Odluka USBH, 2020)²⁵ i odluka 1 BvR 781/21 (Odluka USN, 2021).²⁶

²⁵ Odluka (kojom je ujedno odlučeno i povodom apelacije AP-1254/20) dostupna je na: https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-1217-20-1234093.pdf.

²⁶ Odluka BvR 781/21 u kojoj je odlučeno o ustavnosti Zakona o prevenciji i kontroli zaraznih bolesti kod ljudi (*Infektionsschutzgesetz*) koji je menjan Četvrtim zakonom o zaštiti stanovništva tokom epidemije od nacionalnog značaja (*Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, dalje: Četvrti zakon), dostupna na: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119_1bv-r078121en.html.

3.1. Polazna stanovišta ustavnih sudova

U brojnim državama nadležni organi su proglasili vanredno stanje te propisivali mere zaštite od širenja virusa. One su obuhvatale različite obaveze, poput nošenja zaštitnih maski i držanja fizičke distance,²⁷ do mera ograničenja i zabrane kretanja: uvođenje policijskog časa, zabrana napuštanja mesta prebivališta tokom vikenda, zabrana kretanja za starije od 65 godina i mlađe od 18 godina itd. Pošto EKLJP *a priori* ne zabranjuje ograničenje ljudskih prava i sloboda, sada se postavlja pitanje da li su države dužne da reaguju u kriznim situacijama i nameću restriktivne mere. Drugim rečima, da li je ograničenje prava obaveza države ili je država dužna da ne ograničava ljudska prava? Teške posledice koje je proizvodila pandemija, priroda odredaba EKLJP i praksa ESLJP, brojnost država koje su uvele restriktivne mere i praksa ustavnih sudova različitih država ukazuju na potvrđan odgovor. U odlukama ustavnih sudova nije negirana potreba propisivanja epidemioloških mera nego je, eventualno, bila sporna proporcionalnost tih mera.²⁸ EKLJP pruža tri osnova za ograničenje konvencijskih prava: prvi je sadržan u članovima koji garantuju relativna prava, drugi je sadržan u čl. 15 EKLJP, a treća kategorija su inherentna (ugrađena) ograničenja. Dok je USN posmatrao restriktivne mere kroz prizmu nemačkog Osnovnog zakona (koji poput EKLJP sadrži bogat katalog prava i sloboda), dotle je USBH kao polazište uzeo EKLJP²⁹ i to prvi osnov ograničenja sadržan u relativnim pravima. Ali oba ustavna suda su ocenili da je nužno ograničenje prava i sloboda kao reakcija na širenje virusa.

²⁷ U javnom diskursu se sve vreme govorilo o socijalnoj a ne o fizičkoj distanci. To nije odgovarajući naziv, s obzirom na to da je cilj bio da, u obavljanju svakodnevnih aktivnosti, građani svedu fizičke kontakte na minimum, a ne da se jedni od drugih potpuno izoluju u socijalnom smislu i prekinu svaku saradnju.

²⁸ Osim odluka USN i USBH, videti, primera radi, Odluku USH, 2020 i Odluku Ustavnog suda Austrije V 363/2020-25 (Odluka USA, 2020), dostupna na: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Entscheidung_V_363_2020_vom_14._Juli_2020.pdf.

²⁹ U pravnom sistemu BiH EKLJP zauzima posebno mesto jer „bavljenje pitanjem ljudskih prava [...] nužno ima Evropsku konvenciju za polazišnu tačku” (Kreštalica, 2021, p. 68). Shodno čl. II 2 Ustava Bosne i Hercegovine, prava i slobode predviđeni u EKLJP i u njenim protokolima direktno primenjuju u Bosni i Hercegovini, te ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. Teoretičari nisu saglasni u pogledu mesta koje EKLJP ima u ustavnom sistemu BiH, ali je Ustavni sud BiH u odluci U-5/04 (Odluka US, 2004) utvrdio da nema govora o primatu EKLJP u odnosu na Ustav jer je EKLJP, kao međunarodni dokument, stupila na snagu na osnovu Ustava BiH. Vid. Marković, 2021, pp. 148–151. Problemi su nastali zbog engleskog teksta Dejtonskog sporazuma u kojem se pominje „*priority over all other law*“, što je izazvalo različita tumačenja reči *law* jer neki autori smatraju da označava (celokupno) pravo, a drugi ističu da se odnosi na zakone. Na osnovu toga, jedni smatraju da EKLJP ima nadustavnu snagu (Vehabović, 2006, p. 51), a drugi smatraju da ona ima prioritet nad svim aktima osim Ustava, budući da je sama odredba sadržana u Ustavu (Marković, 2017, p. 80).

USN je utvrdio da prilikom donošenja mera kojima se ozbiljno zadire u osnovna prava i slobode nije, načelno, dopušteno da se sporna pitanja tumače na štetu titulara prava. Ali USN smatra da pandemija kovida-19 zahteva „hitnu potrebu za ustavnom zaštitom” i država je dužna da se tim vodi (st. 171 Odluke USN, 2021). USN dodaje da i Osnovni zakon Nemačke nalaže da zakonodavac, vođen jakim demokratskim legitimitetom, uprkos neizvesnostima, rešava sukobe između interesa visokog i interesa najvišeg reda (st. 171). U tom smislu, moglo bi se zaključiti da USN smatra da zaštita javnog zdravlja, makar i kroz znatno ograničavanje ljudskih prava, predstavlja interes najvišeg reda. USBH navodi dužnost preduzimanja mera koje nalažu „aktivnu brigu i pravovremenu reakciju” jer se u suprotnom povređuju pozitivne obaveze države (st. 36 Odluke USBH, 2020), a to se navodi (st. 19) i u odluci U-I-1372/2020 hrvatskog Ustavnog suda (dalje: Odluka USH, 2020).³⁰ Dakle, ovi ustavni sudovi suštinski iskazuju da država mora da zaštiti javni interes (odnosno kolektivno pravo – zaštitu javnog zdravlja) pa makar i nauštrb interesa privatnih lica, ali mere moraju da budu proporcionalne.

3.2. Ustavnosudski test proporcionalnosti: prava i slobode naspram javnog zdravlja

Odluka USBH, 2020 je donesena povodom zabrane kretanja za lica koja su starija od 65 godina i lica koja su mlađa od 18 godina na teritoriji Federacije BiH (dalje: FBiH), ustanovljene Naredbom Federalnog štaba civilne zaštite od 20. 3. 2020 (dalje: Naredba). Naredba sadrži četiri tačke, od kojih prva i ključna glasi: „Naređuje se zabrana kretanja osobama mlađim od 18 godina i starijim od 65 godina na području FBiH.” Apelanti su tvrdili (st. 6–15 Odluke USBH, 2020) da se naredbom krše sloboda kretanja, pravo na dostojanstvo, pravo na slobodu ličnosti i pravo na delotvoran i efikasan pravni lek, otežava svakodnevni život i onemogućuje staranje o najboljem interesu deteta, uspostavlja diskriminatoran tretman na bazi godina; da nadležni organi nisu razmotrili blaže mere, da su određene kategorije lica u kućnom pritvoru i da donosioci odluka nisu uzimali u obzir zdravstveno stanje kao kriterijum (st. 6–15 Odluke USB, 2020). Pred USN se, povodom podnesenih ustavnih žalbi, raspravljalo o ustavnosti mera zabrane kontakata,³¹ mere policijskog časa i ograničenja u raznim objektima čije je kršenje

³⁰ Odluka U-I-1372/2020 dostupna je na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2020_09_105_1971.html

³¹ U nemačkom diskursu se hteo izbeći izraz „zabrana kretanja” pa se koristio izraz „zabrana kontakata” budući da problematično nije napuštanje stana, nego je problematičan kontakt sa drugim licima. Ipak, ako ne drugim merama, uvođenjem policijskog časa ipak je zabranjeno kretanje u određenom periodu iako se i iza te mere krije cilj smanjenja kontakata sa drugim licima.

bilo novčano sankcionisano. Podnosioci ustavnih žalbi su smatrali da se propisanim epidemijskim merama (koje su deo sistema *Bundesnotbremse*)³² krše odredbe Osnovnog zakona Nemačke o slobodi ličnosti i delovanja, prava na zaštitu ličnosti, braka i porodice (st. 1 Odluke USN, 2021).

I USBH i USN su razmatrali da li se epidemijskim merama zadire u slobodu kretanja ili se radi o lišavanju slobode. Prema dvema odlukama ESLJP (*De Tommaso v. Italy*, predstavka br. 43395/09, presuda ECHR, 23. 2. 2017, par. 80. i *Nada v. Switzerland*, predstavka br. 10593/08, presuda ECHR, 12. 9. 2012, par. 255), razlika između lišenja slobode i mešanja u slobodu kretanja je u stepenu i intenzitetu, a ne u prirodi ili suštini, te zahteva razmatranje konkretne situacije, tipa ograničenja, trajanja, delovanja i načina sprovođenja mera. Na osnovu prakse ESLJP i sopstvene prakse, USBH je utvrdio da propisivanjem mere zabrane kretanja nije bilo stvarne fizičke prinude niti su propisane drastične novčane kazne ni prinudno zatvaranje zbog kršenja epidemioloških mera (st. 45 Odluke USBH, 2020). Iz toga US zaključuje da nema kršenja čl. 5 EKLJP koji se odnosi na lišenje slobode (st. 46 Odluke USBH, 2020). Za USBH je, u kontekstu podnesenih apelacija, relevantan čl. 2 Protokola br. 4 uz EKLJP, pa se apelacije analiziraju kroz prizmu tog člana. Nemački organi su pak propisali policijski čas kao jednu od epidemioloških mera pa se i tamo postavilo pitanje prirode te mere. U Odluci USN, 2021 nemački kontrolor ustavnosti je utvrdio da policijski čas nije lišenje slobode (st. 240 i 250) nego je mera ograničenja slobode (st. 242 i 249), a u prilog toj oceni je konstatovao da je policijski čas trajao sedam sati dnevno (od 22 do 5 č) i to u periodu kad je mobilnost stanovnika smanjena jer je to period odmora i sna a adresati su mogli da odaberu gde će da ostanu, sve dok se radi o stambenom prostoru (st. 250). Bitna razlika između mera nemačkih organa i organa FBiH je u tom što se u prvom slučaju kretanje ograničava u jednom delu dana dok se u drugom potpuno i celodnevno zabranjuje. Prihvatljivo je da se ne može govoriti o lišenju slobode, što su oba suda dobro argumentovala, ali je značajno da je odredba iz Naredbe najviši stepen zadiranja u slobodu kretanja i da suštinski predstavlja zabranu a ne ograničenje kretanja. U svakom slučaju, kad više prava dođu u koliziju, delovanje državnih organa mora da prođe test proporcionalnosti, to jest propisane mere moraju da budu zakonite, nužne u demokratskom društvu i preduzete zarad ostvarenja legitimnog cilja. U praksi EKLJP se test proporcionalnosti realizuje tako što se poštuje redosled iz teksta EKLJP: propisanost pravom, nužnost, pa legitimnost cilja. Međutim, bilo bi celishodnije da se ostvarenost uslova ispita sledećim redom: (1) propisanost, (2) legitimnost cilja

³² Ako sedmodnevna incidenca (broj novih slučajeva korone na 100.000 stanovnika) tri dana zaredom bude veća od 100, pokreće se tzv. sigurnosna kočnica (*Notbremse*). Pooštrene epidemijske mere na snazi ostaju sve dok sedmodnevna incidenca pet dana zaredom ne bude manja od 100.

i (3) nužnost mera u demokratskom društvu. Taj redosled je celishodniji jer ako nema legitimnog cilja, onda nema govora o raspravljanju o nužnosti, što smatraju i neki drugi autori (Schlink, 2012, pp. 725–726).

Prvo pitanje na koje se odgovara testom proporcionalnosti tiče se ocene o zakonitosti zadiranja u garantovana prava i slobode. Budući da je, po mišljenju autora ovog rada, sporna zakonitost Naredbe, detaljnije će se ovaj uslov analizirati u pogledu nje nego u odnosu na nesporno zakonsko utemeljenje akata nemačkih organa.³³ Pošto zakonitost u praksi ESLJP u stvari označava propisanost pravom, to jest postojanje pravnog osnova za ograničenje prava, u tom smislu je, *prima facie*, uslov ispunjen u odnosu na Naredbu jer se osnov za izricanje mera nalazi u Zakonu o zaštiti i spasavanju (dalje: ZZS) i u Zakonu o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (dalje: ZZB). Prema čl. 108 ZZS štabovi civilne zaštite naređuju provođenje odgovarajućih mera zaštite. Čl. 48 ZZS tog zakona propisuje aktivnosti i mere koje se preduzimaju s ciljem zaštite i spasavanja (ukupno 13 njih), a drugi stav tog člana navodi da sem navedenih mera „ako za to postoji potreba, mogu se planirati, pripremati, organizovati i sprovesti i druge delatnosti i mere u zaštiti i spasavanju”. Nesumnjivo je da epidemija predstavlja prirodnu nepogodu u smislu tog zakona jer se radi o „masovnoj pojavi ljudskih bolesti” (čl. 3 ZZS) ali povodom mera, zakonodavac je vrlo neodređen pa mora da se analizira kvalitet propisa u smislu kriterijuma koje predviđa praksa ESLJP. ZZS je dostupan adresatima, ali na osnovu formulacije „druge delatnosti i mere” malo je verovatno da građani mogu da steknu i indicije o tome koje mere bi mogle da se primene u odnosu na njih.³⁴ Precizniji u tom smislu je ZZB budući da navodi da *Federalno ministarstvo zdravlja* može narediti zabranu kretanja stanovništva, odnosno ograničenje kretanja. Dakle, ZZB je objavljen, predvidljive su posledice i moglo bi da se kaže da je u skladu sa vladavinom prava, bar formalno shvaćenom, u fulerovskom smislu (Fuler, 2011, pp. 49–102).

Za USBH dva zakona su dovoljan osnov za tvrdnju da su donesene naredbe štaba civilne zaštite zakonite, to jest pravom predviđene, čime ispunjavaju prvi uslov testa proporcionalnosti (st. 50 Odluke US, 2020). Ovaj stav, po mišljenju autora ovog rada, nije tačan. Utvrđeno je da *Federalno ministarstvo zdravlja* ima osnov da donosi naredbe kojim se ograničava ili zabranjuje kretanje stanovništva. Ima li to pravo *Federalni štab civilne zaštite* (koji je donosio naredbe o zabrani kretanja)? Čitanje odredaba ZZS ne pruža osnov za to federalnim štabovima civilne zaštite, koji se pozivaju upravo na čl. 108 tog zakona. Dakle, ministarstvo zdravlja je imalo

³³ Epidemijske mere koje su donosili nemački organi propisane su Četvrtim zakonom.

³⁴ U odluci *Kruslin v. France* se govori o tome da građani treba da imaju indiciju o okolnostima i uslovima pod kojima su javni organi ovlašćeni da zadiru u prava i slobode. Međutim, nedovoljno je da građani znaju kad mogu da očekuju ograničenje osnovnih prava, nego bi trebalo da postoji indicija o tome kako će ograničenja da se realizuju, to jest koje mere bi mogli da očekuju.

pravni osnov da donosi naredbe, a imajući u vidu da se radi o zaštiti zdravlja, po kriterijumu stručnosti, opravdano je rešenje iz ZZS. S obzirom na jezičku jasnoću odredbe iz ZZB, nema mesta pozivanju na slobodno sudijsko uverenje, višeznačnost odredaba ili pripisivanje odredbi ZZB bilo kog značenja osim onog koje je jezički potpuno jasno. Sem toga, trebalo je da USBH sistemski tumači dva zakona čime bi utvrdio ko je nadležan organ. Ipak, nijedan sudija USBH nije to uvideo ili bar nije to pokazao izdvojivši mišljenje. Budući da ZZS ne predviđa mogućnost ograničenja kretanja i budući da su sva ograničenja ljudskih prava i sloboda izuzetak, trebalo bi u spornim situacijama, to jest kad god ne postoji nesumnjiv pravni osnov za ograničenje ili zabranu slobode kretanja, da se odredbe tumače *in favorem* prava i sloboda građana. Iz toga proizlazi da su naredbe kriznog štaba nezakonite. S druge strane, čak i da za njih postoji formalni osnov, u kvalitativnom smislu one ne bi prošle test proporcionalnosti (i ne bi bile u skladu sa vladavinom prava) budući da nijedna naredba nije objavljena u službenom glasniku, a to je moralo da se uradi jer su naredbe opšti pravni akti.³⁵ Ako akt koji predviđa mogućnost ograničenja prava u vanrednim prilikama mora da bude, kako ESLJP kaže, pravni akt javne vlasti koji je stupio na snagu, trebalo bi *a fortiori* da akt kojim se ograničavaju prava i slobode bude objavljen u službenom glasniku i da stupi na snagu u određenom periodu nakon objavljivanja. U naredbama je na kraju samo navođeno da one stupaju na snagu danom donošenja, a materijalizacija putem objavljivanja na internet-stranicama nadležnih organa ili putem medija nije prihvatljiva. I da donošenje naredbi od strane štaba civilne zaštite ima zakonsko uporište, uslov predvidljivosti nije ispunjen. Vidna je i jedna kontradiktornost u odluci USBH – nakon što je u jednom delu odluke (st. 50 Odluke USBH, 2020) istakao da mere ispunjavaju uslov propisanosti pravom (uključujući i kvalitativni aspekt), na drugom mestu USBH navodi da zakonske odredbe ZZS i ZZB nisu dovoljno precizne u pogledu vrste mera, trajanja, obaveze kontinuiranog preispitivanja i posledica do kojih dolazi u slučaju kršenja tih mera (st. 56 Odluke USBH, 2020), dakle kvalitativno nisu valjane (*sic!*). Sve to ukazuje da prvi uslov, propisanost pravom, *nije ispunjen*. Budući da USBH ima drukčiji stav, analiziraće se i rasuđivanje USBH o narednom uslovu testa proporcionalnosti.

Drugi uslov koji se ispituje testom proporcionalnosti je analiza *legitimnosti cilja zbog kojeg se zadire u garantovana prava i slobode*. Shodno čl. 2 Protokola 4 uz EKLJP, legitimni ciljevi su zaštita interesa državne ili javne bezbednosti, očuvanje

³⁵ Hrvatski Sabor je u tom smislu izmenio Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti i predvideo da i stožer civilne zaštite može, osim ministra zdravlja, donositi zakonom navedene epidemiološke mere, a izričito je navedeno da se takve mere objavljuju u službenom glasniku Hrvatske – *Narodnim novinama*. Vid. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, *Narodne novine*, br. 47/2020.

javnog poretka, sprečavanje kriminala, zaštita zdravlja ili morala ili prava i sloboda drugih. USN navodi da je zakonodavčeva pretpostavka da postoji znatna opasnost po razne, zakonom zaštićene, interese utemeljena na dovoljno čvrstim nalazima (st. 172 Odluke USN, 2021) i da je legitiman bio cilj nemačkog zakonodavca da uspori dalje širenje virusa i spreči opterećenje zdravstvenog sistema u celini (st. 174 i 188) jer bez funkcionalnog zdravstvenog sistema bilo bi teško zaštititi i lica koja su obolela od drugih bolesti a ne samo kovid-19 bolesnike (st. 175).³⁶ S druge strane, USBH konstatuje da je cilj preduzetih mera zaštita zdravlja većeg broja ljudi i sprečavanje širenja epidemije u društvu (st. 51 Odluke USBH, 2020). O tačnosti stavova oba ustavna suda, odnosno legitimnosti ciljeva kojima se propisivanjem mera težilo, dovoljno govore broj zaraženih, brzina širenja virusa, teški simptomi kod značajnog broja zaraženih, broj hospitalizovanih, stopa smrtnosti itd.

Uslov koji se tiče *podesnosti sredstava* za postizanje legitimnog cilja, o čemu Aleksi i Meler govore, nesumnjivo je ispunjen i u FBiH i u Nemačkoj, budući da propisane mere doprinose manjoj interakciji među građanima, a samim tim se smanjuje mogućnost širenja zaraze. USN apostrofira da zakonodavac mora da stalno preispituje važeće mere³⁷ ističući da „što mere duže ostaju na snazi” sve je manje zakonodavcu dopušteno da se oslanja na prvobitne procene „pod uslovom da je mogao da dobije pouzdanije podatke” (st. 190 Odluke USN, 2021). U prilog ovoj tvrdnji USN-a ide i čl. 28c Četvrtog zakona u kojem je bilo predviđeno da savezna vlada može svojim aktima da reaguje na nova naučna otkrića u vezi sa epidemijom i propiše izuzetke u odnosu na vakcinisana lica i lica koja su već ozdravila od virusa. Pošto je odluka USN-a o ustavnosti donesena naknadno, USN ističe da, s aspekta momenta donošenja odluke, „ništa ne ukazuje da je zakonodavac možda neadekvatno ispunio svoje obaveze” (st. 191). USN ističe da je nemački parlament, dodeljujući zadatke institutu za javno zdravlje preduzeo „neophodne institucionalne korake kako bi obezbedio da se informacije potrebne za određivanje mera za borbu protiv zaraznih bolesti prikupe i procene”. Ovaj institut je ažurno pratio nalaze o epidemiji i upoznao savezne organe i javnost sa podacima o stopi infekcije, a posebno USN ističe da je u vreme usvajanja Četvrtog zakona izveštaj instituta pokazivao da je rizik po zdravlje nemačkog stanovništva veoma visok (st. 178). Sem toga, zakonodavac je posegao i za stručnim slušanjima pred nadležnim komitetom Bundestaga kako bi se detaljno

³⁶ U Odluci USA, 2020 (st. 48) takođe se ističe da mere protiv širenja virusa kovid-19 imaju za cilj zaštitu zdravlja, čime se istovremeno štiti i funkcionalnost zdravstvenog sistema.

³⁷ Ustavni sud Austrije (st. 49 Odluke USA, 2020) navodi da se epidemijske mere donose u uslovima neizvesnosti i promptno te da se saznanja o njihovim efektima mogu tek postepeno saznavati. Time je ovaj organ ukazao na to da je nužno preispitivanje tih mera s obzirom na efekte koje postižu.

upoznao sa epidemijskim prilikama, a USN konstatuje da su ekspertska mišljenja bila dostupna javnosti i da se o njima naširoko raspravljalo dok je trajao zakonodavni postupak. Kad se to sve uzme u obzir, ne iznenađuje stav USN-a da je „procena zakonodavca bila dovoljno pouzdana” (st. 187). Konsultovanje medicinske struke je glavna komparativna prednost reakcije nemačkih organa na epidemijske mere u odnosu na organe FBiH. Dok su nemački organi gradili sistem reagovanja na širenje zaraze na stavovima struke, to je, u najmanju ruku, sporno za organe FBiH. Ono što „krasi” mere organa FBiH u borbi protiv epidemije je upravo neuvažavanje stavova medicinske struke ili bar neprikazivanje da su oni razmotreni. A okolnosti su bile takve da je trebalo da odlučujući uticaj na izbor mera imaju upravo medicinski stručnjaci. Krajnje pozitivan primer predstavlja i hrvatsko rešenje. U Hrvatskoj je marta 2020. osnovan Znanstveni savjet za suzbijanje epidemije bolesti COVID-19 uzrokovane virusom SARS CoV-2, sačinjen od domaćih i inostranih naučnika i stručnjaka za javno zdravstvo, molekularnih biologa, epidemiologa, infektologa i slično. Takvo naučno-stručno telo u FBiH nije postojalo, a nesumnjivo je da je trebalo da postoji i da ima ključnu reč pri odabiru epidemijskih mera. Dalje, u FBiH pravila su postavljena bez ikakvih izuzetaka, što je neprihvatljivo u materiji ograničavanja osnovnih prava i sloboda. Posledice koje je apsolutna zabrana kretanja proizvela se čine apsurdnim: lice koje je starije od 65 godina i dobrog je zdravstvenog stanja ne može da se slobodno kreće, dok lice mlađe od 65 godina koje je u invalidskoj penziji zbog respiratornih bolesti (čime je *eo ipso* u kategoriji ugroženih lica) može da se slobodno kreće bez ikakvih ograničenja. USBH navodi da se iz Naredbe ne vidi zašto su stariji od 65 i mlađi od 18 godina naročito ugrožene kategorije lica koje nose veći rizik od širenja zaraze (st. 63 Odluke USBH, 2020), te da je neprihvatljivo da se mere propisuju bez izuzetka jer se nepredviđanjem izuzetaka, *inter alia*, onemogućuje rad zakonodavnih, izvršnih i sudskih organa (u kojima rade i stariji od 65 godina) koji moraju imati mogućnost da nastave sa radom i u vanrednim okolnostima, ali na onaj način koji je prilagođen posebnim okolnostima (st. 58). Neubedljivo zvuče, po mišljenu autora ovog rada, navodi Vlade FBiH (iz odgovora na apelaciju, st. 16 Odluke USBH, 2020) da je nužna apsolutna zabrana kretanja jer stariji od 65 godina imaju slabiji imunološki sistem, a mlađi od 18 godina imaju blaže simptome, ali prenose virus starijima. Treba dodati i da je opšteprihvaćeno da svaka odluka mora da bude obrazložena, a naredbe štabova nikakva obrazloženja ne sadrže, a ona jesu nužna i upravo tu su donosioci imali priliku da ukažu na ispunjenost svih uslova koji se inače traže za test proporcionalnosti.

Treći uslov koji se analizira testom proporcionalnosti se odnosi na *nužnost ograničenja u demokratskom društvu*. Nužnost mere, ističu neki autori, podrazumeva da ne postoji ona mera koja je manje restriktivna a da istovremeno

predstavlja podesno sredstvo za ostvarenje legitimnog cilja (Klatt & Meister, 2012, p. 705). USN ističe da su epidemijske mere bile nužne jer zakonodavac na raspolažanju nije imao „druga sredstva koja bi bila tako delotvorna kao ograničenje kontakata a da jednovremeno u manjoj meri pogađaju osnovna prava i slobode” (st. 202 Odluke USN, 2021). USN je razmotrio i alternativne mere koje su mogle da se donesu, utvrdivši da ni vakcinacija ni nošenje maski ne bi mogli da doprinesu cilju jednako kao i mere ograničavanja kontakata.³⁸ USBH ističe da mere koje se propisuju ne smeju da umanjuju „dugoročne interese zaštite osnovnih demokratskih vrednosti, vladavine prava i ljudskih prava” (st. 53 Odluke USBH, 2020). Dodaje da nije vidljivo da su nadležni organi FBiH razmotrili alternativne, blaže mere, niti je vidljivo da su se vodili stavovima medicinske struke.³⁹ Jedan od kriterijuma iz prakse ESLJP (presuda *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*) jeste ispitivanje da li su javne vlasti pokazale nemar pri odabiru mera. Po mišljenju autora, vlasti FBiH su pokazale nemar jer je, rečnikom ESLJP, trebalo da se pokaže uverljiva nužnost, dakle onaj stepen koji bi razumnog čoveka ubedio u ispravnost postupanja, ali organi FBiH nisu to ni pokušali da urade. Međutim, USBH ne navodi izričito da apsolutna zabrana kretanja nije bila nužna nego svojom argumentacijom u osnovi prelazi na proces balansiranja, kroz sledeće pitanje: da li je uspostavljena pravična ravnoteža između interesa zajednice i prava pojedinaca na slobodno kretanje? (st. 52 Odluke USBH 2020). Takav pristup je pogrešan, budući da je nužnost mere prethodno pitanje u odnosu na balansiranje – ako mera zabrane kretanja nije nužna, onda nema mesta za fazu balansiranja. Međutim, potpunosti radi, analiziraće se rasuđivanje USBH-a o postojanju pravične ravnoteže.

Mera apsolutne zabrane kretanja za određena lica ozbiljno onemogućuje ostvarenje principa slobode kretanja, dakle to je najviši stepen zadiranja prema Aleksijevoj trijadičkoj skali. Stav USBH-a je da, zbog krizne situacije, zakonodavac može da novelira postojeće ili donosi nove zakone koji će organima da daju šira ovlašćenja u odnosu na važeće zakone (st. 53 Odluke USBH, 2020). Iz ovoga bi moglo da se zaključi da USBH kritikuje Parlament FBiH zbog pasivnosti, pripisujući mu ulogu nadležnog i legitimnog organa za reagovanje u vanrednim

³⁸ Vakcine nisu mogle da budu dovoljno sredstvo zaštite javnog zdravlja (st. 206) jer nije bilo moguće dosegnuti nivo vakcinacije koji bi zaštitio većinu stanovnika (zbog vremena potrebnog za proizvodnju, nestašice u nabavci, intervala između doza vakcina) a ni pravilno nošenje maski ne bi bilo dovoljno jer niti postoje dokazi koji pouzdano pokazuju da to smanjuje rizik od infekcije u istoj meri kao zabrana kontakata, niti je to jednako efikasno kao potpuno izbegavanje ličnih kontakata (st. 210). USN navodi da prema „pouzdanim naučnim saznanjima, ograničenja kontakata su i dalje efikasno sredstvo” za smanjenje širenja zaraze (st. 228).

³⁹ Štaviše, USBH navodi, *exempli causa*, blaže mere (st. 59 Odluke US 2020) koje su mogle da se propišu poput zabrane kretanja u određenom delu dana, zabrane pristupa izvorištima zaraze ili javnim ustanovama.

situacijama. Uporednopravni primer takve reakcije bili bi nemački i hrvatski zakonodavci (u Hrvatskoj je dopunjen Zakon o sustavu civilne zaštite čime su proširena ovlašćenja stožera civilne zaštite, a u Nemačkoj je donesen Četvrti zakon).⁴⁰ S obzirom na zakonodavčevu ulogu, trebalo bi da on vrši konstantan nadzor nad primenom epidemioloških mera kako bi se sprečila proizvoljnost u delovanju štabova jer nepostojanje tog nadzora može da vodi proizvoljnosti kriznih štabova pri određivanju epidemioloških mera (st. 56 Odluke USBH, 2020).⁴¹ USBH osnovano kritikuje trajanje mera (st. 60 Odluke USBH, 2020) budući da se u jednoj od naredbi propisuje da se mere primenjuju „do daljeg” (Naredba Federalnog štaba civilne zaštite od 27. 3. 2020). Po mišljenju autora ovog rada, to isključuje svaku predvidljivost. S obzirom na to da se radi o znatnim ograničenjima ljudskih prava i sloboda, neophodno je da su precizno vremenski ograničene sve mere jer to (1) omogućuje adresatima da imaju predstavu o njihovom trajanju, stvarajući koliku-toliku pravnu sigurnost i (2) stvara obavezu organima da redovno preispituju mere, ublažavaju ih ili ukidaju.

USN, sprovođeci fazu balansiranja, ističe da ništa ne ukazuje da je zakonodavac, ispunjavajući svoju obavezu da uspostavi ravnotežu između javnog zdravlja i subjektivnih prava i sloboda „jednostrano dao prednost” interesima javnog zdravlja ili da je propustio da posveti dužnu pažnju ljudskim pravima (st. 232 Odluke USN, 2021). U prilog tome ide i činjenica da su akti imali ograničeno trajanje i da su bili prilagodljivi promenjenim okolnostima (st. 233). Dalje, zakonodavac je vodio računa o interesima lica koja su se oporavila od kovida-19 ili su vakcinisana, pa i to ide u prilog uspostavljenoj ravnoteži. Policijski čas je takođe bio jedna od mera koje su predviđene nemačkim zakonodavstvom (čl. 28b Četvrtog zakona), a i za njega je USN utvrdio da je saglasan nemačkom Osnovnom zakonu i ustavnim pravima. U pogledu posledica koje očekuju građane koji prekrše policijski čas, USN smatra da su i sama mera i sankcija za kršenje ispunile zahteve pravne jasnoće (st. 254 Odluke USN, 2021), a ni struka nije ukazala na neefikasnost ili kontraproduktivnost mera (st. 279). Mera policijskog časa služila je legitimnom cilju kao „deo ukupne zakonodavne strategije” (st. 275), bila je podesna (st. 276–281) i nužna (st. 284–286), a podrazumevala je i brojne izuzetke (st. 296). Iako je policijski čas nosio sa sobom znatna ograničenja, ipak njegove posledice

⁴⁰ Zakon o dopuni Zakona o sustavu civilne zaštite, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 31/2020.

⁴¹ Isti stav zauzimaju i ustavni sudovi Hrvatske i Austrije. „Nadzor neophodnosti produženja izvanrednog stanja mora biti pod nadzorom zakonodavnog tijela, kako izvršne vlasti ne bi zloupotrijebile i neprihvatljivo produžavale takvo stanje” (st. 20 Odluke USH, 2020). USA navodi obavezu zakonodavca da nadzire donosioce podzakonskih akata o epidemijskim merama i njihovo tumačenje zakona (Odluka USA, 2020, st. 52).

nisu nadmašile značaj ove mere za zaštitu javnog zdravlja (st. 290). Dakle, USN je pružio punu podršku merama zakonodavca ocenivši da je zakonodavac uspešno izmirio interes javnog zdravlja i interese titulara prava i sloboda u koja se epidemijskim merama zadiralo. Odluke nemačkih organa su ispunile sve uslove koje se traže za test proporcionalnosti i samim tim su bile u celosti saglasne nemačkom ustavu.

Kad se analiza ustavnosudskog testa proporcionalnosti sumira, uvidi su sledeći. USBH je utvrdio da zahtev proporcionalnosti nije ispunjen, te da se naredbama krše EKLJP i Ustav BiH (st. 66 Odluke USBH, 2020). Pošto organi FBiH nisu dokazali neophodnost apsolutne zabrane kretanja, samim tim nije uspostavljen razuman balans između zaštite javnog zdravlja i prava i sloboda građana i pri odabiru mera je pokazan nemar. Trebalo je iznositi i uvažavati stavove medicinskih stručnjaka, a mere konstantno preispitivati i uspostaviti izuzetke od restrikcija. Pošto Ustav BiH propisuje obavezu svih organa da usklade delovanje sa EKLJP, trebalo bi konstatovati da je konačna ocena USBH tačna. Ali na putu ka tom zaključku bi moglo da se istakne nekoliko grešaka. Prva je to što USBH nije uočio da ne postoji pravno utemeljenje za donošenje mere zabrane kretanja od strane federalnog štaba. Dakle, već je na prvom koraku trebalo da se odustane od ispitivanja daljih uslova testa proporcionalnosti jer su mere nezakonite. Drugo, nakon što je prevideo nezakonitost, USBH je utvrdio da nadležni organi FBiH ničim nisu pokazali nužnost mera, ali se ipak upustio u balansiranje ispitujući postojanje ravnoteže između zaštite javnog zdravlja i zaštite prava pojedinaca. Dakle, USBH je sproveo sve faze testa proporcionalnosti iako neispunjenost ranije faze onemogućuje upuštanje u ispitivanje naredne faze. Za razliku od brojnih manjkavosti koje karakterišu delovanje organa FBiH, nemačka reakcija na epidemiju izgleda kao pozitivan primer. Baziranje mera na stavovima medicinske struke, propisivanje mera zakonom (a ne podzakonskim aktima), ustanovljavanje brojnih izuzetaka i konstantno preispitivanje mera, idući u korak sa novonastalim okolnostima, neke su od osobina koje krase nemačku borbu za zaštitu javnog zdravlja. I test proporcionalnosti koje je USN sproveo zavređuje pohvale, budući da je ovaj organ svaku fazu detaljno ispitao i kvalitetno argumentovao ispunjenost uslova.

4. Zaključak

Pandemija kovida-19 je predstavljala veliki izazov za sve države sveta s obzirom na značajne posledice koje je imala u odnosu na zdravlje stanovnika. U takvim okolnostima, veliki broj država je išao putem mera kojima su ograničena

neka od temeljnih prava i sloboda, što sa sobom povlači pitanje uspostavljanja balansa između dva legitimna interesa: zaštite javnog zdravlja i ljudskih prava i sloboda. Da bi se jednom od interesa dalo prvenstvo, mora da se sprovede test proporcionalnosti. ESLJP je višedecenijskom praksom dao izuzetan doprinos precizirajući postojeće standarde EKLJP, a praksa brojnih ustavnih sudova se na njih oslanja rešavajući koliziju legitimnih interesa. Analizirane odluke državnih organa i odluke ustavnih sudova Nemačke i BiH su ukazale na nemejljiv značaj testa proporcionalnosti, ali i na mogućnost da se lako učine brojni propusti. Komparativna analiza ukazuje da obe države imaju zakone o zaraznim bolestima, ali oni nisu istovetni u kvalitativnom smislu. A kad dođe vreme da se ti akti primene, kvalitativne manjkavosti dobijaju na značaju, a zakonodavac može promptno da to reši noveliranjem postojećih zakona. Drugo je rešenje da se izvršno-upravnim organima prepusti da oni biraju restriktivne mere, ali je bolje da o tako značajnom pitanju kao što je ograničenje temeljnih prava i sloboda odluči zakonodavac. Legitimnost cilja kojem se težilo propisivanjem mera i podesnost sredstava ne dovode se u pitanje ni u jednom od analiziranih slučajeva, kao ni potreba da država reaguje na opasnost po javno zdravlje. Ali zaštita javnog zdravlja ne može da bude izgovor za nekontrolisano ograničenje ljudskih prava nego je postupanje države višestruko ograničeno. Ključno je da reakcija države na ugroženost javnog zdravlja ne ignoriše stavove medicinske struke. A komparativna analiza je pokazala da su neke mere bile više izraz političke celishodnosti nego promišljene, medicinski utemeljene i nužne. Test proporcionalnosti postavlja stroge uslove, pa kad država uvede restrikcije ne pokazavši da su mere nesumnjiva nužnost, onda razuman balans između zaštite javnog zdravlja i zaštite prava i sloboda građana nije uspostavljen nego je pokazan nemar javnih vlasti i prekršen standard ESLJP. Dalje, propisane mere moraju da se redovno preispituju, a izuzeci treba da se uspostave kad god to ne utiče negativno na zaštitu javnog zdravlja, opet u skladu sa stavovima struke. Preispitivanje omogućuje da se svede na minimum ograničenje prava i sloboda i time se ispunjava uslov nužnosti iz testa proporcionalnosti. U tom smislu je postupanje nemačkih organa krajnje pozitivan primer, kao i stav USBH da su državni organi dužni da, uz učešće medicinskih stručnjaka, svakodnevno informišu građane o nužnosti mera i njihovom trajanju, ublažavanju ili pooštravanju. Time se ispunjava standard ESLJP i pokazuje da državni organi ne postupaju kao da imaju neograničeno diskreciono ovlašćenje. Čim se zaštita javnog zdravlja može ostvariti i blažim merama, nadležni organi moraju odmah da reaguju i pokažu da vode računa o svođenju restrikcija na nužnu meru. Analizirane odluke su pokazale i da su ustavni sudovi odabrali odgovarajuće sredstvo za ispitivanje balansa između sukobljenih interesa, ali da nadležni organi nisu u oba slučaja ispunili uslove koji se testom proporcionalnosti ispituju što je uzrokovalo

različite ustavnosudske odluke. Iskustvo sa pandemijom kovida-19 trebalo bi da bude signal za nadležne organe brojnih država da izvuku određene pouke, prilagode zakonodavstvo standardima ESLJP i stvore normativni okvir koji onemogućuje bilo kakvu proizvoljnost. Na taj način, zaštita javnog zdravlja neće biti dovedena u pitanje, a istovremeno se ljudska prava neće ograničavati više nego što je to nužno.

Literatura

- Alexy, R. 2000. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, 13(3), pp. 294–304.
- Alexy, R. 2003. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, 16(2), pp. 131–140.
- Alexy, R. 2014. Constitutional Rights and Proportionality. *Revus*, (22), pp. 51–65.
- Barak, A. 2012. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bezbradica, A. & Marković, V. 2022. Testovi balansiranja i ograničenje prava na pristup informacijama od javnog značaja u srpskom pravu. U: Blagić, D. (ur.), *Zaštita ljudskih prava i sloboda u svetlu međunarodnih i nacionalnih standarda*, Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, pp. 173–200.
- Brown, Bernard L. 1976. The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts of Codification. *Cornell International Law Journal*, 10(1), pp. 134–155.
- Ćorić, V., Knežević Bojović, A. & Višekruna, A. 2021. Notifications of Derogations from the European Convention on Human Rights in COVID-19 Context. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 116(3-4), pp. 119–143.
- Dworkin, R. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fuler, L. 2011. *Moralnost prava*. Beograd: Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.
- Gerards, J. 2013. How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), pp. 466–490.
- Greer, S. 2004. Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to Habermans–Alexy Debate. *The Cambridge Law Journal*, 63(2), pp. 412–434.
- Jovanović, M. & Spaić, B. 2022. Obavezna imunizacija protiv kovid 19? Pravno-etičke dileme. U: Lošnoc, A. & Grković-Mejdžor, J. (ur.), *Društvo uprkos pandemiji*. Novi Sad: Srpska akademija nauka i umetnosti, pp. 81–111.
- Klajn, I. & Šipka, M. 2006. *Veliki rečnik stranih reči i izraza*, Novi Sad: Prometej.
- Klatt, M. & Meister, M. 2012. Proportionality – A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy. *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), pp. 687–708.
- Kreštalica, S. 2021. Ljudska prava u Bosni i Hercegovini (kroz prizmu odnosa Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda).

- U: Marković, G. (ur.), *Zbornik radova „Konstitucionalizacija Bosne i Hercegovine”*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, pp. 67–87.
- Marković, G. 2017. Human Rights in the Constitution of Bosnia and Herzegovina: Problems and Contradictions. U: Simeunović-Patić, B. (ur.), *Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi: tematski zbornik radova, tom 1*. Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu i Fondacija „Hans Zajdel”, pp. 79–93.
- Marković, G. 2021. *Ustavni lavirint – aporije ustavnog sistema Bosne i Hercegovine*. Beograd: Službeni glasnik.
- Möller, K. 2012. Proportionality: Challenging the Critics. *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), pp. 709–731.
- Schlink, B. 2012. Proportionality (1). In: Rosenfeld, M. & Sajo, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 291–302.
- Stone Sweet, A. & Mathews, J. 2008. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47(1), pp. 68–149.
- Trykhlík, K. 2020. The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, (4), pp. 128–154.
- Tsakyrakis, S. 2009. Proportionality: An Assault on Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 7(3), pp. 468–493.
- Vehabović, F. 2006. *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda*. Sarajevo: ACIPS.
- Zdravković, A. 2022. SLAPP tužbe – Zloupotreba prava na sudsku zaštitu u službi ograničavanja slobode izražavanja. *Strani pravni život*, 66(1), pp. 75–96. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz66-35644>.

Pravni izvori

- Zakon o dopuni Zakona o sustavu civilne zaštite, *Narodne novine*, br. 31/2020.
- Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, *Narodne novine*, br. 47/2020.
- Zakon o zaštiti i spasavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, *Službene novine Federacije BiH*, br. 39/2003, 22/2006 i 43/2010.
- Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službene novine Federacije BiH*, br. 29/2005.
- Odluka USA, 2020. Odluka Ustavnog suda Austrije V 363/2020-25. Dostupna na: https://www.vfgh.gov.at/downloads/VfGHEntscheidung_V_363_2020_vom_14._Juli_2020.pdf.
- Odluka USBH, 2020. Odluka Ustavnog suda BiH AP-1217/20. Dostupna na: https://www.ustavisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-1217-20-1234093.pdf.

- Odluka USBH, 2004. Odluka Ustavnog suda BiH U-5/04. Dostupna na: https://www.ustavisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-04-71799.pdf.
- Odluka USN, 2021. Odluka Saveznog ustavnog Nemačke 1 BvR 781/21. Dostupna na: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119_1bvr078121en.html.
- Odluka USH, 2020. Odluka Ustavnog suda Hrvatske U-I-1372/2020. Dostupna na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2020_09_105_1971.html.
- Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 18.

Sudska praksa

- ECHR, *A. and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 3455/05, presuda, 19. 2. 2009. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>.
- ECHR, *De Tommaso v. Italy*, predstavka br. 43395/09, presuda, 23. 2. 2017. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>.
- ECHR, *Gorzelik and Others v. Poland*, predstavka br. 44158/98, presuda, 17. 2. 2004. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61637>.
- ECHR, *Handyside v. The United Kingdom*, predstavka br. 5493/72, presuda, 7. 12. 1976. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>.
- ECHR, *Hatton and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 36022/97, presuda, 8. 7. 2003. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61188>.
- ECHR, *Ireland v. The United Kingdom*, predstavka br. 5310/71, presuda, 18. 1. 1978. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>.
- ECHR, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, predstavka br. 57947/00, 57948/00, 57949/00, presuda, 24. 2. 2005. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68379>.
- ECHR, *Kruslin v. France*, predstavka br. 11801/85, presuda, 24. 4. 1990. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57626>.
- ECHR, *Lawless v. Ireland (No. 3)*, predstavka br. 332/57, presuda, 1. 7. 1961. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>.
- ECHR, *McCann and Other v. The United Kingdom*, predstavka br. 18984/91, presuda, 27. 9. 1995. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57943>.
- ECHR, *Nada v. Switzerland*, predstavka br. 10593/08, presuda, 12. 9. 2012. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113118>.
- ECHR, *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) and Others v. France*, predstavka br. 48151/11, 77769/13, presuda, 18. 4. 2018. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180442>.
- ECHR, *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, predstavka br. 13585/88, presuda, 26. 11. 1991. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57705>.

- ECHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, predstavka br. 27996/06, 34836/06, presuda, 22. 12. 2009. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96491>.
- ECHR, *Terhes v. Romania*, predstavka br. 49933/20, presuda, 13. 4. 2021. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210026>.
- ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, predstavka br. 14038/88, presuda, 7. 7. 1989. Dostupna na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>.
- ECHR, *The Sunday Times v. The United Kingdom*, predstavka br. 6538/74, presuda, 26. 4. 1979. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>.
- ECHR, *A. and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 3455/05, presuda, 19. 2. 2009. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>.
- Guide on Article 15 of the European Convention of Human Rights. Dostupno na: https://www.echr.coe.int/documents/Guide_Art_15_ENG.pdf (28. 5. 2022).
- Naredba Federalnog štaba civilne zaštite od 20. marta 2020. godine. Dostupna na: <http://www.fucz.gov.ba/wp-content/uploads/2020/04/12-40-6-148-34-20.pdf> (27. 5. 2022).
- Naredba Federalnog štaba civilne zaštite od 27. 3. 2022. Dostupna na: <http://www.fucz.gov.ba/wp-content/uploads/2020/04/12-40-6-148-34-1-20.pdf> (27. 5. 2022).

THE LIFE IMPRISONMENT IN THE HUNGARIAN CRIMINAL LAW

Abstract

Among penalties, the imprisonment is imposed for a fixed duration or for a life term in Hungary. In many cases the duration of an imprisonment may be longer due to the fact that relative dangerous criminal offenses or special circumstances shall be punished differently. As a part of the imprisonment system, but above and on the top of the penalties the life imprisonment is taking place. This penalty is usually facultative and the judge may decide whether the perpetrator would be sentenced for a fixed-term imprisonment between ten and twenty years or to the life imprisonment. The key issues of an “effective” life imprisonment are the right to hope. In line with Hungarian criminal law the court may deny the possibility of parole in connection with sentencing a person for life imprisonment. In the case law of the European Court of Human Rights, Hungarian life imprisonment received special attention and also serves as an example for the sustainability of the current regulation. In this article the author shall guide through Hungarian regulation history and highlight the current system of penalties including the right to hope and the possibility of parole.

Keywords: Hungarian criminal law, life imprisonment, right to hope, human rights.

* Dr. jur., Ph.D., University of Pécs, Faculty of Law, Department of Criminal Law, lecturer.
E-mail: david.ferenc@pte.hu

KAZNA DOŽIVOTNOG ZATVORA U MAĐARSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Sažetak

Kao kazna, zatvor se u Mađarskoj izriče na određeno vreme ili doživotno. U mnogim slučajevima trajanje kazne zatvora može biti duže zbog činjenice da će se relativno opasna krivična dela ili posebne okolnosti drugačije kažnjavati. Iako je deo zatvorskog sistema, kazna doživotnog zatvora se preduzima kao mera koja je iznad svih drugih. Ova kazna je fakultativna i sudija može odlučiti da li će počilnac biti osuđen na kaznu zatvora od deset do dvadeset godina ili na doživotnu kaznu zatvora. Ključno pitanje „efikasne” kazne doživotnog zatvora jeste pravo na nadu. U skladu sa mađarskim krivičnim zakonom, sud može uskratiti mogućnost uslovnog otpusta u vezi sa osudom lica na doživotnu kaznu zatvora. U praksi Evropskog suda za ljudska prava, mađarski doživotni zatvor je bio predmet posebne pažnje i, takođe, služi kao primer održivosti trenutnih regulativa. U radu, autor će analizirati mađarske regulative kroz istoriju uz značajan osvrt na trenutni sistem kazni - uključujući pravo na nadu i mogućnost uslovnog otpusta.

Ključne reči: mađarsko krivično pravo, kazna doživotnog zatvora, pravo na nadu, ljudska prava

1. Introduction and Short Regulation History of Life Imprisonment

Three stages of legal regulation can be distinguished related to the criminal law history of life imprisonment in History. In the first stage, in the Middle Ages, even a “perpetual captivity” or a “three-year sentence” – in the view of the conditions of captivity – was equal to death, and this is how short periods of time could become lifelong. In the second era, a more liberal approach became dominant, where parole was not denied even among life imprisonments (Tóth, 2012a, p. 407). The first Criminal Code of Hungary from 1878, the so-called “Csemegi” Code, recognized the life imprisonment which could be imposed in the case of infidelity or royalty-insult. However, the code provided the possibility of parole in both cases under certain conditions and when fifteen years had been served (Czine, 2019, pp. 147-148; Arts. 44-48, 126-129 and 142-144 of Act V of 1878). The upcoming Criminal Code adopted in 1961 eliminated the life imprisonment and

shifted to fixed-term imprisonments. Although even if life imprisonment had been rehabilitated after ten years, the earliest possibility of parole was initially twenty, later – following the political change of 1989 – it was raised to between fifteen and thirty years depending on the criminal offense committed (Arts. 35-40 of Act V of 1961). There was one exception only when the possibility of parole had to be denied: when a person sentenced to life imprisonment was sentenced to another term of life imprisonment. With this, until the beginning of the new millennium, the so-called “life imprisonment” – with very few exceptions – had lost its literal meaning (Tóth, 2012a, pp. 407-408; Czine, 2019, p. 151; see: Act LXXXVII of 1998). In the third stage, in addition to the “existing” life imprisonment, the “effective” life imprisonment re-emerged in 1999. Ever since the court could deny the possibility of parole in certain cases.¹ In contrast with the more liberal trends before, stricter regulations – named “three strikes” – were introduced after 2010 (Arts. 2 and 4 of Act LVI of 2010; Polgár, 2017, pp. 147-153). In addition to the justification for the amendment and to its political importance, the modification made the life imprisonment without the possibility of parole mandatory for repeat offenders with a history of violence or in certain serious offenses in cumulative sentences (Kőhalmi, 2006, pp. 35-43; Tóth, 2012a, pp. 408-409; Czine, 2019, p. 152). In the following, this article would describe the life imprisonment in the Hungarian Criminal Code of 2012² with particular attention to the system of penalties, the role and significance of the release on parole and finally the previously current dispute over the right to hope in such cases.

2. The Hungarian System of Penalties: Imprisonment and Life Imprisonment

Among the penalties, the imprisonment is imposed for a fixed duration or for a life term. Fixed-term imprisonment shall be three months as a minimum and twenty years as a maximum in line with particular criminal offenses within the Special Part. The General Part offering a frame for imprisonment where the duration of fixed-term imprisonment shall be increased for crimes committed in the framework of criminal organization, or if the perpetrator is a repeat offender or a habitual recidivist, as well as in the case of cumulative sentences or

¹ It should be noted that the possibility would have existed before because after the earliest years of parole – following a twenty or thirty-year term – the judge would decide not to release the sentenced on parole.

² See Act C of 2012 on the Criminal Code. See for the used English translation of the Hungarian Criminal Code: Act C of 2012 on the Criminal Code, Ministry of Interior, 2012, https://thb.kormany.hu/download/a/46/11000/Btk_EN.pdf.

the merger of the sentences to twenty-five years (Arts. 34-36 of Act C of 2012). In this case the duration may be longer due to the fact that relative dangerous criminal offenses or other circumstances like a criminal organization or the background of the offender shall be punished differently shall not exceed twenty-five years. This is the upper red line among fixed-term imprisonment under special circumstances defined in line with the General and Special Part of the Criminal Code (Tóth, 2012a, pp. 402-404).

As a part of the imprisonment system, but above and on the top of the penalties the life imprisonment is taking place. This penalty is usually facultative and the judge may decide whether the perpetrator would be sentenced for a fixed-term imprisonment between ten and twenty years or to life imprisonment. The only exception is the age of a particular person who committed the crime because in line with the law only those over the age of twenty at the time of commission of the criminal act shall be sentenced to life imprisonment and this provision also applies to the life sentences imposed under provisions relating to repeat offenders with a history of violence.³ In these cases the minimum sentence for violent crimes against the person, if committed by repeat offender with a history of violence and if carrying a higher sentence, the maximum penalty described for such crimes in Special Part, if punishable by imprisonment, shall be doubled. After the punishment being doubled and if the maximum penalty increased as per the above would exceed twenty years, or if either of the said offenses carry a maximum sentence of life imprisonment, the perpetrator in question must be sentenced to life imprisonment (Arts. 41 and 90(2) of Act C of 2012). The originally adopted text laid down strict rules under cumulative sentences in which cases, if in respect of multiple counts of charges, at least three counts constitute violent crimes against persons committed at different times, the upper limit of the applicable penalty – based on the types of punishment and according to the most severe one prescribed for the gravest of the multiple offenses to which it pertains – shall be doubled. In this case if the upper limit of the applicable penalty increased as per the above would exceed twenty years, or if either of the said criminal offenses in the multiple counts carry a maximum sentence of life imprisonment, the perpetrator in question must be sentenced to life imprisonment (Art. 81(4) of Act C of 2021).⁴

³ The maximum term of imprisonment that may be imposed upon a juvenile offender over the age of sixteen years at the time the crime is committed shall be ten years for a crime that carries a maximum sentence of life imprisonment (see Art. 109(2a) of Act C of 2012).

⁴ However, where it was permitted under the General Part the penalty may be reduced without limitation. It has been even included in the constitution in 2011 that “effective” life imprisonment shall be used only in the case of serious violent crimes, see: Constitution of Hungary

3. Life Imprisonment and the Release on Parole

Sentence to life imprisonment shall be served in a penitentiary (Art. 90(2) of Act C of 2012), the only difference among persons serving a life imprisonment shall be found under the regulations of release on parole. In the event a sentence of life imprisonment is imposed, the court shall specify the earliest date of eligibility for parole, or shall preclude any eligibility for parole. If the court has not precluded eligibility for parole with a sentence of life imprisonment, the earliest date of release on parole shall be after serving twenty-five years, or at least forty years, but the earliest time of release on parole shall be determined in years and the duration of parole in the case of life imprisonment shall be not less than fifteen years (Arts. 42-43 of Act C of 2012).⁵

In the event a sentence of life imprisonment is imposed, the court may deny the possibility of parole only in connection with the following crimes (Art. 44(1) of Act C of 2012). This event may happen firstly when the perpetrator committed a particular dangerous criminal offense by using actual force against a person or a thing or committed the criminal offense in the framework of a criminal organization, or secondly when the perpetrator is a repeat offender with a history of violence (Art. 44(1)(2)a-b) of Act C of 2012). These particularly dangerous criminal offenses being mentioned above are the following:⁶ genocide [Section 142(1)], crimes against humanity [Section 143(1)], apartheid [Section 144(1)(3)], aggravated cases of assault against a war emissary [Section 148(2)], assault on protected persons [Section 149(1)(2)], use of a weapon prohibited by international convention [Section 155(1)], other war crimes [Section 158], aggravated cases of homicide [Section 160(2)], aggravated cases of kidnapping [Section 190(3)(4)], aggravated cases of kidnapping [Section 190(3)(4)], aggravated cases of kidnapping [Section 190(3)(4)], aggravated cases of kidnapping [Section 190(3)(4)], aggravated cases of trafficking in human beings [Section 192(6)], attempt to overturn constitutional order by force [Section 254(1)], aggravated cases of destruction [Section 257(2)], aggravated cases of prison riot [Section 284(4)], acts of terrorism [Section 314(1)], aggravated cases of unlawful seizure of a vehicle [Section 320(2)], aggravated

Article IV (2); See for the English translation of the Constitution of Hungary: Hungary's Constitution of 2011, Constitute Project, 2011, Link: https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf.

⁵ Be advised that probation with supervision shall be ordered for the convicted perpetrator if released on parole from life imprisonment and the duration of probation with supervision shall be up to fifteen years (see Arts. 69(2)a) and 70(1) of Act of 2012).

⁶ Consequently, no statute of limitations applies to the crimes which carry a maximum sentence of life imprisonment (see Art. 26(3)b) of Act C of 2012).

cases of public endangerment [Section 322(3)], aggravated cases of mutiny [Section 442(4)], aggravated cases of assault on a superior officer or representative of public authority [Section 445(5)] (Art. 44(1)a-r) of Act C of 2012).

When the court did not deny the possibility of parole in connection with sentencing a person for life imprisonment it may deny or postpone it due to significant changes following its former decision. Firstly if, while serving a term of life imprisonment, a prisoner is sentenced to a specific term of executable imprisonment for a criminal offense committed before being sentenced to life imprisonment, the court shall postpone the earliest date of release on parole for the duration of such specific term of executable imprisonment. If a prisoner who is released on parole from life imprisonment is sentenced to a specific term of executable imprisonment for a criminal offense committed before receiving such sentence of life imprisonment, the court shall revoke the parole and shall postpone the earliest date of release on parole for the duration of such specific term of executable imprisonment. Secondly if, while serving a term of life imprisonment, a prisoner is sentenced while serving a term of life imprisonment to a specific term of executable imprisonment for a criminal act committed before receiving such sentence of life imprisonment, the court shall postpone the earliest date of release on parole for the duration of such specific term of imprisonment or for a period of not less than five years and not more than twenty years. Or, if a prisoner who is released on parole from life imprisonment is sentenced to a specific term of imprisonment for a criminal offense committed while serving such sentence of life imprisonment, the court shall terminate the parole and shall postpone the earliest date of release on parole for the duration of such specific term of imprisonment or for a period of not less than five years and not more than twenty years. This shall be applied too, if a prisoner who is released on parole from life imprisonment is sentenced to a specific term of imprisonment for a criminal offense committed after being released on parole from such life imprisonment, the court shall terminate the parole and shall postpone the earliest date of release on parole for the duration of such specific term of imprisonment or for a period of not less than five years and not more than twenty years. Beside the above mentioned, the earliest date of release on parole from life imprisonment is postponed due to being sentenced for a specific term of imprisonment, the earliest date of release on parole shall be determined taking into consideration the time of preliminary detention deducted from the fixed-term sentence, as well as the duration of any house arrest and naturally a person sentenced to life imprisonment may not be released on parole if he is sentenced to another term of life imprisonment. The second sentence of life imprisonment shall not be carried out before the previous term of life imprisonment is executed (Art. 45(1)-(7) of Act C of 2012).

4. The Right to Hope and the Possibility of Parole

The key issues of the release on parole from an “effective” life imprisonment is the right to hope in the case when the court originally denied the possibility of parole in connection with sentencing a person for life imprisonment. The newly adopted Constitution of Hungary from 2011 declares that an “effective” life imprisonment shall be used only in the case offenders have committed violent crimes.⁷ Even if this had been declared in the Constitution, still seems (seemed) rightly as a “declared unpredictability” in which cases the non-uniform treatment of legal certainty, long, indefinite deprivation of liberty is discriminatory. Denying the hope of a release from life imprisonment may be against humanity and against human rights (Tóth, 2012, p. 409). The adoption of the penitentiary act⁸ offered an additional but still unpredictable solution and introduced the mandatory pardon procedure for those being sentenced for life imprisonment without the possibility of parole.⁹ In line with the regulation the mandatory pardon procedure shall be instituted *ex officio*, provided that the convicted person declares and agrees to the above mentioned. The penitentiary detaining the convicted person shall notify the Minister of Justice in order to initiate the mandatory pardon procedure if the convicted person has served forty years and in this case the minister shall conduct the proceedings within sixty days receiving the notification from the penitentiary (Art. 46/D-G of Act CCXL of 2014; Polgár, 2017, p. 57).

In the case law of the European Court of Human Rights, life imprisonment has received special attention and also serves as an example for Hungary regarding the sustainability of the current regulation. Firstly, in the *Törköly v. Hungary* case (4413/06¹⁰) from April 2011 in which the court rejected the application and came to the conclusion that the applicant was not deprived of the hope of parole. As the release of the sentenced should be considered after forty years of detention, the possibility of the parole of the applicants cannot be ruled out either. Secondly, the case of *László Magyar v. Hungary* (73593/10¹¹) from October 2014 is particularly

⁷ See the Constitution of Hungary as: (1) Every person shall have the right to freedom and personal safety. (2) No person shall be deprived of his or her liberty except for statutory reasons or as a result of a statutory procedure. Life imprisonment without parole shall only be imposed in relation to the commission of willful and violent offences (Art. IV (1)(2) of the Constitution of Hungary).

⁸ See the Act CCXL of 2013 on the Implementation of Penalties, Measures, Certain Coercive Measures and the Misdemeanor Custodial Arrest.

⁹ See Art. 109 of Act LXXII of 2014 on the Modification of the Act CCXL of 2013 on the Implementation of Penalties, Measures, Certain Coercive Measures and the Misdemeanor Custodial Arrest and Other Related Laws that enacted the above cited Art. 46/A-H of Act CCXL of 2014.

¹⁰ See the related ECHR link: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104602>.

¹¹ See the related ECHR link: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-144109>.

significant, where the court found that the possibility of parole was uncertain. As the sentenced applicant was excluded from parole, the court hold that the pardon procedure of the President of the Republic is immature, uncertain and does not contain any practical guidance. There is no legal regulation or other set of requirements as to what conditions the convicted has to meet. It is not guaranteed whether and to what extent the fulfillment of the conditions should be taken into account when considering a parole from life imprisonment, in addition in the *T.P. v. Hungary* (37871/14¹²) and *A.T. v. Hungary* (73986/14) cases from October 2016 the court also found that the uncertainty of the forty years long waiting is too long in international or European comparison. The above mentioned case law points in the direction that the current system of life imprisonment needs to be reviewed (Tóth, 2012b, pp. 268-273; Polgár, 2017, pp. 41-60; Czine, 2019, pp. 153-156).

5. Conclusion

In Hungary, almost 400 sentenced persons are currently serving their life imprisonments with an uncertain possibility for parole, which number has been on the rise in the recent decade while their average life ages have been declined (Rutkai & Sánta, 2020, p. 16). It is not disputed that, the isolation of certain offenders may be justified, but the reintegration into society after forty years would certainly be difficult. Even if life imprisonment is accepted, the system as a whole may need to be reviewed based on the above mentioned critical remarks. One, if not the most crucial issue is to ensure the right to hope in accordance with humanity requirements and in line with international and European practice. The possibility of parole or the suspension of sentence should be reviewed along a more developed set of conditions and, if possible, instead of forty years, the life imprisonment without the possibility of parole would be relieved significantly earlier (Ruzsonyi, 2016, pp. 50-52; Czine, 2019, pp. 156-157).

¹² See the related ECHR link: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-153949>.

References

- Angyal, P. & Isaák, Gy. (eds.). 1941. *Büntető Törvénykönyv I-II*. Budapest: Grill Károly Könyvkiadó.
- Belovics, E. *et al.* 2012. *Büntetőjog I.: Általános rész*. Budapest: HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó.
- Belovics, E. & Molnár, G. M. & Sinku, P. 2012. *Büntetőjog II.: Különös rész*. Budapest: HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó.
- Czine, Á. 2019. Életfogytiglan, élethossziglan a büntetés-végrehajtási intézetben, avagy 40 évig tartó remény?. *Miskolci Jogi Szemle*, 14(2), pp. 147-157.
- Kőhalmi, L. 2006. Az életfogytig tartó szabadságvesztés a magyar büntetőjogban. *Börtönügyi Szemle*, 25(3), pp. 35-43.
- Polgár, A. 2017. *Ad dies vitae. Az életfogytig tartó szabadságvesztés szabályozása, gyakorlata és végrehajtása*. Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar.
- Polt, P., (ed.) 2013. *Új Btk. kommentár 2. kötet*, Budapest: Nemzeti Közszerzői és Tankönyv Kiadó.
- Rutkai, K. & Sánta, L., (eds.). 2020. *Börtönstatisztikai Szemle*. Budapest: Büntetés-végrehajtási szervezet, BVOP.
- Ruzsonyi, P. 2016. “Élni nem engedjük, meghalni nem hagyjuk őket” – sorozatgyilkosok a rácson innen. II. rész. *Börtönügyi Szemle*, (35)3, pp. 41-60.
- Tóth, M. 2012a. A büntetőjogi jogkövetkezmények. In: Belovics, E. *et al.* *Büntetőjog I.: Általános rész*. Budapest: HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó, Budapest, pp. 369-464.
- Tóth, M. 2012b. Az életfogytig tartó szabadságvesztés és a remény joga újabb emberi jogi döntésekben. *Jogtudományi Közlemény*, (67)6, pp. 268-273.

Legal Sources

- Magyarország Alaptörvénye [Constitution of Hungary]
1878. évi V. törvénycikk a magyar büntetőtörvénykönyv a büntettekéről és vétségekről [Act V of 1878 on the Hungarian Criminal Code]
1961. évi V. törvény a Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyvéről [Act V of 1961 on the Criminal Code of the Hungarian People's Republic]
1978. évi IV. törvény a Büntető Törvénykönyvről [Act IV of 1978 on the Criminal Code of the Hungarian People's Republic]
1998. évi LXXXVII. törvény a büntető jogszabályok módosításáról [Act LXXXVII of 1998 on the Modification of Criminal Laws]
2010. évi LVI. törvény a Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény módosításáról [Act LVI of 2010 on the Amendment of the Act IV of 1978 on the Criminal Code]
2012. évi C. törvény a Büntető Törvénykönyvről [Act C of 2012 on the Criminal Code]
2013. évi CCXL. törvény a büntetések, az intézkedések, egyes kényszerintézkedések és a szabálysértési elzárás végrehajtásáról [Act CCXL of 2013 on the Implementation of

Penalties, Measures, Certain Coercive Measures and the Misdemeanor Custodial Arrest]

2014. évi LXXII. törvény a a büntetések, az intézkedések, egyes kényszerintézkedések és a szabálysértési elzárás végrehajtásáról szóló 2013. évi CCXL. törvény és ehhez kapcsolódóan más törvények módosításáról [Act LXXII of 2014 on the Modification of the Act CCXL of 2013 on the Implementation of the Penalties, the Measures, Certain Coercive Measures and the Misdemeanor Custodial Arrest and Other Related Laws]

Case Law

ECHR, *Törköly v. Hungary case*, application no. 4413/06, judgement 5. 4. 2011. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104602>

ECHR, *László Magyar v. Hungary*, application no. 73593/10, judgement 13. 10. 2014. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-144109>

ECHR, *T.P. v. Hungary*, application no. 37871/14, judgement 4. 10. 2016. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-153949>

ECHR, *A.T. v. Hungary*, application no. 73986/14, judgement 4. 10. 2016. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166491>

Đuro M. Đurić*
Vladimir M. Jovanović**

Pregledni naučni rad
UDK: 347.736/.739 (430)
doi: https://doi.org/10.56461/SPZ_23104KJ
Primljeno: 14. 8. 2022.
Izmenjeno: 24. 10. 2022.
Prihvaćeno: 1. 3. 2023.

NOVI INSTITUTI U NEMAČKOM STEČAJNOM PRAVU

Sažetak

Nemačka je među prvima uskladila svoje zakonodavstvo sa odredbama Direktive Evropske unije br. 1023/2019 o okvirima za preventivno restrukturiranje. Zakonom o stabilizaciji i restrukturiranju preduzeća je modularnim pristupom uvedeno nekoliko novih instituta s ciljem prevencije nesposobnosti plaćanja. Time je omogućeno privrednim subjektima da pravovremeno utvrde okolnosti koje mogu ugroziti poslovanje. Instrumenti novog pravnog okvira su usvajanje plana restrukturiranja u sudskom postupku, sudsko ispitivanje plana restrukturiranja, sudski moratorijum na izvršenja i sudsko potvrđivanje plana restrukturiranja, kao i postupak medijacije. Navedenom reformom dodatno je pojačano načelo konsenzualizma u stečajnom pravu. Takođe, ovaj zakon je dobar model za druge države. Cilj ovog rada je da pruži uvid u nove institute u nemačkom zakonodavstvu, da ih analizira i da dâ kritički osvrt na njihovu primenu u praksi.

Ključne reči: Nemačka, EU, stečajno pravo, reforma, preventivno restrukturiranje.

* Doktor pravnih nauka, gostujući saradnik, Univerzitet Martin Luter Halle-Wittemberg, Fakultet pravnih i ekonomskih nauka, Nemačka.

E-mail: djuro.mdjuric@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8101-5508>

** Doktor pravnih i ekonomskih nauka, redovni profesor, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija Novi Sad.

E-mail: jovanovicvld@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1741-9062>

NEW INSTITUTES IN GERMAN INSOLVENCY LAW

Summary

Germany was one of the first EU members to harmonize its legislation with the provisions of the European Union Directive no. 1023/2019 on preventive restructuring frameworks. The Law on Stabilization and Restructuring of Enterprises (StaRUG) introduced several new institutes through a modular approach with the aim of preventing insolvency. It entered into force on 1st January 2021 and provided a pre-bankruptcy procedure, as a novelty, rearranged procedure of personal administration of debtors in bankruptcy and the mediation procedure in restructuring. This enables business entities to timely determine the existence of circumstances that may jeopardize business, but also established the obligation to act appropriately in a timely manner. The instruments of the new legal framework are the adoption of the restructuring plan in court proceedings, the court examination of the contents of the restructuring plan, the court moratorium on executions and the court confirmation of the restructuring plan, as well as adoption of the plan in the mediation procedure. The aforementioned reform further strengthened the principles of consensualism in insolvency law. Also, this law represents a good model for other EU states and for candidate states in the process of harmonization of legislation with EU regulations as well. The aim of this paper is to provide an insight into the new institutes in German legislation, to analyze them and to give a critical review of their application in practice.

Keywords: Germany, EU, insolvency law, reform, preventive restructuring.

1. Uvod

Od početka primene Stečajnog zakonika (*Insolvenzordnung*) 1999. godine, nemačko stečajno pravo doživelo je više značajnih reformi.¹ Skupom propisa

¹ Najpre je 2012. godine Zakonom o daljem olakšavanju reorganizacije preduzeća (*ESUG*) uveden unapred pripremljen plan reorganizacije, pojačana uloga poverilaca prilikom izbora stečajnog upravnika, pojednostavljen postupak lične uprave dužnika i izvršena koncentracija nadležnosti sudova. Zatim, 2014. godine izvršene su izmene stečajnih propisa u pogledu individualnog stečaja. Dalje, 2017. godine usklađeni su propisi u oblasti stečaja grupe društava (koncerna). Usled nastupanja pandemije kovida-19 donet je poseban Zakon o privremenoj obustavi obaveze predlaganja stečaja i ograničenju odgovornosti direktora u slučaju stečaja izazvanog

pod nazivom Zakon o daljem razvoju sanacionog i stečajnog prava (Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts vom 20. 12. 2020. (Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG), (BGBl. 66) 3256) u Nemačkoj je 2020. godine nacionalno zakonodavstvo usklađeno sa odredbama Direktive Evropske unije br. 1023/2019 o okvirima za preventivno restrukturiranje (Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132, OJ L 172, 26. 6. 2019, pp. 18–55). Najvažniji deo ove reforme predstavlja Zakon o stabilizaciji i restrukturiranju preduzeća (u praksi skraćeno poznat kao *StaRUG*) (Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (StaRUG), 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436 – 3452), kojim su uvedeni novi pravni instituti. Oni predstavljaju odgovor na izazove i okolnosti koje prethode nesposobnosti za plaćanje (Čolović, 2021, pp. 129-141). To je pre svega predstečajni postupak, koji već postoji u nekim državama EU (Đurić & Jovanović, 2020, pp. 172-178). Ovi instrumenti nisu klasični instituti stečajnog prava, već zbog svog specifičnog predmeta prethode stečajnom postupku, a određenim situacijama se i prelaze u stečajni postupak.² Nove institute je zakonodavac EU i u Nemačkoj uključio u stečajno pravo, prateći trend preuzimanja rešenja iz angloameričkog stečajnog prava (Madaus, 2018, p. 621).

2. Rano prepoznavanje rizika i obaveze kod preteće nesposobnosti plaćanja

Osnovni cilj uvođenja novih instituta je da se omogući dužnicima da što pre otkriju finansijske teškoće u poslovanju i preduzmu odgovarajuće mere. Time treba da se postigne veća verovatnoća izbegavanja preteće nesposobnosti plaćanja, odnosno, u slučaju trajno narušenog poslovanja, uređeniji i efikasniji postupak likvidacije (Thole, 2020, pp. 1985-2000). Takvi instrumenti ili alati ranog upozoravanja, kako ih naziva zakonodavac EU (Đurić & Jovanović, 2022), aktiviraju se kao upozorenje kada dužnik ne izvrši određenu vrstu plaćanja. Direktiva EU ističe potrebu da se ovakvi instrumenti prilagode veličini preduzeća i

pandemijom kovida-19, radi omogućavanja nastavka poslovanja, kroz državnu pomoć i dogovaranje s poveriocima i savladavanje teškoća koje vode stečaju.

² To su: rano prepoznavanje rizika i obaveze kod preteće nesposobnosti plaćanja, postupak restrukturiranja na osnovu usvojenog plana (predstečajni postupak), sudski postupak stabilizacije i restrukturiranja, veštak-poverenik restrukturiranja i sanaciona medijacija.

njihovim posebnostima (Preamble 22. Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019). To se posebno odnosi na mikro, mala i srednja preduzeća, za čije teškoće zakonski okviri nisu uvek prilagođeni (Davis *et al.*, 2018, p. 54).

2.1. Rano upozoravanje i obaveze uprave

Instrumenti su namenjeni pre svega pravnim licima. Naime, članovi organa upravljanja pravnog lica (poslovodstvo) u obavezi su da kontinuirano prate okolnosti koje bi mogle da ugroze nastavak postojanja pravnog lica (Herding *et al.*, 2020, pp. 9-10). Kada prepoznaju rizičan razvoj događaja, oni su dužni da preduzmu odgovarajuće mere za sanaciju i da odmah o tome izveste organe koji nadziru organe upravljanja (nadzorne organe). Mere koje se imaju preduzeti mogu biti iz nadležnosti drugih organa, tako da su organi upravljanja u obavezi da i njih uključe u postupak donošenja mera. Kada su u pitanju privredni subjekti bez svojstva pravnog lica, ova obaveza se shodno primenjuje na članove koji su imenovani da upravljaju (§15a 1, S. 3 und Abs. 2. Insolvenzordnung, vom 5. 10. 1994 (BGBl. I S. 2866), poslednja verzija od 20. 7. 2022 (BGBl. I S. 1166)). Detalje o svakom instrumentu za rano prepoznavanje rizika svi zainteresovani privredni subjekti mogu pronaći na internet stranici saveznog ministarstva pravde.³ Time su oni lakše dostupni organima uprave/upravi privrednih subjekata.

Osim toga, novim propisima uvedena je obaveza za druga lica povezana sa zainteresovanim privrednim subjektima. Naime, lica koja sastavljaju godišnje finansijske izveštaje za klijente, poput konsultanata, poreskih savetnika, revizora, ovlašćenih računovođa i advokata, dužna su da klijenta obaveste kada utvrde da postoje mogućí stečajni razlozi i s tim u vezi dužnosti članova uprave i nadzornih organa.⁴

2.2. Postupak restrukturiranja na osnovu plana

Po utvrđivanju postojanja verovatnoće nastupanja stečajnog razloga, privrednim subjektima stoji na raspolaganju postupak restrukturiranja. Da bi se restrukturiranje uspešno sprovedo, neophodno je da plan restrukturiranja, kao njegov osnov, dobije najširu moguću podršku unutar privrednog subjekta

³ Dostupno na stranici Bundesministerium der Justiz, www.bmj.de/DE/Themen/Finanzen-UndAnlegerschutz/Fruehwarnsysteme/StaRUG_node.html (18. 7. 2022).

⁴ To je posebno slučaj kada postoje očigledni pokazatelji rizika i kada se može pretpostaviti da uprava privrednog subjekta nije svesna mogućnosti nastupanja stečaja (Rasekh & Rosha, 2021, p. 152)

– dužnika, kao i van njega, podršku poverilaca i drugih zainteresovanih lica.⁵ Nemački zakonodavac je izabrao modularni pristup prevenciji stečaja (Madaus, 2020) tako što je dužnicima stavio na raspolaganje nekoliko oblika usvajanja plana. Usvajanje plana restrukturiranja može se obaviti vansudskim putem, uz sudsku zaštitu, uz sudsku kontrolu i uz sudsku potvrdu. Osim toga, priprema, usvajanje i izvršenje plana mogu se obaviti uz pomoć i nadzor stručnog lica. Najzad, saglasnost oko plana restrukturiranja može se postići uz pomoć posrednika – medijatora u restrukturiranju. Dakle, pretpostavke za postupak preventivnog restrukturiranja su sposobnost privrednog subjekta – dužnika za restrukturiranje i saglasnost lica na koja se plan odnosi. Postupak je načelno poverljiv, ali se na predlog dužnika može učiniti javnim (§84-88. Gesetz über den Stabilisierung- und Restrukturierungsrahmen (StaRUG), 10. August 2021, *BGBI.* I S. 3436, 3452, poslednja verzija od 1. 4. 2022)).

Plan preventivnog restrukturiranja je po sadržaju vrlo sličan planu reorganizacije koji se usvaja van stečajnog postupka ili u stečajnom postupku. On sadrži formalni i materijalni (normativni) deo. Na osnovu plana mogu se restrukturirati, odnosno preurediti: 1) potraživanja prema dužniku sposobnom za restrukturiranje (restrukturiranje potraživanja) i 2) postojeća prava na predmetima imovine dužnika, koja bi imao dala pravo na izdvajanje takve imovine u slučaju otvaranja stečajnog postupka (Foerste, 2022, p. 382). Iz primene su isključeni instrumenti finansijskog obezbeđenja.⁶

S jedne strane, predmet restrukturiranja čine potraživanja poverilaca prema dužniku. S druge strane, bilo da je dužnik pravno lice ili bez pravnog subjektiviteta, planom restrukturiranja mogu se preurediti i udeli ili prava članova u okviru dužnika. Pored toga, mogu se predvideti i druge mere dozvoljene propisima o privrednim društvima, kao i prenos udela i prava članova na druga lica. Planom restrukturiranja mogu se preurediti i interna grupna obezbeđenja trećeg lica (Dammann, 2022, pp. 20-21).⁷ Novim zakonom predviđeno je ograničenje da planom restrukturiranja mogu biti obuhvaćeni samo pravni odnosi koji postoje u trenutku podnošenja predloga plana, a u slučaju glasanja u sudskom postupku pravni odnosi koji postoje u trenutku podnošenja predloga za pokretanje takvog

⁵ Postupak restrukturiranja je složen i podrazumeva preplitanje različitih interesa – dužnika, vlasnika kapitala, poverilaca, zaposlenih, javnih organa, pa i države u kojoj subjekat posluje.

⁶ To uključuje i obezbeđenja pružena korisniku sistema za obezbeđenje potraživanja od sistema ili centralne banke države članice Evropske unije ili Evropske centralne banke (razlučna prava) (§1. Abs. 17. Kreditwesengesetz vom 9. 9.1998 (*BGBI.* I S. 2776), poslednja verzija od 20.7. 2022. (*BGBI.* I S. 1166)).

⁷ Takođe vid. Đurić, Đ. & Jovanović, V. 2018. Novi propisi o stečaju grupe društava u Nemačkoj. *Pravni život*, God. 67. knj. 609. br. 11, pp. 67-80.

postupka.⁸ Potraživanja koja ne mogu biti preuređena planom restrukturiranja utvrđena su zakonom.⁹

Lica na koja se odnosi plan restrukturiranja moraju biti utvrđena prema odgovarajućim kriterijumima. Izbor lica će se smatrati odgovarajućim: 1) ako bi izostavljena potraživanja verovatno bila u potpunosti namirena čak i u stečajnom postupku i 2) ako je u izboru lica primenjena diferencijacija prema vrsti ekonomskih teškoća koje dužnik treba da prevaziđe i srazmerna okolnostima (Davis *et al.*, 2018, p. 482).¹⁰ Prilikom utvrđivanja prava obuhvaćenih planom restrukturiranja, ukoliko su lica obuhvaćena planom različitog pravnog položaja, formiraju se odgovarajuće grupe (klase).¹¹ Svaka grupa poverilaca se može dalje podeliti na podgrupe prema odgovarajućim ekonomskim interesima.¹²

Dejstvo plana restrukturiranja ogleda se u tome da se dužnik oslobađa preostalih obaveza prema poveriocima namirenjem potraživanja utvrđenih u

⁸ Ipak, potraživanja koja se mogu preurediti planom restrukturiranja mogu biti uslovna ili još nedospela. Ona potraživanja koja se zasnivaju na uzajamnim odnosima dužnika i poverilaca mogu biti preuređena samo u meri u kojoj je prestacija koja se duguje drugoj strani već izvršena (§2. Abs. 1. Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (StaRUG), 10. August 2021, *BGBI.* I S. 3436, 3452, poslednja verzija od 1. 4. 2022)).

⁹ To su: potraživanja zaposlenih iz ili u vezi sa radnim odnosom, uključujući prava iz obaveza prema penzionim planovima društva, potraživanja iz tužbi za namerno učinjene deliktne radnje i potraživanja na ime novčanih kazni, administrativnih kazni, prekršaja prinudne naplate, kao i prateće posledice krivičnog ili administrativnog prekršaja koje obavezuju na plaćanje u novcu. Ako je dužnik fizičko lice, ova zabrana se odnosi i na potraživanja i prava na odvojeno namirenje koja nisu u vezi sa njegovom preduzetničkom delatnošću (§ 39. Abs. 1. Nr. 3. Insolvenzordnung vom 5. 10. 1994 (*BGBI.* I S. 2866), poslednja verzija od 20. 7. 2022 (*BGBI.* I S. 1166)).

¹⁰ Kriterijum srazmerne diferencijacije se posebno odnosi na ugovorane isključivo finansijskih obaveza i kolaterala datih za njihovo obezbeđenje ili potraživanja malih poverilaca, posebno potrošača, malih i mikro preduzeća ili srednjih preduzeća, koja ostaju nepromenjena i ako, osim zakonom isključenih potraživanja, u plan budu uključena sva potraživanja.

¹¹ Pri tome, mora se napraviti razlika između nosilaca različitih prava, nosilaca potraživanja koja bi se u slučaju otvaranja stečajnog postupka morala iskazati kao potraživanja u stečaju koja nisu neobezbeđena, iskazana zajedno sa kamatom i zateznom kamatom (obični poverioci u restrukturiranju) i poverioci potraživanja koja bi se morala registrovati kao neobezbeđena (podređena) potraživanja u slučaju stečaja (subordinirani poverioci restrukturiranja) i imalaca udela ili članskih prava. Najzad, mali poverioci se objedinjuju u posebne grupe u okviru navedenih grupa.

¹² Unutar svake grupe, svima koji su obuhvaćeni planom obezbeđuju se ista prava. Izuzetno, različito postupanje prema onima koji su obuhvaćeni planom u istoj grupi dozvoljeno je samo uz saglasnost svih onih na koje se plan odnosi, na čiji teret pada trošak različitog tretmana. U ovom slučaju, plan restrukturiranja mora biti praćen izjavom o saglasnosti svake strane na koju se odnosi različit tretman. Svaki sporazum između dužnika ili trećeg lica i pojedinaca obuhvaćenih planom, koji im daje prednost koja nije predviđena planom za njihov glas ili na drugi način u vezi sa postupkom restrukturiranja smatra se ništavim (Thole, 2020, pp. 1985-2000).

normativnom delu plana restrukturiranja, kao i prava na razlučno namirenje sadržanog u planu, ako planom nije drugačije određeno. Ako dužnik nema svojstvo pravnog lica ili je komanditno društvo na akcije, dejstvo oslobađanja od obaveza odnosi se i na ličnu odgovornost ortaka sa neograničenom odgovornošću (komplementara). Osim toga, plan restrukturiranja može da sadrži odredbe o uzimanju zajmova ili drugih kredita neophodnih za finansiranje restrukturiranja na osnovu plana (novo finansiranje). Njihovo obezbeđenje se takođe smatra novim finansiranjem.

Plan restrukturiranja mora biti praćen obrazloženom izjavom o izgledima da će plan sprečiti nastupanje predstojeće nesposobnosti za plaćanje i da će održivost poslovanja dužnika biti obezbeđena ili ponovo uspostavljena (sanirana). Uz navedenu izjavu mora biti priložen pregled imovine, rashodi i prihodi koji se očekuju za period u kome će se poverioci namiriti i kojim redosledom će se obezbediti likvidnost preduzeća u periodu izvršenja plana. Pored potraživanja koja se preuređuju, moraju se uzeti u obzir i potraživanja koja ostaju neizmjenjena planom i buduća potraživanja koja će biti zasnovana prema planu.¹³ Savezno ministarstvo pravde i zaštite potrošača objavljuje kontrolnu listu planova restrukturiranja, koja je prilagođena potrebama malih i srednjih preduzeća i koja je dostupna na njegovoj internet stranici.

2.2.1. Predlog plana restrukturiranja

Jedino lice ovlašćeno da predloži plan preventivnog restrukturiranja je dužnik. To je logično, imajući u vidu njegovu, još uvek, punu poslovnu sposobnost i nepostojanje utvrđenog stečajnog razloga. Teoretski, poverioci ili druga lica koja saraduju sa dužnikom mogu imati saznanja o rizičnom razvoju događaja u njegovom poslovanju, te ga mogu savetovati da pristupi restrukturiranju. Ipak, do nastupanja stečajnog razloga, suverena odluka je na samom dužniku. Predlog plana mora biti sačinjen u pisanoj formi, osim ako nije drugačije dogovoreno sa pojedinačnim učesnicima u postupku restrukturiranja (Madaus, 2021a, p. 176). Takođe, ako dužnik u ponudi plana ne navede drugu formu, prihvatanje plana podleže pismenoj formi.

Najpre, dužnik predlaže plan licima u čija se prava zadire planom restrukturiranja i koja treba da ga usvoje. Predlog mora da sadrži jasnu naznaku da će plan proizvoditi dejstva i u odnosu na lica koja su obuhvaćena planom, a koja ga nisu prihvatila, ako ga usvoji većina i potvrdi sud. Uz predlog plana restrukturiranja

¹³ Kada dužnik nije pravno lice ili je komanditno društvo na akcije, uz plan restrukturiranja mora se priložiti i izjava lica koja će po planu biti lično odgovorni ortaci društva da su spremni da nastave poslovanje na osnovu plana (Tasma, 2021a, p. 163).

moraju biti dostavljeni prilozi, kao i opis troškova koji su već nastali i onih koji se tek očekuju u toku postupka restrukturiranja, uključujući naknadu za stručno lice za restrukturiranje (Madaus, 2021a, p. 190). Uz to, u planu se mora navesti koja su potraživanja ili prava svakog lica obuhvaćena planom restrukturiranja, u koju grupu je obuhvaćeno lice raspoređeno i koja glasačka prava se daju prema potraživanjima i pravima.¹⁴

Plan se usvaja na skupštini kojom rukovodi dužnik. Lica čija se prava preuređuju planom imaju pravo da podnesu predloge za njegovu izmenu. Svaka grupa lica obuhvaćenih planom glasa zasebno, dok sam dužnik određuje modalitete glasanja.¹⁵ O predloženom planu preventivnog restrukturiranja može se glasati u vansudskom postupku usvajanja, ali dužnik privredni subjekat može predložiti i da se glasanje o planu obavi u sudskom postupku. Dužnik takođe može da predloži sudu da odredi poseban dan za prethodno ispitivanje plana restrukturiranja pre rasprave i glasanja o njemu (Spiedt & Laroche, 2021, p. 311). Da bi plan restrukturiranja bio usvojen, članovi grupe koji odobravaju plan moraju imati najmanje tri četvrtine glasačkih prava u svakoj grupi (§ 25. Abs. 1. Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (StaRUG)). Lica obuhvaćena planom koja zajednički imaju potraživanje ili pravo smatraju se prilikom glasanja kao jedna strana na koju se odnosi plan. Isto važi i ako postoji založno pravo ili plodouživanje kao predmet restrukturiranja. Novim zakonom u nemačko pravo je uveden institut nadglasavanja nesaglasnih poverilaca (*cross-class cram-down*) (Westpfahl, 2021, p. 202).¹⁶

U situaciji kada se zahtevana većina ne može postići u odgovarajućoj grupi, primenjuje se pravilo o apsolutnom prioritetu (*absolute priority rule*) (Knapp, 2021, p. 211) odnosno da poverioci dobijaju odgovarajući udeo u vrednosti ostvarenoj planom.¹⁷ Međutim, predviđena je mogućnost odstupanja od pravila o

¹⁴ Predlog plana mora da sadrži uputstvo da se skupština onih na koje se odnosi plan može održati na zahtev jednog ili više tih lica i da se na njoj raspravlja o planu. Sam dužnik u predlogu plana određuje rok za njegovo prihvatanje, koji iznosi najmanje 14 dana.

¹⁵ Dužnik je u obavezi da dokumentuje tok postupka usvajanja plana i da odmah beleži rezultat glasanja u pisanoj formi po isteku roka prihvatanja, odnosno nakon obavljenog glasanja. Sva dokumentacija se mora bez odlaganja staviti na raspolaganje onima na koje se plan odnosi.

¹⁶ Kada zahtevana većina nije postignuta u određenoj grupi, smatraće se da je saglasnost određene grupe data ako: 1) malo je verovatno da će članovi ove grupe zbog plana restrukturiranja biti u gorem položaju nego što bi bili bez plana; 2) članovi ove grupe imaju odgovarajući udeo u ekonomskoj vrednosti koja na osnovu plana priliva onima na koje plan utiče (planska vrednost) i 3) većina glasačkih grupa odobri plan potrebnom većinom. U slučaju da su formirane samo dve grupe, biće dovoljna saglasnost druge grupe. Pritom, grupe koje daju saglasnost na plan ne smeju da budu sastavljene samo od akcionara ili poverilaca kasnijih potraživanja.

¹⁷ Prema tom pravilu, smatraće se da grupa poverilaca ima odgovarajući udeo u planskoj

apsolutnom prioritetu. Razumno učešće grupe poverilaca obuhvaćenih planom u planiranoj vrednosti nije isključeno ako dužnik ili lice koje ima interes u dužniku ostane uključeno u imovinu društva (§28. Abs. 2. Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (StaRUG)).¹⁸

3. Sudski postupak restrukturiranja i stabilizacije

U okolnostima kada poslovanje dužnika privrednog subjekta zapadne u teškoće koje mogu voditi nesposobnosti za plaćanje, potrebno mu je da bude zaštićen od pokušaja prinudnog namirenja potraživanja poverilaca, a poveriocima je važno da njihova prava i interesi budu zaštićeni. Takvu zaštitu pruža sud kroz različite modalitete kontrole postupka restrukturiranja (Madaus, 2018, p. 621). Iz navedenih razloga, ali i radi dugoročnog otklanjanja preteće nesposobnosti plaćanja, dužniku stoje na raspolaganju pomoćni instrumenti okvira za stabilizaciju i restrukturiranje (§18. Abs 2. Insolvenzordnung, vom 5. 10. 1994 (BGBl. I S. 2866), poslednja verzija od 20. 7. 2022 (BGBl. I S. 1166)). To su: 1) usvajanje plana pred sudom; 2) sudsko prethodno ispitivanje pitanja od značaja za potvrđivanje plana restrukturiranja; 3) sudski nalog o određivanju ograničenja mera pojedinačnog izvršenja (stabilizacija) i 4) sudsko potvrđivanje plana restrukturiranja. Dužnici mogu, nezavisno jedan od drugog, koristiti instrumente okvira za stabilizaciju i

vrednosti ako: 1) nijedan drugi poverilac obuhvaćen planom ne prima ekonomske vrednosti koje premašuju puni iznos njegovog potraživanja; 2) ni poverilac obuhvaćen planom, a koji bi bez plana morao da bude namiren u stečajnom postupku nakon poverilaca iz grupe, niti dužnik ili član društva dužnika, ne dobija ekonomsku vrednost koja nije u potpunosti nadoknađena isplatom iz imovine dužnika i 3) nijedan poverilac obuhvaćen planom koji bi morao da bude namiren u stečajnom postupku ravnopravno sa poveriocima grupe nije u boljem položaju od ovih poverilaca. Za grupu lica koja su članovi dužnika smatra se da odgovarajuće učešće u planiranoj vrednosti postoji ako prema planu 1) nijedan poverilac obuhvaćen planom ne prima ekonomske vrednosti veće od punog iznosa svog potraživanja i 2) nijedan član dužnika koji bi inače bio izjednačen sa članovima grupe ne zadržava ekonomsku vrednost. Odgovarajuće namirenje grupe poverilaca na koje se odnosi plan iz planirane vrednosti nije isključeno i kada se odstupa od navedenih pravila na osnovu prirode ekonomskih teškoća koje treba prevazići i okolnosti slučaja. Odstupanje nije prihvatljivo ako grupa koja je preglasana ima više od polovine prava glasa poverilaca u pogođenoj klasi (rangu).

¹⁸ Pri tome, moraju biti ispunjena dva uslova: 1) da je učešće dužnika ili člana dužnika u nastavku poslovanja preduzeća neophodno zbog posebnih ličnih okolnosti da bi se ostvarila planirana vrednost, a dužnik ili lice uključeno u dužnika pristaje na neophodno učešće u izvršenju plana i obaveze da prenese ekonomske vrednosti u slučaju da njegovo učešće prestane iz razloga za koje je odgovoran pre isteka roka od pet godina ili kraćeg roka predviđenog za izvršenje plana ili 2) ako je zadiranje u prava poverilaca neznatno, posebno zbog toga što prava nisu smanjena ni rokovi njihovog dospeća potraživanja nisu odloženi za više od 18 meseci.

restrukturiranje. Ove instrumente može koristiti svaki stečajno sposoban dužnik i oni su dostupni i fizičkim licima koja su preduzetnici. Iz primene navedenih instrumenata jedino su isključena privredna društva u finansijskom sektoru (§ 1. Abs. 19. Kreditwesengesetz vom 9. 9. 1998 (BGBl. I S. 2776), poslednja verzija od 20. 7. 2022. (BGBl. I S. 1166)).

3.1. Restrukturiranje

Pretpostavka za korišćenje instrumenata okvira za stabilizaciju i restrukturiranje je podnošenje prijave o nameri, odnosno predlog restrukturiranja nadležnom sudu za restrukturiranje. Novi propisi su ustanovili 24 posebna odeljenja sudova opšte nadležnosti u mestu sedišta svakog višeg pokrajinskog suda (§ 34 Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (StaRUG)).¹⁹ Isključivo mesno nadležan sud za restrukturiranje je onaj na čijoj teritoriji važi opšta nadležnost za dužnika. Ako je centar poslovne delatnosti dužnika na drugom mestu, isključivo nadležan za restrukturiranje je sud na čijoj teritoriji se ovo mesto nalazi. Za sve odluke i mere u predmetu restrukturiranja nadležan je sud koji je bio nadležan da donese prvu odluku.

Dužnik koji želi da koristi okvir za stabilizaciju i restrukturiranje, uz predlog sudu mora da priloži: 1) nacrt plana restrukturiranja ili koncept restrukturiranja sa definisanim ciljem restrukturiranja i merama za postizanje cilja; 2) pregled stanja pregovora sa zainteresovanim licima i 3) pregled mera koje je dužnik već preduzeo.²⁰ U predlogu za restrukturiranje dužnik takođe mora da navede da li će planom biti pogođena prava potrošača ili prava srednjih, malih ili mikro preduzeća. Takođe mora da navede da li se očekuje da se cilj restrukturiranja sprovede samo protiv volje određene grupe formirane prema pravilima o raspoređivanju poverilaca potraživanja u grupe (Hoffmann & Braun, 2021, p. 223). Danom podnošenja predloga za restrukturiranje sudu, smatra se da postupak počinje da teče (restrukturiranje u toku). Sud objavljuje oglas o pokretanju postupka restrukturiranja.

Po pokretanju postupka restrukturiranja, dužnik ima obavezu da sprovede restrukturiranje sa pažnjom dobrog i savesnog upravnika reorganizacije, štiteći

¹⁹ Pokrajinske vlade su ovlašćene da putem uredbi pružaju odgovarajuću podršku ili brže rešavaju pitanja restrukturiranja: 1) utvrđivanjem u okviru okruga nadležnosti drugog lokalnog suda nadležnog za redovni stečajni postupak ili 2) proširenjem nadležnosti suda za restrukturiranje unutar pokrajine na okrug jednog ili više drugih viših pokrajinskih sudova. Takođe vid. (Madaus, 2021b).

²⁰ Dužnik mora da navede sve ranije pokušaje ili sprovedena restrukturiranja, uz navođenje postupajućeg suda i broja predmeta.

interese svih poverilaca.²¹ Ako je dužnik dobio od suda nalog za stabilizaciju, on je dužan da sud neodložno obavesti o svim značajnim promenama koje utiču na plan restrukturiranja. Ukoliko sud imenuje veštaka za restrukturiranje (poverenik restrukturiranja), obaveza pažljivog postupanja važi i za njega.

Dok je restrukturiranje u toku, dužnik je dužan da sud za restrukturiranje bez odlaganja obavesti ako nastupi nesposobnost za plaćanje kao stečajni razlog (§ 17. Abs 2. Insolvenzordnung, vom 5. 10. 1994 (*BGBI. I S. 2866*), poslednja verzija od 20. 7. 2022 (*BGBI. I S. 1166*)). Ako je dužnik pravno lice ili bez pravnog subjektiviteta, za čije obaveze nije odgovorno nijedno fizičko lice kao direktni ili indirektni ortak, njegova prezaduženost se izjednačava sa nesposobnošću za plaćanje (§ 19. Abs. 2. Insolvenzordnung, vom 5. 10. 1994 (*BGBI. I S. 2866*)). Dužnik je dužan da sud obavesti bez odlaganja ako planirano restrukturiranje nema izgleda da se izvede, a posebno ako se ne može postići potrebna većina za usvajanje plana. Sud za restrukturiranje obustavlja postupak restrukturiranja po službenoj dužnosti u slučaju otvaranja stečajnog postupka, nenadležnosti suda ili kršenja obaveza od strane dužnika. Postupak se obustavlja i u slučaju da se pokaže da predloženo restrukturiranje nema izgleda da bude uspešno sprovedeno.

U toku restrukturiranja miruje obaveza podnošenja prijave stečaja (§ 15a Abs. 1-3, §17 Abs. 2. und §19 Abs. 2. Insolvenzordnung, vom 5. 10. 1994 (*BGBI. I S. 2866*) und § 42 Abs. 2. Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Januar 1900, poslednja verzija od 2. 1. 2002 (*BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, ber. 2003 I S. 738*)). Međutim, oni od kojih se zahteva da podnesu prijavu dužni su da obaveste sud za restrukturiranje bez odlaganja o postojanju nesposobnosti za plaćanje ili prezaduženosti (Schönfelder, 2021a, p. 363). Podnošenjem prijave koja ispunjava uslove prema odredbama Stečajnog zakonika smatra se da je blagovremeno ispunjena obaveza obaveštavanja. Po prestanku dejstva predloga za restrukturiranje, sve obaveze koje su do tada mirovale biće ponovo na snazi.²²

²¹ Dužnik mora posebno da se uzdržava od mera koje su nespojive sa ciljem restrukturiranja ili koje ugrožavaju izgleda za uspeh planiranog restrukturiranja. Po pravilu, nije spojivo sa ciljem restrukturiranja namirenje ili obezbeđenje potraživanja koja će biti preuređena planom restrukturiranja. On je dužan da obavesti sud o svakoj bitnoj promeni koja utiče na predmet prijavljenog restrukturiranja i prikaz stanja pregovora.

²² Tok postupka restrukturiranja ili upotreba instrumenata okvira za stabilizaciju i restrukturiranje od strane dužnika ne može da bude automatski razlog za: 1) raskid ugovora u kojima je dužnik jedna od strana; 2) rok dospelca potraživanja prestacija ili 3) pravo druge strane da odbije prestaciju koja joj pripada ili da zahteva prilagođavanje ili drugu izmenu ugovora. Takođe, tok ovog postupka ne utiče na dejstva ugovora i eventualna suprotna ugovaranja su bez dejstva. Navedena pravila se ne primenjuju na transakcije iz fiksnih ugovora, finansijskih usluga i sporazuma o likvidacionom netiranju i finansijskim kolateralima (§ 104. Abs 1. Insolvenzordnung, vom 5. 10. 1994 (*BGBI. I S. 2866*), poslednja verzija od 20. 7. 2022 (*BGBI. I S. 1166*)).

3.2. Sudsko ispitivanje i usvajanje plana restrukturiranja

Mogućnost da sud stavi pod zaštitu dužnika u teškoćama kome pretili nespособnost plaćanja, da takav dužnik pripremi plan, te o njemu pregovara sa poveriocima, samim poveriocima ne može da uliva previše poverenja da pruže podršku planu restrukturiranja. To je bio razlog da se kao instrument uvede usvajanje plana pred sudom.

Stoga, na predlog dužnika, sud koji postupa u predmetu restrukturiranja određuje dan za razmatranje plana restrukturiranja i utvrđuje pravo glasa onih koji su obuhvaćeni planom, nakon čega se o planu glasa. Premda je ovde reč o sudskom postupku, uloga suda je ograničena na organizaciju glasanja o planu i utvrđivanje prava glasa. Svim licima na koja se plan odnosi upućuje se poziv za ročište za glasanje u roku od najmanje 14 dana. Na postupak razmatranja i glasanja o planu restrukturiranja shodno se primenjuju odredbe Stečajnog zakonika o glasanju o planu reorganizacije (§§ 239 - 242. Insolvenzordnung, vom 5. 10. 1994 (BGBl. I S. 2866), poslednja verzija od 20. 7. 2022 (BGBl. I S. 1166)), kao i odredbe Zakona o stabilizaciji i restrukturiranju preduzeća o potrebnoj većini za vansudsko usvajanje plana restrukturiranja. Predmet takvog preliminarnog ispitivanja može biti svako pitanje koje je značajno za potvrđivanje plana restrukturiranja.²³ Sud može odrediti ročište za prethodno ispitivanje plana i po službenoj dužnosti, ako je to svrsishodno.

3.3. Stabilizacija preduzeća

Pored restrukturiranja (u postupku van suda ili u postupku pred sudom – usvajanje, prethodno ispitivanje ili potvrđivanje), Zakon o stabilizaciji i restrukturiranju preduzeća uveo je instrument stabilizacije preduzeća. U meri u kojoj je to neophodno da bi se obezbedili izgledi za postizanje cilja restrukturiranja, sud koji postupa u restrukturiranju, na predlog dužnika, može izdati nalog za mere stabilizacije. To su: 1) zabrana ili privremeno obustavljanje (moratorijum) na mere izvršenja prema dužniku (zabrana izvršenja) i 2) zabrana namirenja iz prava na pokretnim stvarima koja bi se mogla ostvariti kao izlučno pravo ili razlučno pravo u slučaju otvaranja stečajnog postupka, iz kojih bi se poverilac mogao prinudno namiriti, ako se takva imovina može koristiti za nastavak

²³ Dužnik takođe može da predloži sudu da odredi poseban dan za prethodno ispitivanje plana restrukturiranja pre rasprave i glasanja o njemu. On to može da predloži i kada se o planu neće glasati u sudskom postupku. Predmet preliminarnog ispitivanja posebno može da bude: 1) da li izbor onih koji su obuhvaćeni planom i njihova podela u grupe ispunjavaju zakonske uslove; 2) koje pravo glasa daje potraživanje koje će se preurediti, pravo na odvojeno namirenje ili pravo na udeo ili prava člana u društvu ili 3) da li dužniku pretili nespособnost za plaćanje.

poslovanja dužnika, u meri u kojoj su od povećanog značaja za stabilizaciju dužnika (zabrana unovčenja). Na ovaj način sud omogućava dužniku da u roku trajanja naložene zabrane pripremi plan restrukturiranja i usaglasi ga sa poveriocima radi usvajanja, s ciljem savladavanja teškoća u poslovanju i izbegavanja nesposobnosti za plaćanje (Laroche, 2021, p. 324). Potraživanja koja su nepodobna za predmet plana restrukturiranja ostaju nepromenjena po izdavanju naloga za stabilizaciju, kao i u svojim ugovornim dejstvima.²⁴

U predlogu za izdavanje naloga za stabilizaciju koji podnosi sudu, dužnik mora da navede mere koje čine njegov sadržaj, grupe lica na koja se odnosi i rok trajanja. Dužnik uz predlog prilaže plan restrukturiranja koji sadrži: 1) nacrt plana ažuriran do dana podnošenja predloga ili koncept restrukturiranja pod istim uslovima kao kod vansudskog usvajanja plana; 2) finansijski plan koji pokriva šestomesečni period i koji uključuje osnovani prikaz izvora finansiranja sa ciljem da se obezbedi kontinuirano poslovanje tokom tog perioda, dok se izvori finansiranja koji nisu kompatibilni sa ciljem restrukturiranja ne uzimaju u obzir.

Sud izdaje nalog za stabilizaciju dužnika ako je plan restrukturiranja koji je podneo dužnik potpun i konačan i ne postoje okolnosti od značaja za odbijanje izdavanja naloga. Planiranje restrukturiranja se smatra konačnim ako nije očigledno da se na osnovu predviđenih mera ne može postići cilj restrukturiranja. Kada sud izda nalog za stabilizaciju dužnika, postupak po zahtevu poverioca za otvaranje stečajnog postupka nad imovinom dužnika obustavlja se za vreme trajanja naloga. Dejstvo naloga za stabilizaciju se može proširiti na druge poverioce, proširiti u smislu sadržaja ili produžiti rok primene (nalog za praćenje) ili, ako je rok trajanja već istekao, biti produžen (novi nalog) (Schönfelder, 2021b, p. 347). Nalog za stabilizaciju može se izdati na period do tri meseca. Naknadni ili novi nalozi mogu se izdati samo u okviru maksimalnog roka naloga, odnosno do pravosnažnosti rešenja o potvrđivanju plana, ali ne duže od osam meseci od dana izdavanja prvobitnog naloga. Dejstvo naloga za stabilizaciju prestaje kada sud potvrdi plan restrukturiranja, odnosno odbije da potvrdi plan.

3.4. Sudsko potvrđivanje plana restrukturiranja

Iz razloga zaštite interesa poverilaca i sprovođenja usvojenog plana restrukturiranja uveden je institut sudskog potvrđivanja. Takvom potvrdom plan restrukturiranja dobija sasvim novi kvalitet, jer postaje izvršna isprava (Đurić,

²⁴ Nalog za stabilizaciju može se odnositi na pojedine, više ili sve poverioce. Izdavanjem naloga sud takođe sprečava realizaciju prava poverilaca da izvrše prava koja proističu iz kolaterala trećih lica unutar grupe (interno grupno obezbeđenje trećeg lica).

2016, p. 325). Naime, sud na predlog dužnika potvrđuje plan restrukturiranja koji su usvojili poverioci koji su obuhvaćeni planom. Dužnik može podneti predlog pre ili tokom rasprave i glasanja o planu. Kada plan nije usaglašen pred sudom, dužnik je dužan da uz plan koji je podnet na glasanje sa priložima dostavi sudu predlog za potvrđivanje plana restrukturiranja, dokumentaciju o rezultatu glasanja i svu dokumentaciju i druge dokaze koji pokazuju kako se glasalo i kakav je bio rezultat (Knapp & Laroche, 2021, p. 425). Sud može da odbije da potvrdi plan restrukturiranja po službenoj dužnosti.²⁵

Kada usvajanje plana nije obavljeno pred sudom, teret dokazivanja punovažnog prihvatanja plana restrukturiranja od strane lica na koje se plan odnosi snosi dužnik (Tasma, 2021b, p. 94). Nakon što je plan usvojen i nakon što prethodno utvrdi ispunjenost svih uslova, sud donosi odluku kojom potvrđuje plan preventivnog restrukturiranja i objavljuje je na posebnom ročištu. Svako lice na koga se plan odnosi ima pravo da odmah uloži žalbu na odluku kojom se potvrđuje plan restrukturiranja.²⁶ Dužnik ima pravo da uloži neposrednu žalbu ako je potvrđivanje plana restrukturiranja odbijeno.

Sudskim potvrđivanjem plana restrukturiranja njegov normativni deo počinje da proizvodi pravno dejstvo. Plan proizvodi dejstvo i u odnosu na sva lica na koja se odnosi, a koja su glasala protiv ili koja nisu učestvovala u glasanju, iako su bila propisno uključena u proces glasanja. Takođe, planom restrukturiranja dužnik se oslobađa obaveza koje ima prema sadužniku, jemcu ili drugom licu koje ima pravo na regres, kao i u odnosu na poverioca (Naumann, 2021, p. 455). Po pravosnažnosti potvrde plana restrukturiranja, svi nedostaci u procesu usvajanja plana i mane volje u predlogu i prihvatanju plana smatraju se otklonjenim. Plan preventivnog restrukturiranja može biti poništen iz zakonom utvrđenih razloga.

Poverioci čija su potraživanja predmet restrukturiranja, a koja nisu iskazana kao osporena u rešenju o potvrđivanju, mogu koristiti pravosnažno potvrđeni plan restrukturiranja kao izvršnu ispravu za sprovođenje izvršenja nad imovinom dužnika. Osnovni sud pred kojim se vodio postupak restrukturiranja isključivo je nadležan za izdavanje klauzule o izvršenju (§202. Insolvenzordnung, vom 5. 10. 1994 (BGBl. I S. 2866), poslednja verzija od 20. 7. 2022 (BGBl. I S. 1166)).

²⁵ To je slučaj ako dužniku ne pretili nesposobnost plaćanja, ako plan ne ispunjava formalne i materijalne zahteve ili ako se potraživanja obuhvaćena planom očigledno ne mogu namiriti.

²⁶ Neposredna žalba na potvrdu plana restrukturiranja dozvoljena je samo ako je podnosilac pritužbe: 1) u postupku glasanja uložio prigovor na plan; 2) glasao protiv plana i 3) čini verovatnim da ga plan stavlja u znatno gori položaj nego što bi bio bez plana i da se ovaj nedostatak ne može nadoknaditi isplatom iz sredstava obezbeđenih za takav slučaj. Time se disciplinuju učesnici u postupku i sprečava neosnovano odugovlačenje postupka (§ 66. Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (StaRUG), 10. August 2021 (BGBl. I S.) 3436 - 3452, poslednja verzija od 1. 4. 2022)).

4. Poverenik restrukturiranja

Sud nadležan u postupku restrukturiranja može imenovati posebno stručno lice za restrukturiranje. U pitanju je nov institut, koji bi trebalo da bude pandan stečajnom upravniku u stečajnom postupku, ali zbog razlike u prirodi postupka, on ima daleko manja ovlašćenja. Njegove pretežne karakteristike upućuju da je najbliži pravnom položaju sudski imenovanog veštaka (Flöther & Wilke, 2021, p. 497). Zato bi mogao da se nazove i veštak-poverenik restrukturiranja. Za stručno lice za restrukturiranje može biti postavljeno lice koje je pogodno za konkretan slučaj.²⁷ Prilikom izbora veštaka-poverenika za restrukturiranje, sud za restrukturiranje će uzeti u obzir predloge dužnika, poverilaca i drugih lica kod dužnika. Predlog mogu dati i lica na koja se plan odnosi, čija potraživanja čine ili će verovatno činiti više od 25 procenata glasačkih prava u svakoj od grupa poverilaca potraživanja u restrukturiranju i prava na odvojeno namirenje. Veštak-poverenik za restrukturiranje postupa pod nadzorom suda.²⁸ On je u obavezi da dostavlja sudu podatke i izveštaje o stanju stvari. Ako veštak-poverenik utvrdi okolnosti koje opravdavaju obustavu postupka restrukturiranja, on mora o tome bez odlaganja da obavesti nadležni sud. Sud može razrešiti veštaka-poverenika iz opravdanih razloga. Razrešenje može biti izvršeno po službenoj dužnosti ili na zahtev samog lica, dužnika ili poverioca (Flöther & Wilke, 2021, p. 497). Ako je sud naložio praćenje izvršenja plana, umesto zaključenja postupka restrukturiranja sud zaključuje nadzor nad sprovođenjem plana.

Na zahtev dužnika, sud za restrukturiranje može da imenuje veštaka-poverenika za restrukturiranje i samo radi unapređenja pregovora između strana (fakultativni poverenik restrukturiranja) (Flöther & Wilke, 2021, p. 507). Veštak-poverenik za restrukturiranje prima naknadu na osnovu razumnih satnica samo ako je u rad bio lično uključen.

²⁷ To može da bude poreski savetnik, revizor ili advokat sa iskustvom u poslovima restrukturiranja i stečaja ili drugo fizičko lice uporedivih kvalifikacija, koje je nezavisno od poverilaca i dužnika i koje je izabrano među njima da preuzme dužnost.

²⁸ Imenovani poverenik restrukturiranja ima pravo da: 1) odluči kako će se glasati o planu restrukturiranja; 2) predsedava sastankom lica na koje se plan odnosi; 3) ispituje potraživanja, prava na odvojeno namirenje, obezbeđenje trećih strana unutar grupe i dr. Sud može preneti na veštaka-poverenika određena ovlašćenja i sud može naložiti dužniku da obavesti veštaka-poverenika o plaćanju i samo da isplate van redovnog toka poslovanja izvrši ako se stručno lice sa tim saglasi.

5. Sanaciono posredovanje (medijacija)

Konačno, pored vansudskog i sudskog postupka restrukturiranja, novim zakonom uveden je institut sanacionog posredovanja ili medijacije (*Sanierende Moderation*), kao instrument preventivnog restrukturiranja. Reč je o dobrovoljnom i poverljivom postupku.²⁹ Na zahtev dužnika koji je sposoban za restrukturiranje, sud imenuje za sanacionog posrednika (moderatora) odgovarajuće fizičko lice, posebno lice sa odgovarajućim poslovnim znanjem, koje je nezavisno od poverilaca i dužnika. Imenovanje posrednika nije moguće ako je dužnik očigledno nesposoban za plaćanje i kada je očigledno prezadužen.

Predlog za imenovanje sanacionog posrednika se podnosi sudu nadležnom za restrukturiranje (Foerste, 2022, p. 385). Sanacioni posrednik se imenuje na period do tri meseca. Na predlog posrednika, uz saglasnost dužnika i poverilaca uključenih u pregovore, rok za imenovanje se može produžiti za najviše tri meseca. Ako se u ovom roku zatraži potvrda poravnanja o sanaciji, mandat se produžava do donošenja odluke o potvrđivanju poravnanja. Imenovanje posrednika se ne objavljuje javno. Sanacioni posrednik posreduje između dužnika i njegovih poverilaca u cilju pronalaženja rešenja za prevazilaženje ekonomskih ili finansijskih poteškoća.

Na sanacionog posrednika se shodno primenjuju odredbe o naknadi za rad veštaka-poverenika za restrukturiranje (Swierczok & Schubert, 2021, p. 627). Sud koji je nadležan za restrukturiranje može, ako su ispunjeni odgovarajući uslovi, imenovati sanacionog posrednika za veštaka-poverenika za restrukturiranje. Rad sanacionog posrednika je pod nadzorom suda nadležnog za restrukturiranje. Sud nadležan za restrukturiranje može razrešiti sanacionog posrednika iz opravdanih razloga, ali ga mora saslušati pre donošenja odluke. Sanaciono poravnanje koje dužnik zaključuje sa svojim poveriocima i u kojem mogu učestvovati i treća lica sud može potvrditi na zahtev dužnika. Sanacioni posrednik se izjašnjava o poravnanju pisanim putem. Sanaciono poravnanje koje potvrdi sud predstavlja izvršnu ispravu i može se osporiti samo pod uslovima kao i potvrđeni plan restrukturiranja.

6. Zaključak

Donošenjem Zakona o stabilizaciji i restrukturiranju preduzeća, nemački zakonodavac je sveobuhvatno i među prvima uskladio svoje propise sa odredbama Direktive Evropske unije br. 1023/2019 o okvirima za preventivno restrukturiranje. Novi propisi u svemu prate namere zakonodavstva Evropske unije.

²⁹ Ipak, poverljivost nije potpuna jer su podaci o svakom postupku dostupni na stranici Registra privrednih subjekata (*Handelsregister*) (Flöther, 2022).

Modularni pristup koji je izabran pruža mogućnost dužnicima privrednim subjektima da izaberu neki od manje ili više formalnih postupaka za sprečavanje preteće nesposobnosti plaćanja. U pitanju su novi instituti, namerom zakonodavca uključeni u stečajno pravo, a koji tu ne spadaju sasvim po svojoj prirodi. To se pre svega odnosi na vansudsko usvajanje plana restrukturiranja, koje odlikuje izrazito načelo konsenzualizma. Osim toga, svi novi instituti su dobrovoljnog karaktera. Nasuprot tome, stečajni postupak, izuzev kod unapred pripremljenog plana reorganizacije, odlikuje prinudni karakter. Upravo dominacija dobrovoljnosti i saglasnosti volja predstavlja važnu prednost dajući dužnicima instrument za buduće pregovore sa poveriocima. Takođe, važna odlika je poverljivost postupka. Time se izbegava negativan prizvuk koji instituti stečajnog prava sa sobom povlače. Uključenje suda u postupak ispitivanja, usvajanja ili potvrde uliva sigurnost i daje veću zaštitu poveriocima, a kod potvrde i karakter izvršne isprave planu restrukturiranja. Posebna kvalifikovana većina i institut pretpostavljene zahtevane većine je važan instrument za usvajanje plana protiv volje nesaglasnih učesnika. Čak i da uspeh restrukturiranja izostane, novi instituti predstavljaju važnu dopunu postojećih stečajnih instituta lične uprave dužnika i redovnog stečajnog postupka. Na taj način se jača ne samo stečajna nego i sanaciona kultura privrednih subjekata, odnosno prevencija krize u poslovanju. Svakako, u budućnosti bi valjalo posebnu pažnju posvetiti i mikro, malim i srednjim preduzećima i pojednostavljenju postupaka njihovog restrukturiranja. Kada je reč o primeni, u 2021. godini zabeleženo je svega 22 preventivna restrukturiranja, ali taj broj uključuje samo postupke koji su vođeni pred sudom. To može biti zbog nedovoljnog poznavanja novih instituta, ali i činjenice da se instrumenti mogu poverljivo koristiti. Generalno, nakon nešto više od godinu i po dana primene Zakona o stabilizaciji i restrukturiranju preduzeća, on se može oceniti kao važan pozitivan korak i dobar model, kako za članice Evropske unije koje još usklađuju svoje zakonodavstvo, tako i za države kandidate i druge države u postupku modernizacije stečajnog zakonodavstva.

Literatura

- Čolović, V. 2021. Uticaj pandemije na pokretanje i vođenje stečajnog postupka. *Pandemija kovida 19: pravni izazovi i odgovori*. Beograd: Institut za uporedno pravo. pp. 129-141.
- Dammann, R. 2022. The Transposition of the EU Directive: A Great Franco-German Convergence. *Eurofenix*.
- Davis, R. et al. 2018. *Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency - A Modular Approach*. Oxford University Press.

- Đurić, Đ. 2016. *Sanaciona reorganizacija društava kapitala u stečaju – Usporedna studija nemačkog, francuskog i srpskog prava*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. Dostupno na: <http://phaidrdbg.bg.ac.rs/o:13139>.
- Đurić, Đ. & Jovanović, V. 2018. Novi propisi o stečaju grupe društava u Nemačkoj. *Pravni život*. Beograd. God. 67. knj. 609, br. 11, pp. 67-80.
- Đurić, Đ. & Jovanović, V. 2020. *Pravni instrumenti rešavanja korporativne krize*. Novi Sad. Univerzitet Privredna akademija Novi Sad.
- Đurić, Đ. & Jovanović, V. 2022. *Quo vadis stečajno pravo? Zakonodavni trendovi u Evropskoj uniji*. Izlaganje na Konferenciji "Izvršno i stečajno pravo", Vršac – Beograd, 23-25. 6. 2022.
- Flöther, L. & Wilke, A. K. 2021. Bestellung auf Antrag. In: Flöther, L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Flöther, L. 2022. *Die Sanierungsmoderation als Schutzschild*. Dostupno na: www.fch-gruppe.de/Beitrag.aspx?ID=19542, (25. 3. 2022).
- Foerste, U. 2022. *Insolvenzrecht*, C. H. Beck. 8. Auflage. DOI: <https://doi.org/10.17104/9783406779824>.
- Herding, F. B. et al. 2020. *The German StaRUG Scheme. Act on Stabilization and Restructuring Framework for Business*. Allen & Overy.
- Hoffmann, T. & Braun, A. 2021. Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Knapp, M. 2021. Absolute Priorität. In: Flöther, L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Knapp, M. & Laroche, P. 2021. Planbestätigung. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Laroche, P. 2021. Stabilisierung. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Madaus, S. 2018. Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law. *European Business Organization Law Review*, 19(3). DOI: <https://doi.org/10.1007/s40804-018-0113-7>.
- Madaus, S. 2020. *Die finale Fassung des SanInsFoG steht – und tritt zum 1. 1. 2021 in Kraft*. Dostupno na: <https://stephanmadaus.de/category/archiv/> (12. 7. 2022).
- Madaus, S. 2021a. Planabstimmung. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Madaus, S. 2021b. *Die StaRUG-Verfahrenshilfen sind verfügbar – in diesen Restrukturierungsgerichten*. Dostupno na: <https://stephanmadaus.de/tag/restrukturierungsgerichte/> (5. 8. 2022).
- Naumann, P. 2021. Wirkungen des bestätigten Plans. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Rasekh, A. & Rosha, A. 2021. Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive. International Monetary Fund. *Working Papers 2021*. DOI: <https://doi.org/10.5089/9781513573595.001>.

- Schönfelder, M. 2021a. Verwertungssperre. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Schönfelder, M. 2021b. Voraussetzungen der Stabilisierungsanordnung. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Spiedlt, J. & Laroche, P. 2021. Planabstimmung. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Swierczok, A. & Schubert, S. 2021. Sanierungsmoderation. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Tasma, M. 2021a. Erklärung zur Bestandsfähigkeit; Vermögensübersicht; Ergebnis- und Finanzplan. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C.H. Beck.
- Tasma, M. 2021b. Anforderungen an den Restrukturierungsplan. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- Thole, Ch. 2020. Der Entwurf des Unternehmensstabilisierungs- und restrukturierungsgesetzes (StaRUG-Ref-E). *ZIP*, 41, pp. 1985-2000.
- Westpfahl, L. 2021. Gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung. In: Flöther L. (ed.), *StaRUG Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz Kommentar*. C. H. Beck.
- World Bank. 2022. *Pre-Concept Note. Business Enabling Environment (BEE) Development Economics*. Global Indicators Group.

Pravni izvori

- Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Januar 1900, poslednja verzija od 2. 1. 2002 (*BGBI*. I S. 42, ber. S. 2909, ber. 2003 I S. 738). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (5. 8. 2022).
- Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132, *OJ L* 172, 26. 6. 2019, pp. 18–55.
- Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts vom 20. 12. 2020. (Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG), (*BGBI*. 66) 3256; poslednja verzija od 29. 12. 2020. Dostupno na: https://dejure.org/BGBI/2020/BGBI_I_S_3256 (5. 8. 2022.)
- Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (StaRUG), 10. August 2021, *BGBI*. I S. 3436, 3452, poslednja verzija od 1. 4. 2022. Dostupno na: <https://starug.online/> (5. 8. 2022).

- Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897; (*RGBl.* S. 219), poslednja verzija od 15. 7. 2022 (*BGBI.* I S. 1146). Dostupno na: <https://dejure.org/gesetze/HGB> (5. 8. 2022).
- Insolvenzordnung vom 5. 10. 1994 (*BGBI.* I S. 2866), poslednja verzija od 20. 7. 2022 (*BGBI.* I S. 1166). Dostupno na: <https://dejure.org/gesetze/InsO> (5. 8. 2022).
- Kreditwesengesetz vom 9. 9. 1998 (*BGBI.* I S. 2776), poslednja verzija od 20. 7. 2022. (*BGBI.* I S. 1166). Dostupno na: <https://dejure.org/gesetze/KWG> (5. 8. 2022).
- Wertpapierhandelsgesetz vom 9. 9. 1998 (*BGBI.* I S. 2708), poslednja verzija od 23. 5. 2022. (*BGBI.* I S. 754). Dostupno na: <https://dejure.org/gesetze/WpHG> (5. 8. 2022).
- Zivilprozessordnung vom 1. Oktober 1879 (*RGBl.* Nr. 113/1895.), 5. 12. 2005; (*BGBI.* I S. 3202, ber. 2006 I S. 431, ber. 2007 I S. 1781), poslednja izmena od 1. 7. 2022. Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/> (5. 8. 2022).

**ZAKONI O KLIMATSKIM PROMENAMA
– POTREBA ILI NORMATIVNO POMODARSTVO
(PRIMER SRBIJE I HRVATSKE)****

Sažetak

U radu se polazi od činjenice da je u poslednjih tridesetak godina u svetu donesen veliki broj propisa kojima se regulišu različita pitanja u vezi sa klimatskim promenama. Naglašava se praksa nekih država da donose posebne zakone o klimatskim promenama. Prvi deo rada je posvećen sagledavanju međunarodnopravnog konteksta klimatskih promena kao opštoj okolnosti od značaja za razumevanje prakse država u vezi sa donošenjem pravnih propisa u ovoj oblasti. U drugom delu rada se porede osnovne norme srpskog Zakona o klimatskim promenama i hrvatskog Zakona o klimatskim promjenama i zaštiti ozonskog sloja. Cilj rada je sagledavanje veza između međunarodnopravnih okolnosti i načina uređivanja oblasti klimatskih promena posebnim zakonima. Razmatra se teza da su okolnosti koje su povezane sa složenim karakterom međunarodnopravnih obaveza, kao i obaveza iz propisa EU, uticale na potrebu da se ova pitanja urede posebnim zakonima.

Ključne reči: klimatske promene, međunarodno pravo, EU, Srbija, Hrvatska.

* Doktor pravno-političkih nauka, naučni savetnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, Srbija.

E-mail: d.todic@diplomacy.bg.ac.rs; dtodic@ymail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3813-4608>

** Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta „Srbija i izazovi u međunarodnim odnosima 2022. godine”, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, a realizuje Institut za međunarodnu politiku i privredu tokom 2022. godine.

CLIMATE CHANGE LAWS – A NECESSITY OR A NORMATIVE NEWFANGLEDNESS (EXAMPLES OF SERBIA AND CROATIA)

Summary

The paper commences with the fact that in the last thirty years, many regulatory acts have been passed world-wide seeking to regulate various climate change-related issues. Some countries have also adopted special laws on climate change (*leges speciales*). The first part of the paper is devoted to considering the international legal context of climate change, as a general circumstance of importance for understanding the practice of states in adopting legal regulations in this area. In the second part of the paper, the key elements of internal legal regulations in the field of climate change in the Republic of Serbia (RS) and the Republic of Croatia (RC) are pointed out and the elementary norms of the Serbian Law on Climate Change and the Croatian Law on Climate Change and Ozone Layer Protection are compared. The aim of the paper is to analyse the connections between international legal circumstances and the manner of regulating the area of climate change via *leges speciales*. The thesis that the circumstances related to the complex nature of international legal obligations in this area, as well as obligations from EU regulations, influenced the need to regulate these issues with special laws has been considered.

Keywords: climate change, international law, EU, Serbia, Croatia.

1. Uvod i metodološke napomene

Ogroman broj zakona i drugih propisa kojima se uređuje oblast klimatskih promena i koji regulišu različita druga pitanja od značaja za klimatske promene donet je u poslednjih tridesetak godina.¹ Uočena je i praksa značajnog broja država da donose posebne zakone o klimatskim promenama.² Takvo stanje

¹ Prema metodologiji koja je razvijena u okviru Londonske škole ekonomije i političkih nauka, odnosno Grantamskog istraživačkog instituta za klimatske promene i životnu sredinu, trenutno u svetu postoji 2775 propisa i politika u oblasti klimatskih promena (Climate Change Laws of the World, *n.d.*). Nakon usvajanja Pariskog sporazuma (2015), doneseno je 47 klimatskih zakona (Mapped: Climate change laws around the world - International Policy, 2017).

² Na primer: Portugalija, Grčka, Island, Bugarska, Finska, Španija, Nemačka, Albanija, Crna

predstavlja rezultat većeg broja činilaca među kojima percepcija o klimatskim promenama (pre svega njihovim posledicama) ima posebnu ulogu pokretača na akciju (van Valkengoed *et al.*, 2021; Capstick *et al.*, 2015). Aktivnosti na međunarodnom planu, čiji se počeci najčešće vezuju za usvajanje Okvirne konvencije UN o promeni klime (1992), formalizovali su obaveze država na način koji je bio moguć u okolnostima kada se tražila inicijalna saglasnost država različitih i suprotstavljenih interesa. Budući suočene sa procenama globalne katastrofe (ili „katastrofe“) prihvatanje bilo kako formulisanih obaveza izgledalo je kao način sticanja privida da je nešto učinjeno, uz odlaganje suočavanja sa konkretnijim obavezama. Kasnije je Kjoto protokol (1997) preciznije definisao neke obaveze koje se tiču smanjenja GHG emisija, a zaokret učinjen Pariskim sporazumom (2015) doneo je nove izazove. Kao odgovor pojedinačnih država, usvajanje unutrašnjih propisa trebalo je da doprinese razradi normi međunarodnog prava i stvaranju uslova za jači doprinos država ostvarivanju globalno uopšteno formulisanih ciljeva međunarodne zajednice. Matrica obrazloženja potrebe za preduzimanjem mera borbe protiv posledica klimatskih promena, ili njihovog sprečavanja, uglavnom je zasnovana na procenama da se još uvek može izbeći najgori scenario uticaja klimatskih promena ako se postignu ciljevi takozvane nulte emisije ugljenika pre 2050. godine. Zakoni bi trebali da stvore pretpostavke za takav razvoj situacije (Kwoka, 2020).

U ovom članku se o „zakonima o klimatskim promenama“ raspravlja kada se radi o zakonima koji za svoj osnovni predmet regulisanja imaju ključna pitanja od značaja za savremenu politiku u oblasti klimatskih promena, koja su kao takva definisana odgovorajućim međunarodnim ugovorima.³ Dva zakona koja su uzeta za primer su hrvatski Zakon o klimatskim promjenama i zaštiti ozonskog sloja i srpski Zakon o klimatskim promenama. Razvoj unutrašnjeg prava klimatskih promena u dvema državama (kao predmet rasprave) omeđen je nekim međunarodnopravnim činiocima, kao i specifičnostima unutrašnjeg pravnog i političkog razvitka. Dve okolnosti se uzimaju za ključne činioce. Prva je pitanje članstva u međunarodnim ugovorima (Todić, 2019), kao i slabosti i neodređenosti normi međunarodnih ugovora. Druga je pitanje statusa ovih država u odnosu na Evropsku uniju (EU), zbog činjenice da EU predstavlja jednu od vodećih organizacija u primeni međunarodnih ugovora i preduzimanju mera u oblasti klimatskih promena na globalnom nivou. U tom smislu se ima u vidu da su obe države članice strane ugovornice relevantnih međunarodnih ugovora u oblasti klimatskih

Gora itd. Zakone o klimatskim promenama ima i značajan broj država van evropskog kontinenta (Climate Change Laws of the World(a), *n.d.*).

³ Za šire o definisanju „propisa u oblasti klimatskih promena“ vid. (Methodology – Legislation, 19. 8. 2022; WB, 2020; Nash *et al.*, 2021, p. 1111).

promena, kao i da je jedna država (Hrvatska) članica Evropske unije (EU), a da je druga država (Srbija) kandidat za članstvo u ovoj organizaciji. Zakonski tekstovi dveju država su podvrgnuti poređenju sa stanovišta nekoliko kriterijuma (okvir, struktura i ciljevi; strateški dokumenti; odnos između klimatskih promena, životne sredine i zdravlja; nadležnost i koordinacija aktivnosti u oblasti klimatskih promena; donošenje podzakonskih akata itd.), pri čemu bi trebalo imati u vidu i izvesne specifičnosti i ograničenja komparativne metode (Todić, 2016).

2. Međunarodnopravni kontekst klimatskih promena

2.1. Složenost međunarodnopravnih obaveza

Složenost međunarodnopravnih obaveza u oblasti klimatskih promena mogla bi se smatrati jednom od ključnih karakteristika stanja u ovoj oblasti. Ona najvećim delom proističe iz karaktera materije koja je predmet uređivanja međunarodnih ugovora (Okvirne konvencije UN o promeni klime, Kjoto protokola i Pariskog sporazuma o klimi),⁴ a jednim delom se može pripisati i specifičnostima normi koje sadrže ovi međunarodni ugovori. Iznalaženje kompromisa između različitih interesa država i blokova država u materiji koja na sve radikalniji način predstavlja pretnju globalnog karaktera izloženo je brojnim izazovima. Definisane ciljeva međunarodne zajednice jedan je od početnih izazova povezan sa pitanjem raspodele tereta i takozvane klimatske pravde.⁵ Uticaj mera koje se preduzimaju (ili treba da se preduzimaju), odnosno mera koje proističu iz obaveza po osnovu međunarodnih ugovora na subjekte unutar pojedinih država može da bude značajno opterećenje. Neke obaveze iz međunarodnih ugovora zahtevaju rekonstrukciju preovlađujućeg modela privrednog razvoja, supstituciju postojećih izvora energije itd.

⁴ U prilog tome govore i definicije ključnih pojmova koje sadrži Okvirna konvencija UN o promeni klime. Ta „kompleksna neodređenost” problema klimatskih promena vidljiva je, na primer, u definicijama pojmova „klimatski sistem”, „promena klime” i „nepovoljni uticaji promene klime” (čl. 1, tač. 3, 2, 1).

⁵ Npr. kao „krajnji cilj” Okvirne konvencije UN o promeni klime „i svih s njom povezanih pravnih instrumenata koje može usvojiti Konferencija Strana” definisan je na sledeći način: „da se, u skladu sa relevantnim odredbama ove konvencije, postigne stabilizacija koncentracija gasova staklene bašte u atmosferi na nivou koji bi sprečavao opasne antropogene uticaje na klimatski sistem. Takav nivo trebalo bi da se postigne u vremenskom periodu koji bi omogućio ekosistemima da se prirodno prilagode promeni klime, koji bi obezbedio da ne bude ugrožena proizvodnja hrane i omogućio dalji stabilan ekonomski razvoj” (čl. 2 Okvirne konvencije UN o promeni klime).

Pariskim sporazumom neka od pitanja su dodatno razrađivana, a u odnosu na neka formulisani su novi pristupi u skladu sa Okvirnom konvencijom. Novim se smatraju odustajanje od ograničenja GHG emisija za pojedinačne države (grupe država) i utvrđivanje koncepta takozvanih nacionalno određenih doprinosa smanjenju GHG emisija koje formuliše svaka država pojedinačno, zatim način kako je formulisan dugoročni cilj ograničavanja porasta globalne temperature,⁶ kao i globalni vrhunac emisija GHG („što je pre moguće”) uz uvažavanje specifičnosti položaja zemalja u razvoju (čl. 4). U tom smislu su formulisane posebne obaveze koje se odnose na ponore i rezervoare (čl. 5). Ovome treba dodati i obaveze koje se tiču preduzimanja mera adaptacije na klimatske promene (čl. 7), izgradnje instrumenata kojima se priznaju štete i gubici usled štetnih posledica klimatskih promena (čl. 8), izgradnje i jačanja instrumenata finansiranja, transfera tehnologija i podrške jačanju kapaciteta (čl. 9, 10 i 11), jačanja obrazovanja, podizanja javne svesti i podrške učešću javnosti u donošenju odluka koje se tiču klimatskih promena (čl. 12), transparentnosti, sprovođenja i obezbeđivanja poštovanja i primene normi (čl. 13, 15), „globalne procene stanja” (čl. 14). Svaka od ovih obaveza sadrži unutrašnjopravni aspekt i njihovo sprovođenje podrazumeva propisivanje obaveza i prava pojedinih subjekata unutar pojedinačnih država.

2.2. Liderske ambicije EU u ostvarivanju ciljeva iz međunarodnih ugovora

Pri procenivanju značaja EU u aktivnostima koje se u vezi sa klimatskim promenama odvijaju na međunarodnom planu obično se imaju u vidu činjenice da se radi o jednom od najrazvijenijih delova planete koji, istovremeno, pripada grupi država koje se označavaju najvećim GHG emiterima. U literaturi skoro da preovlađuje stav da se o EU govori kao o nekoj vrsti lidera u savremenoj politici i pravu klimatskih promena (Todić, 2021). Zagovaranje jasnijih i radikalnije formulisanih obaveza u skoro svim segmentima savremene politike u oblasti klimatskih promena može se smatrati jednom od karakteristika aktivnosti EU. Podaci koji se odnose na ograničavanje GHG emisija, ostvarivanje proklamovanih ciljeva smanjenja GHG emisija, pomoć u preduzimanju mera prilagođavanja na klimatske promene u zemljama u razvoju i drugim najugroženijim zemljama, učešće u mehanizmima finansiranja aktivnosti u oblasti klimatskih promena, primena drugih međunarodnih ugovora koji su od neposrednog i posrednog značaja za klimatske promene itd. potvrđuju tezu o liderskoj ulozi ove organizacije.

⁶ Ovaj cilj se sastoji u ograničenju rasta prosečne globalne temperature značajno ispod 2 °C u odnosu na predindustrijski nivo i nastavak napora da se ograniči rast temperature do 1,5 °C u odnosu na predindustrijski nivo, uviđajući da bi to značajno smanjilo rizike i uticaje klimatskih promena (čl. 2, st. 1a).

Iako je za nedvosmileno jasnu potvrdu takvih procena neophodno znatno detaljnije analizirati ponašanje brojnih subjekata, a pre svega država najvećih GHG emitera, za sistem propisa EU u ovoj oblasti bi se moglo reći da razvijenost i složenost propisa jasno upućuju na zaključak o liderskim ambicijama ove organizacije.⁷ Istorija nastojanja EU da reguliše pojedina pitanja u oblasti klimatskih promena, kao i da se obezbedi jedinstven pristup svih država članica problemu klimatskih promena, seže daleko u prošlost kroz pokušaje da se regulišu pitanja zaštite vazduha, zaštite ozonskog omotača, zaštite prirode itd. Poslednja faza aktivnosti EU u ovoj oblasti u znaku je Zakona o klimatskim promenama čijim usvajanjem je ova organizacija pokušala da osnaži sve ranije inicijative i napore usmerene ka obezbeđivanju uslova da se ciljevi borbe protiv klimatskih promena i prilagođavanja na klimatske promene što doslednije poštuju.⁸ A put od formuliranih ciljeva EU do njihovog ostvarivanja vodi, između ostalog, i preko transpozicije propisa EU u unutrašnje pravne poretke država članica i primene propisa EU od strane država članica.

3. Unutrašnjopravni sistem zaštite klime u Srbiji i Hrvatskoj

Veći broj propisa u obe države sadrži određene odredbe koje su od značaja (ili bi mogle biti od značaja) za klimatske promene. Kao što je već naznačeno, u središtu sistema propisa u oblasti klimatskih promena nalaze se posebni zakoni.⁹ Donošenje dva posebna zakona uslovljeno je istim okolnostima (sprovođenje obaveza iz međunarodnih ugovora i propisa EU). Ipak, razlozi za donošenje posebnog

⁷ Tako je Hrvatska, kao članica EU, Zakonom o klimatskim promjenama i zaštiti ozonskog sloja u svoj pravni poredak „prenela” devet direktiva i „uredila okvir za provedbu” 37 „akata Evropske unije u području klimatskih promjena” i 26 „akata Evropske unije u području zaštite ozonskog sloja” (čl. 2 Zakona). S druge strane, u slučaju Srbije, donošenjem Zakona o klimatskim promenama i podzakonskih akata vrši se usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa osam pravnih akata EU, među kojima su dve direktive, pet uredbi i jedna odluka (Vlada RS, p. 36)

⁸ Za tekst vid. Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999 (‘European Climate Law’) PE/27/2021/REV/1, OJ L 243, 9. 7. 2021, pp. 1–17.

⁹ Pored Zakona, lista ovih propisa u Hrvatskoj obuhvata i 31 drugi propis grupisan u grupu praćenje emisija gasova sa efektom staklene bašte i sistem trgovanja emisijama. Lista obuhvata i popis propisa EU, odnosno međunarodnih ugovora. Za šire vid. (Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja Republike Hrvatske, Propisi iz područja zaštite klime, 21. 8. 2022). Kada se radi o srpskim propisima u oblasti klimatskih promena, na sajtu nadležnog ministarstva nije moguće pronaći sistematizovan prikaz i tekstove pojedinih propisa (Ministarstvo zaštite životne sredine, *n.d.*).

zakona u Hrvatskoj mogu biti interesantniji budući da je Hrvatska kao članica EU i pre donošenja Zakona imala obaveze u pogledu usaglašavanja unutrašnjih propisa sa propisima EU. Uvođenje u pravni sistem posebnog zakona zvanično je obrazloženo razlozima koji se tiču „specifičnosti područja zaštite zraka i klimatskih promena [...] te uređenosti zakonodavstva Europske unije”. Zbog toga je bilo potrebno razgraničiti zaštitu vazduha od klimatskih promena i zaštitu ozonskog omotača u posebne „tematske cjeline” (Vlada RH, p. 78). U slučaju Srbije, donošenje posebnog zakona kojim se uređuje oblast klimatskih promena zvanično se obrazlaže potrebom „sistemskog uređivanja izdavanja dozvola za emisije GHG”, iako je bila razmatrana i mogućnost izmena i dopuna važećeg Zakona o zaštiti vazduha. Osim toga, uzeto je u obzir i to da se „materija klimatskih promena ne podudara sa materijom zaštite kvaliteta vazduha” (Vlada RS, p. 55).

3.1. Okvir, struktura i ciljevi

Ono što odmah pada u oči to je činjenica da hrvatski zakon reguliše i pitanja koja se odnose na „zaštitu ozonskog sloja”, dok su ova pitanja u slučaju Srbije regulisana drugim zakonom (Zakon o zaštiti vazduha) i podzakonskim propisima.¹⁰ Oba zakonska teksta sadrže sličnosti u delu zakona kojim se reguliše predmet uređivanja, budući da govore o „ograničenju emisija gasova sa efektom staklene bašte” i „prilagođavanju na izmenjene klimatske uslove” (Srbija), odnosno „ublažavanju klimatskih promjena”¹¹ i „prilagodbi klimatskim promjenama” (Hrvatska), kao nekoj vrsti centralnih pitanja koja oni regulišu. U slučaju Hrvatske propisuju se „nadležnost i odgovornost” za ova pitanja, dok se u slučaju Srbije uređuje „sistem” (čl. 1). Ova razlika je primenjiva i u odnosu na neka pitanja koja liče da su zajednička za oba zakona. To su norme koje se odnose na: „dokumente o klimatskim promjenama” (Hrvatska), odnosno „program prilagođavanja na izmenjene klimatske uslove, donošenje strategije niskougljeničnog razvoja i programa prilagođavanja na izmenjene klimatske uslove” (Srbija), zatim „praćenje i izvješćivanje o emisijama stakleničkih plinova, sustav trgovanja emisijama stakleničkih plinova” (Hrvatska), odnosno „monitoring, izveštavanje, verifikacija i akreditacija verifikatora” (Srbija), „upravni i inspeksijski nadzor” (Hrvatska),

¹⁰ Ova razlika se ostavlja po strani i, zbog ograničenog prostora, neće biti predmet posebne analize.

¹¹ Što se tiče konkretnih ciljeva smanjenja emisija oni su definisani u nacionalnim komunikacijama dostavljenim Sekretarijatu Okvirne konvencije UN o promeni klime. Kada se radi o Srbiji, ažurirana verzija ciljeva dostavljena je 24. avgusta 2022. godine (Nationally Determined Contribution (NDC) of the Republic of Serbia for the 2021–2030 period, *n.d.*). Hrvatska je svoje ciljeve definisala u okviru ciljeva EU koji su dostavljeni u decembru 2020. godine (NDC of the European Union and its Member States, 11. 8. 2022).

odnosno „nadzor” (Srbija). Za razliku od srpskog zakona, hrvatski zakon sadrži posebna poglavlja koja se odnose na „financiranje ublažavanja”, odnosno „prilagodbe”, „sektore izvan sustava trgovine emisijama” i Registar Unije.

S druge strane, za razliku od hrvatskog zakona, srpski zakon eksplicitno definiše i razrađuje „ciljeve zakona” koji se odnose na smanjenje emisija GHG i prilagodavanje na izmenjene klimatske uslove (čl. 3).¹² Posebnim ciljem se propisuje i „uspostavljanje mehanizma za pravovremeno, transparentno, tačno, dosledno, uporedivo i potpuno izveštavanje i verifikaciju informacija o ispunjenju obaveza” koji proističu iz međunarodnih ugovora u oblasti klimatskih promena, kao i monitoring i izveštavanje o emisijama GHG izazvanih ljudskom aktivnošću iz izvora i uklonjenih putem ponora i aktivnostima prilagodavanja na izmenjene klimatske uslove.

3.2. Strateški dokumenti

I srpski i hrvatski zakon propisuju obavezu nadležnih organa da donesu posebna dokumenta u oblasti klimatskih promena, to jest „temeljne dokumente” u slučaju Hrvatske i „dokumente planiranja” u slučaju Srbije. Hrvatski zakon govori o šest osnovnih dokumenata o klimatskim promenama i zaštiti ozonskog omotača, i to Strategiji niskougljičnog razvoja Republike Hrvatske, Strategiji prilagodbe klimatskim promjenama u Republici Hrvatskoj,¹³ Akcijskom planu za provedbu Strategije niskougljičnog razvoja Republike Hrvatske, Akcijskom planu za provedbu Strategije prilagodbe klimatskim promjenama u Republici Hrvatskoj, Integriranom energetske i klimatske planu Republike Hrvatske i Programu ublažavanja klimatskih promjena, prilagodbe klimatskim promjenama i zaštite ozonskog sloja (čl. 10-19). S druge strane, srpski zakon, kada govori o „dokumentima planiranja”, propisuje obavezu donošenja tri dokumenta, i to strategije niskougljičnog razvoja, Akcionog plana za sprovođenje strategije i programa prilagodavanja na izmenjene klimatske uslove (čl. 6-17). Osim toga, može biti interesantno da srpski zakon sadrži i jednu nejasno blagu odredbu u kojoj se kaže da „državni organi i organizacije *treba* da usvoje odgovarajuće sektorske politike

¹² Kada govori o „ciljevima”, Zakon o klimatskim promenama se poziva na „ispunjenje obaveza” iz sledećih međunarodnih ugovora: Okvirna konvencije UN o promeni klime sa aneksima, Kjoto protokol, Doha amandman na Kjoto protokol uz Okvirnu konvenciju UN o promeni klime i Sporazum iz Pariza). Konvencija se spominje i u delu obaveza koje se odnose na ograničenje GHG emisija (čl. 11 Zakona) i izveštavanje prema zahtevima Konvencije (čl. 65). Hrvatski zakon na nekoliko mesta upućuje na Okvirnu konvenciju o promeni klime, Kjoto protokol i Sporazum iz Pariza, vezujući ih najčešće za odgovarajući propis EU.

¹³ Hrvatski sabor je u aprilu 2020. godine usvojio ovaj dokument. Za šire vid. (Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja. Strategija prilagodbe klimatskim promjenama u Republici Hrvatskoj za razdoblje do 2040. godine s pogledom na 2070. godinu, *n.d.*).

i mere iz delokruga svoje nadležnosti” radi „dostizanja ciljeva ovog zakona” (aut. pod.) (čl. 4).¹⁴ Dakle, u slučaju Srbije nije predviđeno donošenje strategije prilagođavanja (kao posebnog dokumenta), već programa prilagođavanja. Ono što bi moglo biti mnogo značajnije to je činjenica da srpskim zakonom nije predviđeno donošenje dokumenta koji bi se odnosio na „integraciju energetske i klimatske promene”, posebno imajući u vidu doprinos energetske sektora klimatskim promjenama, kao i potrebu koordinacije aktivnosti u ovim oblastima. Postoje razlike i u pogledu nadležnosti za donošenje pojedinih dokumenata. Tako je u slučaju Strategije niskougljičnog razvoja i Strategije prilagođavanja klimatskim promjenama u Hrvatskoj predviđeno da dokument usvaja Hrvatski sabor (čl. 126), a ostale dokumente Vlada (čl. 127). U Srbiji je nadležnost „spuštena” na Vladu, te Strategiju niskougljičnog razvoja i akcijske planove donosi Vlada (čl. 7, st. 3), isto kao i akcijske planove (čl. 10, st. 2) i Program prilagođavanja (čl. 13). Do Narodne skupštine stižu jedino izvještaji o „realizaciji Akcionog plana, Programa prilagođavanja, realizaciji politika i mera, projekcijama i postizanju kvantitativnih ciljeva Strategije” (čl. 64, st. 2).

3.3. Odnos između klimatskih promena, životne sredine i zdravlja

Ne bi trebalo da bude bez značaja ni činjenica da se dva zakona odnose na različit način prema propisima u oblasti životne sredine, kao i prema pitanju „zdravlja”. Hrvatski zakon eksplicitno upućuje na načela zaštite životne sredine („okoliša”) tako što propisuje da su, kako ublažavanje klimatskih promena, tako i „prilagodba klimatskim promjenama” zasnovani na „načelima zaštite okoliša” „određenim zakonom kojim se uređuje područje zaštite okoliša” (čl. 4). Dakle, eksplicitno se naglašava značaj Zakona o zaštiti okoliša, a veza sa klimatskim promjenama se ističe kroz cilj Zakona o zaštiti okoliša koji uključuje, između ostalog, i „ublažavanje klimatskih promena” (čl. 7, st. 1). Istovremeno, ovome su pridodati i „zahtjevi međunarodnog prava i pravne stečevine Europske unije”. Takođe, hrvatski zakon propisuje da mere koje se preduzimaju ne smeju biti „u suprotnosti s propisima u području zaštite na radu i zaštite zdravlja ljudi” (čl. 5).¹⁵ Za ovu analizu može biti interesantno i pitanje odnosa između Zakona o zaštiti okoliša i drugih propisa čiji se predmet regulisanja prepliću sa njegovim predmetom

¹⁴ Više je pitanja koja bi se mogla postaviti u vezi sa ovakvom formulacijom među kojima su, npr. i sledeća: šta tačno znači „treba” da usvoje, zatim koji su to „državni organi i organizacije” koji imaju obavezu usvajanja „sektorske politike i mera”, da li su to svi „državni organi i organizacije” ili samo neki i na osnovu čega bi se to određivalo budući da se ispunjenje ove obaveze vezuje za „dostizanje ciljeva ovog zakona” itd.

¹⁵ Pored toga što ne smeju „ugroziti ostale sastavnice okoliša, kvalitetu življenja sadašnjih i budućih naraštaja.”

regulisanja. U tom smislu iz relevantnih odredaba čl. 5, st. 5 i 6 Zakona o zaštiti okoliša proizilazi da ovaj zakon ima karakter *lex generalis*, u odnosu na Zakon o klimatskim promjenama i zaštiti ozonskog sloja koji je *lex specialis*.¹⁶

S druge strane, u slučaju srpskog zakona nema upućivanja na propise u oblasti životne sredine niti Zakon o zaštiti životne sredine, iako se životna sredina u Zakonu spominje na nekoliko mesta (u delu koji se odnosi na ministarstvo nadležno za poslove životne sredine, Agenciju za zaštitu životne sredine, izveštaj o stanju životne sredine, nadzor itd.). „Zdravlje” se u srpskom zakonu jedino spominje u definiciji pojma „nepovoljni uticaji promene klime” (čl. 5, tač. 19), tako što je u Zakonu preuzeta definicija ovog pojma iz člana 1 Okvirne konvencije UN o promeni klime. Razlika u odnosu na hrvatski zakon ogleda se i kroz izvesne razlike u pogledu regulisanja odnosa između Zakona o zaštiti životne sredine i drugih zakona od značaja za životnu sredinu (uključujući i Zakon o klimatskim promenama). Primena zakona u drugim oblastima, slično kao i u hrvatskom zakonu, predviđena je za pitanja pristupa informacijama o životnoj sredini (čl. 78, st. 2) i odgovornosti za štetu u životnoj sredini (čl. 108). Primat Zakona o zaštiti životne sredine eksplicitno je propisan u odnosu na zakone i druge propise „kojima se uređuje upravljanje prirodnim resursima i dobrima, kao i planiranje i izgradnja” koji se, u slučaju da su u suprotnosti sa ovim zakonom, „neće primenjivati” (čl. 127).¹⁷ Osim toga, za razliku od hrvatskog zakona, u srpskom zakonu se ciljevi u vezi sa klimatskim promenama ne spominju na poseban način, iako se govori o „smanjenju uticaja klimatskih promena i preduzimanju mera adaptacije” kao jednoj od oblasti za koje je predviđeno korišćenje sredstava Zelenog fonda Republike Srbije (čl. 90v, st. 1).

3.4. Nadležnost i koordinacija aktivnosti u oblasti klimatskih promena¹⁸

U pogledu regulisanja nadležnosti za obavljanje poslova u oblasti klimatskih promena postoje značajne sličnosti i određene razlike između dvaju zakona. Najveći deo poslova obavlja ministarstvo nadležno za poslove životne sredine (RS), odnosno „tijelo državne uprave nadležno za zaštitu okoliša” (RH). Poslovi ministarstva nadležnog za poslove životne sredine, u slučaju Srbije, eksplicitno su propisani i odnose se, između ostalog, na sledeća pitanja: pripremu i predlaganje

¹⁶ Kaže se da u slučaju da posebnim propisom nije uređena zaštita „pojedine sastavnice okoliša, odnosno zaštita okoliša od opterećenja sukladno ovom Zakonu, na tu sastavnicu, odnosno opterećenje” primenjuje se ovaj zakon.

¹⁷ Ovo je vrlo interesantno pitanje i zaslužuje posebnu i detaljnu analizu.

¹⁸ Ovde se, zbog ograničenog prostora, ukazuje samo na osnovna pitanja. Inače, pitanje nadležnosti za obavljanje poslova u oblasti klimatskih promena zaslužuje znatno detaljniju i posebnu analizu.

Strategije niskougljeničnog razvoja, akcioni plan za sprovođenje Strategije, pripremu godišnjeg izveštaja o dostizanju emisija GHG, pripremu Programa prilagodavanja na izmenjene klimatske uslove, izdavanje dozvole, plan monitoringa, izmenu plana monitoringa, propisivanje metodologije monitoringa emisija GHG iz postrojenja, odnosno za operatere vazduhoplova, upravljanje i kontrolu podataka, čuvanje dokumenata i podataka, izveštavanje, dostavljanje podataka za izradu Nacionalnog inventara GHG, projekcije emisija GHG iz izvora i uklanjanja pomoću ponora, sistem za izveštavanje o politikama, merama i projekcijama GHG, izveštavanje o realizaciji planskih dokumenata, izveštavanje prema zahtevima Konvencije, inspekcijski nadzor, izdavanje dozvole operateru postrojenja itd.¹⁹ Koordinacija aktivnosti u vezi sa Nacionalnim savetom za klimatske promene poverena je ministarstvu nadležnom za poslove životne sredine.

S druge strane, „tijelo državne uprave nadležno za zaštitu okoliša” obavlja poslove koji se odnose na sledeća pitanja: sprovođenje 37 propisa EU u oblasti klimatskih promena i 26 propisa EU u oblasti zaštite ozonskog omotača, izradu Strategije niskougljeničnog razvoja i Strategije prilagodbe klimatskim promjenama, nadzor nad sprovođenjem Akcionog plana sprovođenja Strategije niskougljeničnog razvoja, nadzor nad sprovođenjem Akcionog plana sprovođenja Strategije prilagodbe klimatskim promjenama, praćenje i izveštavanje o GHG emisijama, sistem trgovanja GHG emisijama, raspodelu emisijskih jedinica, vazduhoplovnu delatnost, izveštavanje o emisijama, sektore izvan sistema trgovine emisijama, Registar unije, supstance koje oštećuju ozonski omotač, finansiranje ublažavanja klimatskih promena, informacioni sistem za klimatske promene, upravni i inspekcijski nadzor itd.²⁰ Zakonom se osnivaju „povjerenstvo za međusektorsku koordinaciju za nacionalni sustav za praćenje emisija stakleničkih plinova” i „povjerenstvo za međusektorsku koordinaciju za politiku i mjere za ublažavanje i prilagodbu klimatskim promjenama” (čl. 26).

3.5. Ostala pitanja

U slučaju hrvatskog zakona, detaljno je regulisano izveštavanje o emisijama u sistemu trgovanja emisijama GHG (čl. 50-62), dok je srpski zakon regulisao „monitoring, izveštavanje i verifikaciju emisija GHG iz postrojenja i

¹⁹ Ostali organi kojima zakon propisuje određene nadležnosti su: Agencija za zaštitu životne sredine, Direktorat civilnog vazduhoplovstva Republike Srbije, Akreditaciono telo Srbije, drugi organi i organizacije. Kao nosioce prava i obaveza Zakon posebno propisuje obaveze „operatera postrojenja”, „operatera vazduhoplova” i „verifikatora”.

²⁰ Za jedan propis EU propisuje se nadležnost tijela državne uprave nadležnog za zaštitu okoliša zajedno sa tijelom državne uprave nadležnim za energetiku, dok se za četiri propisa EU ova nadležnost deli sa tijelom državne uprave nadležnim za poljoprivredu i šumarstvo.

vazduhoplovnih aktivnosti” (čl. 25-56). Nadzor nad primenom Zakona i propisa donetih na osnovu njega u RS vrše tri institucije. Pored ministarstva nadležnog za poslove životne sredine (kada se radi o obavezama operatera postrojenja), to su Direktorat civilnog vazduhoplovstva Republike Srbije (kada se radi o obavezama operatera vazduhoplova) i ministarstvo nadležno za poslove trgovine (u delu koji se odnosi na dostupnost informacija potrošača o ekonomičnosti potrošnje goriva i emisijama CO₂ iz novih putničkih vozila) (čl. 67). Istovremeno, propisano je da inspeksijski nadzor vrše ova tri organa preko inspektora za zaštitu životne sredine, vazduhoplovnog inspektora i tržišnih inspektora. Hrvatski zakon, najpre, propisuje da upravni nadzor nad primenom zakona donetih na osnovu ovog zakona obavlja „telo državne uprave nadležno za zaštitu okoliša” (čl. 107), a inspeksijski nadzor „inspektor zaštite okoliša”, ako Zakonom nije propisano drugačije (čl. 108). Odvojeno se propisuje nadležnost za obavljanje inspeksijskog nadzora nad primenom propisa EU (Uredbe (EU) br. 2015/757, Uredbe (EZ) br. 1005/2009 i Uredbe (EU) br. 517/2014) za šta su određeni inspektori sigurnosti plovidbe, odnosno tržišni inspektori i ovlašćeni carinski službenici Carinske uprave.

Dalja operacionalizacija sistema koji su uspostavljeni na osnovama dvaju zakona zahteva pripremu i donošenje određenih podzakonskih propisa. Srpski zakon propisuje opšti rok od godinu dana od dana stupanja na snagu Zakona u kojem treba da se donesu „propisi koji se donose na osnovu ovog zakona.” (čl. 79). Izuzetak su propisi koji se odnose na operatere vazduhoplova koji se donose „do dana početka primene odredaba ovog zakona” i dva strateška dokumenta (Strategija niskougljeničnog razvoja i Program prilagođavanja na izmenjene klimatske uslove), koji se donose u roku od dve godine od dana stupanja na snagu Zakona. Za razliku od srpskog zakona, hrvatski zakon je propisao kraće i različite rokove za donošenje pojedinih podzakonskih propisa. Za neke uredbe taj rok je tri meseca od dana stupanja na snagu Zakona, za neke šest meseci, dok je za neke akte taj rok godinu dana (čl. 128, 129). Ipak, pitanje poštovanja propisanih rokova za donošenje podzakonskih propisa može se smatrati otvorenim i može biti predmet posebne analize.²¹

²¹ Do sada je doneta Uredba o načinu trgovanja emisijama stakleničkih plinova (NN, br. 89/2020) na osnovu člana 59, st. 1 Zakona; Pravilnik o načinu besplatne dodjele emisijskih jedinica postrojenjima i o praćenju, izvješćivanju i verifikaciji izvješća o emisijama stakleničkih plinova iz postrojenja i zrakoplova, (NN, br. 89/2020), na osnovu člana 60 Zakona; Plan korištenja finansijskih sredstava dobivenih od prodaje emisijskih jedinica putem dražbi u Republici Hrvatskoj od 2021. do 2025. godine (na osnovu člana 100, st. 4). Istovremeno, deo propisa koji se odnose na klimatske promene ostaje na snazi do donošenja novih propisa (čl. 132, 133 Zakona).

4. Zaključak

Imajući u vidu preovlađujuće procene o uzrocima i posledicama klimatskih promena, kao i složenost i aktivnosti međunarodne zajednice u okviru međunarodnih ugovora u oblasti klimatskih promena, može se reći da razvoj unutrašnjepравниh instrumenata za regulisanje pojedinih pitanja od značaja za klimatske promene ima svoje nesumnjivo utemeljenje. Donošenje posebnih zakona o klimatskim promenama može se pripisati potrebama država da na efikasan način odgovore na obaveze iz međunarodnih ugovora, čija se složenost može posmatrati kroz široko definisane ciljeve koje bi trebalo ostvariti, nepreciznost mera i instrumenata koje bi trebalo primeniti, specifičnost uloge različitih subjekata u sistemu, troškove mera u oblasti klimatskih promena itd.

U slučaju Hrvatske i Srbije, moglo bi se zaključiti da potreba donošenja posebnih zakona kojima se regulišu pojedina pitanja od značaja za klimatske promene proističe iz složenih karakteristika problema koje treba rešavati u vezi sa klimatskim promenama. Donošenje posebnih zakona predstavlja neku vrstu refleksije međunarodnopravnih obaveza i obaveza koje proističu iz članstva u EU, odnosno iz obaveza koje proističu iz statusa kandidata za članstvo u EU. Donošenje posebnih zakona rezultat je procena da postojeće stanje subjekata nadležnih za klimatske promene zahteva uređivanje njihovih odnosa, prava i obaveza na precizniji način, kao i regulisanje koordinacije brojnih aktivnosti. Procenjeno je da je potrebno razdvajanje materije zaštite vazduha od materije klimatskih promena zbog složenosti obeju materija i porasta broja propisa u oblasti klimatskih promena. Pozivanje na međunarodnopravne obaveze u oba zakona je učinjeno eksplicitno, dok su reference prema propisima EU napravljene (načelno govoreći) u skladu sa statusom u ovoj organizaciji. U slučaju Hrvatske, uređivanje oblasti klimatskih promena posebnim zakonom predstavlja neku vrstu „kodifikacije” složenih obaveza ove države zbog članstva u EU. U tom smislu i način na koji su strukturisani zakonski tekstovi dveju država otkriva izvesne specifičnosti primenjene činjenici da je Hrvatska članica EU, a Srbija kandidat za članstvo.

Literatura

- Ančić, B., Puđak, J., & Domazet, M. 2016. Vidimo li klimatske promjene u Hrvatskoj? Istraživanje stavova o nekim od aspekata klimatskih promjena u hrvatskom društvu. *Hrvatski meteorološki časopis*, 51(51), pp. 27-45.
- Capstick, S., Whitmarsh, L., Poortinga, W., Pidgeon, N. & Upham, P. 2015. International Trends in Public Perceptions of Climate Change over the Past Quarter Century. *WIREs Clim Change*, 6(1), pp. 35-61. DOI: <https://doi.org/10.1002/wcc.321>
- Nash, S.L., Torney, D., & Matti, S. 2021. Climate Change Acts: Origins, Dynamics, and Consequences. *Climate Policy*, 21(9), pp. 1111-1119, DOI: <https://doi.org/10.1080/14693062.2021.1996536>
- Todić, D. 2019. Multilateral Environmental Agreements and EU Integration of Western Balkan States (Status of Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Serbia and Croatia in Multilateral Environmental Agreements). *European Energy and Environmental Law Review*, 28(1), pp. 17-27. DOI: <https://doi.org/10.54648/EELR2019002>
- Todić, D. 2021. Klimatske promene – globalni činilac međunarodnih odnosa i liderske ambicije Evropske unije. U: Stanković, N., Dabić & D., Bandov, G. (ur). *Razvojni pravci Evropske unije nakon pandemije KOVID 19*. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, pp. 59-76. DOI: https://doi.org/10.18485/iipe_postkovid.2021.ch3
- Todić, D. 2016. Komparativno pravo životne sredine – konceptijski okvir i teškoće u definisanju. *Strani pravni život*, 60(3), pp. 9-22.
- van Valkengoed, A.M., Steg & L., Perlaviciute, G. (2021). Development and Validation of a Climate Change Perceptions Scale. *Journal of Environmental Psychology*, 76, 101652, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jenvp.2021.101652>
- WB. (2020). *World Bank Reference Guide to Climate Change Framework Legislation*, World Bank.

Pravni izvori

- Okvirna konvencija UN o promeni klime, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/1997.
- Kjoto protokol, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 88/2007.
- Doha amandmani na Kjoto protokol, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 2/2017.
- Pariski sporazum, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 4/2017.
- Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999 ('European Climate Law') PE/27/2021/REV/1, OJ L 243, 9. 7. 2021.
- Zakon o klimatskim promenama, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2021.

Zakon o zaštiti životne sredine, *Službeni glasnik RS*, br. 135/2004, 36/2009 - dr. zakon, 72/2009 - dr. zakon, 43/2011-US, 14/2016, 76/2018, 95/2018 - dr. zakon.
Zakon o klimatskim promjenama i zaštiti ozonskog sloja, *Narodne novine*, br. 127/2019.
Zakon o zaštiti okoliša, *Narodne novine*, br. 80/2013, 153/2013, 78/2015, 12/2018, 118/2018.

Internet izvori

Mapped: Climate change laws around the world - International Policy, 2017. Dostupno na: <https://www.carbonbrief.org/mapped-climate-change-laws-around-world/> (22. 8. 2022).
Climate Change Laws of the World. *n.d.* Dostupno na: <https://climate-laws.org/> (19. 8. 2022).
Climate Change Laws of the World(a). Dostupno na: https://climate-laws.org/legislation_and_policies?q=Law%20on%20climate%20change (12. 8. 2022).
Methodology – Legislation. *n.d.* Dostupno na: <https://climate-laws.org/methodology-legislation> (19. 8. 2022).
Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja. Strategija prilagodbe klimatskim promjenama u Republici Hrvatskoj za razdoblje do 2040. godine s pogledom na 2070. godinu. Dostupno na: <https://prilagodba-klimi.hr/hrvatska/> (22. 8. 2022).
Kwoka, B. 2020. What Are Climate Laws and Why Do We Need Them? The climate crisis can't be solved through individual action alone. Dostupno na: <https://www.clf.org/blog/what-are-climate-laws-and-why-do-we-need-them/> (22. 8. 2022).
Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja Republike Hrvatske, Propisi iz područja zaštite klime. *n.d.* Dostupno na: <https://mingor.gov.hr/pristup-informacijama-4924/zakoni-i-propisi/zakoni-i-propisi-iz-djelokruga-uprave-za-klimatske-aktivnosti/propisi-iz-podrucja-zastite-klime/7753> (21. 8. 2022).
Ministarstvo zaštite životne sredine. *n.d.* Dostupno na: <https://www.ekologija.gov.rs/dokumenta/klimatske-promene> (21. 8. 2022).
NDC of the European Union and its Member States. 2017. Dostupno na: https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/EU_NDC_Submission_December%202020.pdf, (11. 8. 2022).
Vlada RS. *n.d.* Predlog zakona o klimatskim promjenama, Dostupno na: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2021/337-21%20-%20Lat..pdf (16. 8. 2022).
Vlada RH. *n.d.* Konačni prijedlog zakona o klimatskim promjenama i zaštiti ozonskog sloja, <https://sabor.hr/hr/konacni-prijedlog-zakona-o-klimatskim-promjenama-i-zastiti-ozonskog-sloja-drugo-citanje-pze-br-682> (16. 8. 2022).

OGRANIČENJA PRILIKOM UGOVARANJA EGZONERACIONIH KLAUZULA: UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ

Sažetak

Autorka razmatra načine na koje je autonomija volje ugovornih strana ograničena u pogledu ugovaranja egzoneracionih klauzula. Uvodni deo rada objašnjava pojam egzoneracionih klauzula, a zatim se izlažu njihove prednosti za pravni promet, ali i rizici koje one sa sobom nose. U centralnom delu rada prikazana su ograničenja ugovaranja egzoneracionih klauzula u francuskom, švajcarskom i engleskom pravu. Na kraju, autorka analizira razlike između načina na koje predstavljeni uporednopravni sistemi postavljaju granice u pogledu ugovaranja egzoneracionih klauzula. Zaključuje da francusko i švajcarsko pravo propisuju ograničenja s obzirom na sadržinu klauzule, dok engleski sudovi razmatraju proceduralni aspekt, odnosno ponašanje ugovornih strana prilikom zaključenja ugovora.

Ključne reči: egzoneracione klauzule, klauzule neodgovornosti, ugovorna odgovornost, isključenje ugovorne odgovornosti, ograničenje ugovorne odgovornosti.

* Master prava, saradnik u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
E-mail: ksenija@ius.bg.ac.rs

LIMITATIONS IN CONTRACTING EXONERATION CLAUSES: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS

Summary

The author discusses how the autonomy of the will of the contracting parties can be limited in terms of exoneration clauses. The introductory part of the paper defines exoneration clauses and presents the advantages as well as the risks they might cause. The main part of the paper presents the limitations of contracting exoneration clauses in French, Swiss and English law. Finally, the author analyses the differences between the ways in which the presented comparative legal systems set limits in terms of contracting exoneration clauses. She concludes that French and Swiss law prescribe restrictions with regard to the content of the clause, while English courts take into account the procedural aspect, *i.e.* the behaviour of the contracting parties while negotiating.

Keywords: exoneration clauses, exemption clauses, contractual liability, exclusion of liability, limitation of liability.

1. Uvod

Ugovorna odgovornost je odgovornost dužnika za povredu obaveze iz punovažnog ugovora. Pod povredom ugovorne obaveze podrazumevamo neispunjenje, manljivo ispunjenje i neblagovremeno ispunjenje (Terré *et al.*, 2019, p. 889). Pravila o ugovornoj odgovornosti nastoje da stave poverioca u imovinsko-pravni položaj u kome bi bio da je ugovor pravilno izvršen, tako što nalažu dužniku da ispuni obavezu, odnosno plati novčanu vrednost ekvivalentnu ispunjenju dugovane prestacije (*fonction du paiement*) i naknadi mu prouzrokovanu štetu (*fonction du réparation*) (Jacquemin, 2021, p. 22).¹ Načelno su dispozitivne prirode, ugovornici ih svojom voljom mogu isključiti, ublažiti ili pooštriti. Ugovorno regulisanje ugovorne odgovornosti je jedan od izraza načela slobode ugovaranja (Mitrović, 1966, p. 11). Na taj način ugovorne strane mogu raspodeliti

¹ Navedene su funkcije ugovorne odgovornosti iz perspektive poverioca. S druge strane, iz perspektive dužnika, pravila o ugovornoj odgovornosti ispunjavaju funkciju „privatne kazne”. Dužnik biva sankcionisan za neispunjenje, a postojanje svesti o eventualnoj sankciji ga odvraća od (ne)činjenja protivnog ugovornoj obavezi, čime se postiže funkcija prevencije (Jacquemin, 2021, pp. 251-253).

rizik neizvršenja obaveze kako im odgovara. Reč je o riziku kojim se dužnik, kao potencijalni štetnik, izlaže preuzimanjem ugovorne obaveze (Karanikić Mirić, 2012, p. 252). One to čine ugovarajući posebne odredbe – klauzule kojima se ugovorna odgovornost isključuje, ograničava ili proširuje.

Pošto je ugovorno regulisanje odgovornosti u praksi najčešće usmereno ka smanjenju ili isključenju odgovornosti dužnika, zakonodavci, pravna nauka i sudska praksa su se pretežno bavili klauzulama kojima se ugovorna odgovornost isključuje ili umanjuje² (Mitrović, 1966, p. 11). Ovakve klauzule se u pravnoj teoriji nazivaju egzoneracionim klauzulama (*exoneration clauses, clauses d'exonération de responsabilité*), klauzulama neodgovornosti (*exclusion clauses, clauses de non-responsabilité*), restriktivnim ili limitirajućim klauzulama (*limitation clauses, clauses limitatives*).³

Klauzule neodgovornosti pogoduju razvoju pravnog prometa, što u krajnjem ishodu doprinosi ekonomskom napretku. Trgovac u cenu robe ili usluge uračunava sve poslovne rizike koji ga terete, a tu spada i rizik neizvršenja obaveze. Ukoliko takav rizik prebaci na saugovornika ili ga umanj, može odrediti nižu cenu. Tako roba i usluge postaju dostupne većem broju lica (Perović, 1995, p. 602). Danas sva nacionalna zakonodavstva poznaju mogućnost ograničenja ugovorne odgovornosti, s tim što koriste različite tehnike ugovaranja, terminologiju i teorijske koncepte kojima ovakvu mogućnost potkrepljuju (Komarov, 2008, p. 247).

Međutim, klauzule egzoneracije povlače znatnu opasnost i otvaraju mogućnost za zloupotrebe. Najpre, one dovode do ekonomske neravnoteže između ugovornika (Porchy-Simon, 2016, p. 286). Poverilac ne dobija ni izvršenje obaveze ni naknadu za pretrpljenu štetu, dok dužnikova povreda obaveze ostaje bez sankcije. Zatim, pošto se klauzule egzoneracije danas najčešće koriste kod adhezionih ugovora⁴ (Vizner,

² Klauzule kojima se odgovornost dužnika pooštava nisu česte u praksi. Smatramo da je razlog za to postojanje drugih sredstava kojima se dužnik može podstaknuti da uredno izvrši svoju obavezu. U takva sredstva spadaju kamata (ugovorna i zakonska), stvarna sredstva obezbeđenja (hipoteka, zaloga, kapara, kaucija) i lična sredstva obezbeđenja (jemstvo, ugovorna kazna, odustanica, solidarnost dužnika).

³ Pritom, autori često pod limitirajućim i restriktivnim klauzulama podrazumevaju samo one klauzule kojima se odgovornost umanjuje (vid. Terré, Simler, Lequette & Chénéde, 2019, pp. 951-952; Perović, 1995, pp. 602, 605; Jankovec, 1993, p. 366). Perović (1995, p. 602) ističe da je razlikovanje nužno, te da se kod klauzula kojima se odgovornost isključuje postavljaju drugačija pitanja nego kod klauzula kojima se odgovornost samo ograničava. Suprotno, Mitrović (1966, pp. 16-17) klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti zajednički naziva klauzulama neodgovornosti. Kako u pravnim sistemima kojima smo se bavili ne postoje ekskluzivne pravne posledice klauzula kojima se odgovornost isključuje, odnosno klauzula kojima se odgovornost samo ograničava, u ovom radu nećemo praviti takvu terminološku razliku.

⁴ Adhezioni ugovori, nasuprot ugovorima sa sporazumno određenom sadržinom, jesu takvi ugovori kod kojih jedna strana unapred određuje elemente i uslove ugovora preko opšte i

1978, p. 1082), poverilac kao ekonomski slabija strana nema mogućnost da pregovara o unošenju klauzule u ugovor, niti o njenoj sadržini. Štaviše, klauzule se često ugovaraju na način da se poveriocu i ne ukaže na njeno postojanje. Takođe, i kada poverilac zna da je klauzula uneta u ugovor, on često ne razume pravne posledice, odnosno šta gubi njenim prihvatanjem (Davis & Oughton, 2000, p. 408). Na kraju, klauzule neodgovornosti podstiču nemar dužnika (Perović, 1995, p. 602). Svestan da rizik neispunjenja neće podneti on nego poverilac, dužnik nema podsticaj da postupi pažljivo prilikom izvršenja ugovorne obaveze.⁵

Iz navedenih razloga pozitivno pravo propisuje sve više izuzetaka od punovažnosti egzoneracionih klauzula. Uz zakonske izuzetke, sudska praksa interveniše kod određenih klauzula koje je zakonodavac propustio da sankcioniše (Terré *et al.*, 2019, pp. 943-944). U zavisnosti od pravnog sistema, ograničenja se razlikuju prema izvoru nastanka (da li su propisana zakonom ili su rezultat delovanja sudske prakse i teorijskih razmatranja), s obzirom na intenzitet i prema načinu na koji su postavljena (da li se ograničava sama sadržina klauzule ili ponašanje ugovornih strana). U odeljku koji sledi prikazane su granice ugovaranja egzoneracionih klauzula u francuskom, švajcarskom i engleskom pravu.

stalne ponude, a druga strana pristupa tako učinjenoj ponudi. Njihovom zaključenju ne prethode pregovori. (Perović, 1990, p. 217) U izučavanju adhezionih ugovora prednjači francuska pravna nauka, a francuski jurisprudenti su prvi nastojali da objasne njihovu pravnu prirodu. Najpoznatije su normativna i ugovorna teorija. Prema normativnoj teoriji adhezioni ugovor nije ugovor u pravom smislu, budući da je nastao kao rezultat volje jedne ugovorne strane koja je odredila njegovu sadržinu. Ugovorna teorija, danas opšteprihvaćena, polazi od toga da su adhezioni ugovori zapravo ugovori kao i svaki drugi, osim što su njihove odredbe jednostrano određene. Naime, iako druga ugovorna strana nije učestvovala u određivanju sadržine ugovora, ona je na takav sadržaj pristala – pristupila je ugovoru. Zbog toga ne možemo reći da nema saglasnosti. Naša pravna teorija adhezione ugovore još naziva i ugovorima po pristanku, ugovorima po pristupu i (dodajemo) formularnim ugovorima (Vukadinović, 2020, pp. 7-8). Međutim, Radišić (2017, p. 105) smatra da termini formularni ugovori i ugovori po pristupu nisu sinonimi. Po njemu, svi adhezioni ugovori su ujedno i formularni, ali nisu svi formularni ugovori adhezioni. Kod adhezionog ugovora strana koja pristupa ugovoru može jedino da prihvati ugovor u celosti ili da odustane od zaključenja ugovora, ona ne može menjati nijednu odredbu. Suprotno, kod formularnih ugovora strana koja pristupa ugovoru u načelu može izmeniti pojedine ili sve klauzule opštih uslova.

⁵ Ukoliko eliminišemo odgovornost, eliminisali smo i samu obavezu (Vukmir, 1970, p. 53).

2. Uporednopravni prikaz ograničenja prilikom ugovaranja egzoneracionih klauzula

2.1. Francusko pravo

Francuski građanski zakonik (*Code Civil* – CC) do reforme iz 2016. godine nije sadržao opšte odredbe o restriktivnim klauzulama.⁶ Važeća ograničenja u ugovaranju restriktivnih klauzula delo su pravne teorije. Možemo ih podeliti u četiri grupe: 1) ograničenja koja se odnose na sadržinu obaveze koja se isključuje; 2) ograničenja vezana za stepen krivice dužnika; 3) ograničenja koja se odnose na prirodu nastale štete; i 4) ograničenja koja se tiču ličnosti ugovornika (Bénabent, 2017, pp. 336-337).

Najpre, klauzulom se ne može isključiti odgovornost za povredu suštinske obaveze ugovora. U suprotnom bi ugovor ostao bez svoje suštine i preobrazio se u neki drugi ugovor (*falsa demonstratio non nocet*) (Terré *et al.*, 2019, p. 941). Primera radi, ne može se ugovoriti da prodavac ne odgovara ako ne isporuči prodatu stvar, zakupodavac ne preda stvar u zakup, poslenik ne obavi ugovoreni posao⁷ (Bénabent, 2017, p. 336). Pošto je ovo ograničenje bilo praćeno brojnim kritikama i pretrpelo znatne modifikacije u sudskoj praksi,⁸ zakonodavac je 2016.

⁶ Čl. 1170 i 1171 CC su rezultat reforme iz 2016. godine, a čl. 1171 je poslednji put izmenjen 2018. godine.

⁷ Kasacioni sud je zauzeo stanovište da je klauzula o isključenju odgovornosti parking servisa za čuvanje i deponovanje vozila i predmeta koji se nalaze u njemu ništava. Sud je smatrao da parking servis nije izvršio suštinsku ugovornu obavezu da korisniku omogući mirno uživanje parking mesta na određenoj lokaciji, kako bi on mogao bezbrižno da napusti svoj parkirani automobil (Terré *et al.*, 2019, p. 942).

⁸ Francuska sudska praksa je ovo ograničenje nametnula kroz nekoliko etapa. Najpre su sudovi to činili posredno, koristeći pojam grube nepažnje. Obrazlagali su da kršenje suštinske obaveze ugovora predstavlja postupanje sa grubom nepažnjom, te da klauzule kojima se isključuje odgovornost usled grube nepažnje ne mogu biti punovažne (Porchy-Simon, 2016, pp. 287-288). Sudovi su na taj način izvodili zaključak o postojanju stepena krivice dužnika već iz sadržine samog ugovora, odnosno iz suštinske prirode obaveze koja je ugovorom isključena. To je takozvano objektivno shvatanje grube nepažnje. Sudovi nisu cenili ponašanje dužnika, već su se fokusirali na činjenicu da nije izvršena osnovna obaveza iz ugovora, tako da je ugovor ispražnjen od svoje suštine (Terré *et al.*, 2019, pp. 942, 948). Zatim, u drugoj fazi, francuski sudovi su direktno proglašavali klauzule kojima se isključuje suštinska obaveza bez dejstva. To su činili bez bilo kakvog obrazloženja, sa ciljem da zabrane mogućnost ugovaranja suštinske obaveze ugovora. Međutim, ovakva „drska” sudska praksa nije prošla bez značajnih kritika. Glavna zamerka tadašnje teorije se odnosila na nepostojanje definicije suštinske obaveze, što je otvaralo mogućnost za skliznuće sa suštinske obaveze na normalnu sadržinu ugovora. Uvažavajući kritike, Kasacioni sud je izmenio dotadašnju praksu. U trećoj fazi, sudovi razmatraju da li je obaveza za čije se neispunjenje dužnik oslobađa odgovornosti suštinska u konkretnom ugovoru.

godine propisao da se svaka klauzula kojom se suštinska obaveza lišava suštine smatra kao da nije ugovorena (čl. 1170 CC)⁹ (Porchy-Simon, 2016, pp. 287-288). Ugovorne strane ne mogu menjati bitne, već samo prirodne i slučajne elemente ugovora, poput garancije za pravne i materijalne nedostatke, popravke, održavanja i slično (Terré *et al.*, 2019, p. 941; Bénabent, 2017, p. 336). Iako gotovo svi pokušaji definisanja suštinske obaveze polaze od Potjeove podele sastojaka ugovora, mnogi autori se tu ne zaustavljaju.¹⁰ Primera radi, prema jednom shvatanju radi se o obavezi u čijem odsustvu ugovor gubi interes za jednu ili obe ugovorne strane (Deslauriers-Goulet, 2015, p. 31). Takođe, suštinska obaveza ne mora da proizlazi iz prirode ugovora, već i iz zajedničke namere ugovornih strana¹¹ (Bénabent, 2017, p. 336). Izneto ne važi samo za isključenje odgovornosti već i za njeno ograničenje na unapred određeni iznos¹² (Fabre-Magnan, 2016, p. 783).

Drugo, egzoneracione klauzule neće biti punovažne ako je dužnik postupao prevarno ili namerno nije ispunio obavezu, pri čemu se sa namerom izjednačava gruba nepažnja.¹³ Takve klauzule su suprotne javnom poretku. Pravilo je nametnula sudska praksa, a primenjuje se čak i kada ograničenje odgovornosti ima osnov u zakonu (Porchy-Simon, 2016, p. 286). U suprotnom bi ugovornik

Dakle, da bi obaveza bila proglašena suštinskom, nije dovoljno da se radi o obavezi koja je normalna, tipična za taj ugovor, odnosno ispunjava sadržinu tog ugovora, već da je s obzirom na okolnosti slučaja reč o suštinskoj obavezi. Pred sudijom je postavljen zadatak da, uzimajući u obzir ekonomski položaj ugovornika, proveri da li sporazum o isključenju dužnikove odgovornosti ne protivreči samom postojanju obaveze. Stoga je ovakva klauzula punovažna ako nije u suprotnosti sa obavezom koju je preuzeo dužnik. Konačno, u četvrtoj fazi je došlo do intervencije zakonodavca, čime je objektivno shvatanje grube nepažnje postalo suvišno (Porchy-Simon, 2016, pp. 287-288; Terré *et al.*, 2019, p. 949).

⁹ Zakonodavac koristi izraz *non écrite*, što u prevodu znači nepisana, nenapisana. Ipak, imajući u vidu princip konsenzualizma i neformalnosti ugovora, odnosno da ugovor načelno može biti punovažno zaključen pukom saglasnošću volja – usmeno, u ovom radu ćemo izraz *non écrite* prevoditi kao ništava.

¹⁰ Definisanje suštinske obaveze predstavlja izazov za pravnu nauku, o čemu svedoči količina literature i kvalitet doktrinarnog dijaloga na ovu temu (Deslauriers-Goulet, 2015, pp. 25-26).

¹¹ Bénabent (2017, p. 336) ukazuje da je u praksi ponekad teško napraviti jasnu razliku između suštinskih i sporednih obaveza. Primera radi, obaveza zakupodavca da isporuči stvar jeste suštinska, ali da li je obaveza obavljanja potrebnih poslova da bi stvar mogla da se koristi sporedna ili je to samo deo njegove suštinske obaveze?

¹² Primera radi, sud je 2005. godine zauzeo stanovište da se klauzula kojom se ograničava iznos naknade štete smatra ništavom u slučaju da prevoznik ne ispunji suštinsku obavezu iz ugovora (Fabre-Magnan, 2016, p. 780, fn. 2).

¹³ Ugovaranje klauzule neodgovornosti za slučaj namere ili grube nepažnje zabranjuju zakonodavci u većini evropskih država (Racine *et al.*, 2008, p. 244). Ograničenje s obzirom na stepen krivice dužnika postoji i u srpskom pravu, vid. čl. 265, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO).

imao mogućnost da obavezu ne izvrši ili izvrši onako kako smatra prikladnim, poput potestativnog uslova. Gruba nepažnja se izjednačava sa prevarom kako bi se sprečilo da se dužnik ponaša bez ikakvog opreza.¹⁴ Sudovi cene da li se radi o gruboj nepažnji uzimajući u obzir da li dužnik profesionalno obavlja delatnost, ponavljanje kršenja obaveze i verovatnoću nastupanja štete¹⁵ (Terré *et al.*, 2019, pp. 947-948). Teret dokazivanja namere ili grube nepažnje je na poveriocu, a u slučaju sumnje uzima se da je dužnik postupao sa običnom nepažnjom (Fabre-Magnan, 2016, p. 780).

Treće, restriktivne klauzule se ne mogu primeniti ukoliko je nepravilnim izvršenjem ugovora učinjena šteta u vidu telesne povrede. Pošto se ljudskim telom ne može trgovati, ne može se ni ugovoriti oslobađanje od odgovornosti za telesnu povredu. Takva klauzula je suprotna javnom poretku¹⁶ (Bénabent, 2017, p. 337). Kod ugovora prilikom čijeg izvršenja može doći do povrede ljudskog tela (npr. ugovor o lečenju, prevozu putnika, alotmanu) sudovi nalažu dužniku da osigura bezbednost svog saugovornika.¹⁷ Radi se o strogoj obavezi, koja je po prirodi obaveza cilja. Primera radi, lekar ne može dogovoriti sa pacijentom da neće biti odgovoran ako postavi pogrešnu dijagnozu ili organizator vašara ne može isključiti odgovornost u slučaju nezgode¹⁸ (Terré *et al.*, 2019, p. 949).

Na kraju, postoji ograničenje s obzirom na neravnopravni položaj ugovornih strana. Ukoliko se ugovor zaključuje između potrošača i profesionalca, sudovi restriktivne klauzule smatraju ništavim u većini slučajeva (Bénabent, 2017, p. 337).¹⁹

¹⁴ Francuski sudovi cene grubu nepažnju s obzirom na to da li se radi o profesionalnoj delatnosti ili ne, ponavljanju povrede ugovorne obaveze, kao i verovatnoći nastupanja štete u slučaju određenog ponašanja (Terré *et al.*, 2019, pp. 947-948).

¹⁵ Nasuprot objektivnom poimanju grube nepažnje koju vezujemo za kršenje suštinske obaveze ugovora (vid. fn. 7), ovakvo shvatanje grube nepažnje se naziva subjektivnim (Terré *et al.*, 2019, pp. 947-948).

¹⁶ Čl. 1270, st. 2 Predloga zakona o reformi građanske odgovornosti (*Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*) zabranjuje ovakve klauzule, kako u ugovornim, tako i u vanugovornim stvarima.

¹⁷ U teoriji se ovakvo postupanje sudova naziva „sentimentalnom sudskom obavezom” (*obligation judiciaire sentimentale*). U osnovi zabrane leže moralni razlozi. Bilo bi nepravedno omogućiti ugovorniku koji je svojim postupanjem prouzrokovao telesnu povredu sagovorniku da ugovori oslobodjenje od odgovornosti. Radi se o takvoj štetnoj posledici koja ne može biti predmet egzoneracione klauzule. Javni poredak se ovde ogleda u odnosu pravnog poretka i društva prema ljudskom telu (Leveneur-Azémar, 2016, pp. 66-67).

¹⁸ Ipak, u francuskoj pravnoj teoriji se navodi i kontraargument da klauzule neodgovornosti u ovim slučajevima nisu uperene ka licu čiji je telesni integritet u pitanju, već samo ka naknadi štete koju bi to lice moglo da pretrpi (Terré *et al.*, 2019, p. 949).

¹⁹ Od 1978. godine Komisija za nepravilne ugovorne odredbe (*Commission des clauses abusives*) nadgleda primenu odredaba o zaštiti potrošača u svim vrstama ugovora (Bestué Salinas,

Međutim, novina CC jeste da propisuje da se u adhezionom ugovoru svaka klauzula o kojoj se ne može pregovarati, koju unapred odredi jedna od strana, a stvara značajnu neravnotežu između prava i obaveza ugovornih strana, smatra nepisanom (čl. 1171 CC).²⁰ Dakle, odredba tipična za potrošačke ugovore postala je deo CC. Prema tome, ne primenjuje se više samo kada je jedan ugovornik trgovac, a drugi potrošač, već i na ugovore između trgovaca, kao i na ugovore između potrošača. Zahvaljujući čl. 1171 CC, ovlašćenja sudova da kontrolišu sadržinu nepravičnih ugovornih odredaba su proširena (Vukadinović, 2020, p. 11).²¹

Osim opštih izuzetaka, francuski zakonodavac je kod nekih posebnih ugovora regulisao ili zabranio upotrebu egzoneracionih klauzula. To je na primer slučaj sa odgovornošću hotelijera i gostioničara za krađu ili oštećenje stvari gostiju koje su učinili zaposleni u hotelu ili treća lica koja dolaze u hotel (čl. 1953, st. 2 CC) (Porchy-Simon, 2016, p. 288).

2.2. Švajcarsko pravo

Švajcarski Zakonik o obligacijama (*Code des obligations* – CO) klauzule neodgovornosti uredio je dvema odredbama. Članovi 100 i 101 CO se primenjuju kako na klauzule kojima se odgovornost samo ograničava, tako i na klauzule kojima se ona u potpunosti isključuje (Thévenoz & Werro, 2003, p. 585).

Zakonodavac propisuje da je ništava svaka odredba kojom se dužnik unapred oslobađa odgovornosti za slučaj prevare ili grube nepažnje (čl. 100, st. 1 CO). Prevara je namerna greška dužnika koju je učinio prilikom (ne)izvršenja obaveze (Engel, 1997, p. 722). Pod grubom nepažnjom se podrazumeva da je dužnik prekršio elementarna pravila opreznosti, odnosno zanemario mere predostrožnosti koje bi sigurno preduzelo svako razumno lice pod istim okolnostima.²² Pri-
2010, p. 290). Svojim preporukama Komisija utiče najpre na odluke sudova, zakonodavca i pravnu teoriju. Takođe, ona pomaže trgovcima koji sastavljaju ugovore koji sadrže potencijalne nepravične odredbe tako što periodično prikuplja njihove modele ugovora, dostavlja ih izveštiovcu na analizu, razmatra na kolegijalnoj raspravi i dostavlja trgovcima izrađene preporuke (vid. <https://www.clauses-abusives.fr/2022/03/03/activite-de-la-cca-et-sources-du-droit-memoire-des-etudiants-master-i-de-la-faculte-de-cergy-pontoise/>).

²⁰ Čl. 1171 je postao deo CC 2016. godine, a proširen je 2018. godine. Verzija iz 2016. godine glasi: „U adhezionom ugovoru, svaka klauzula koja stvara značajnu neravnotežu između prava i obaveza strana u ugovoru smatra se nepisanom.”

²¹ Vukadinović (2020, p. 11) objašnjava da je pravilo postalo deo CC jer moderna pravna nauka smatra da se oštra granica između građanskih i trgovačkih ugovora s vremenom izgubila. Pre 2016. godine sudovi su bili usredsređeni na proveru pojedinačnih, zakonom posebno uređenih, ugovornih odredaba (poput ugovorne kazne i isključenja ili ograničenja odgovornosti za pravne i materijalne nedostatke).

²² Suprotno, dozvoljene su klauzule kojima se isključuje ili ograničava odgovornost za slučaj

tom, prevara i gruba nepažnja podrazumevaju kapacitet dužnika da shvati značaj i posledice svog ponašanja.²³ Teret dokazivanja prevare ili grube nepažnje snosi poverilac (Thévenoz & Werro, 2003, pp. 588-589).

Sudija može na osnovu diskrecionog ovlašćenja oglasiti ništavom klauzulu kojom se dužnik oslobađa odgovornosti za običnu nepažnju ako je poverilac u vreme ugovaranja klauzule bio u njegovoj službi ili ako obaveza proizlazi iz obavljanja koncesione delatnosti koju je ustupio organ vlasti (čl. 100, st. 2 CO). Prva situacija se odnosi na dužnika koji je u službi poverioca, pri čemu se prvenstveno podrazumeva radni odnos. Primera radi, poslodavac se ugovorom oslobodio odgovornosti prema zaposlenom u slučaju postupanja sa nepažnjom prilikom poštovanja bezbednosnih mera na radu (Engel, 1997, p. 722). Odredba je izgubila na značaju revizijom iz 1971. godine, kada je zakonodavac propisao katalog obaveza koje poslodavac ne može derogirati u odnosu na zaposlenog (Thévenoz & Werro, 2003, p. 591). Ostaje da razjasnimo šta se smatra delatnošću koju je vlast ustupila. Engel (1997, p. 722) navodi da ovde spadaju ustupljene delatnosti, na primer delatnost železnice, ali i delatnosti koje je država regulisala, poput advokata, notara i gostioničara. Pritom, švajcarski sudovi ne poznaju jedinstvenu definiciju ustupljene delatnosti²⁴ (Guggenheim, 1995, p. 130).

Dalje, CO propisuje (čl. 101, st. 1 i 2) da lice koje je poverilo posao pomoćnicima (npr. članovima domaćinstva ili zaposlenima) odgovara za prouzrokovanu štetu, ali se njegova odgovornost može u celini ili delimično isključiti. Naglašavamo da se ovde mogućnost isključenja odgovornosti odnosi na sve oblike krivice. Dakle, zakonodavac je stroži kada se isključuje sopstvena odgovornost nego odgovornost za pomoćnika²⁵ (Engel, 1997, p. 746). Naime, dužnik je poveravanjem posla

obične nepažnje. Pod običnom nepažnjom švajcarska pravna teorija podrazumeva grešku koja se čini ne namerno, već usled nepažnje, a koju razuman čovek u istim okolnostima uglavnom ne bi učinio, ali bi mu se jednom moglo desiti da je učini. Ne postoji strogi kriterijum za razlikovanje obične i grube nepažnje, stoga veliku ulogu ovde ima sudija, na kome je da proceni ponašanje dužnika u datim okolnostima i stepen pažnje koji je poverilac mogao očekivati (Thévenoz & Werro, 2003, pp. 588-589).

²³ Švajcarski zakonodavac je ovde pošao od stepenovanja krivice na prevaru, grubu nepažnju i laku (običnu) nepažnju. Uprkos teorijskoj obradi ovih pojmova, granica između grube i obične nepažnje u praksi može biti vrlo problematična. Stoga, ovakve zakonske odredbe daju široko diskreciono ovlašćenje sudovima, a sudska ocena o kom se stepenu krivice radi je često neizvesna (Guggenheim, 1995, p. 129).

²⁴ Primera radi, bankarska delatnost se dugo nije smatrala ustupljenom, ali je odjednom Savezni sud bez obrazloženja promenio mišljenje. Deo švajcarske teorije dovodi u sumnju mogućnost bilo kakvog oslobađanja od odgovornosti u ovim slučajevima, a ističe se da takvo shvatanje odgovara ostalim pravnim sistemima (Guggenheim, 1995, p. 130).

²⁵ Međutim, ni autonomija volje ugovornika prilikom ograničenja odgovornosti za pomoćnike nije neograničena. Tako, kada je poverilac u službi dužnika ili ako takva odgovornost proizlazi

trećem odgovoran za tuđe, a ne sopstvene radnje. Sa moralne i logičke tačke gledišta, zakonodavac je smatrao da je opravdano dozvoliti potpunu ekskulpaciju. Ipak, ne možemo zanemariti da dužnik koji poverava posao trećem ima koristi od toga, posebno u svetlu podele rada u modernoj ekonomiji. Teško je zamisliti kompaniju koja nudi usluge, a u isto vreme isključuje odgovornost za bilo kakvu krivicu (Guggenheim, 1995, p. 129).

Pored iznetih zakonskih ograničenja, švajcarska jurisprudencija poznaje takozvanu Gočijevu teoriju (*la theorie de Gautschi*), prema kojoj nije moguće isključiti odgovornost za obavezu sredstva. Ugovornik koji se obavezao da će radnju obaviti sa određenom pažnjom ne može isključiti svoju odgovornost. Takva klauzula je ništava (Guggenheim, 1995, p. 130). Thévenoz i Werro (2003, p. 589) ističu da je ovde isključenje ili ublažavanje dužnikove odgovornosti protivno prirodi ugovora. Pažnja je suštinski element, neodvojiva je od same obaveze (Guggenheim, 1995, p. 131). Obećanje određenog stepena pažnje i istovremeno isključivanje odgovornosti ukoliko se sa tom pažnjom ne postupa je kontradiktorno (Thévenoz & Werro, 2003, p. 589). Međutim, u praksi je teško razlikovati dozvoljen od nedozvoljenog nedostatka pažnje, posebno kod određenih zanimanja, poput advokata, lekara, sekretara (Guggenheim, 1995, p. 131). Kantonalni sudovi su najpre prihvatili Gočijevu teoriju, ali ju je Savezni sud odbacio, čime je pitanje restriktivnih klauzula u slučaju obaveze sredstva ostalo otvoreno (Thévenoz & Werro, 2003, p. 589). Najveći deo švajcarske doktrine smatra da su egzoneracione klauzule u slučaju obaveze sredstva punovažne²⁶ (Guggenheim, 1991, p. 131) uz poštovanje zakonskih ograničenja.

2.3. Englesko pravo

Svest o zloupotrebi egzoneracionih klauzula u engleskoj sudskoj praksi postoji od polovine devetnaestog veka, kada nailazimo na prve sudske intervencije. Ipak, sudovi su sve do usvajanja Unfairness Contract Terms Act (UCTA) 1977. godine ostavljeni bez pomoći zakonodavca da se uhvate ukoštac sa problemima koje su klauzule zadavale²⁷ (Oughton & Davis, 2000, p. 392).

iz delatnosti koju je vlast ustupila, dužnik se može sporazumno osloboditi samo odgovornosti koja proizlazi iz obične nepažnje (čl. 101, st. 3 CO).

²⁶ S druge strane, ističe se da su takve klauzule protivne moralu jer dovode do znatnog poboljšanja pozicije dužnika nauštrb rizika koji nastupa za poverioca u slučaju njenog ugovaranja (Guggenheim, 1991, p. 131).

²⁷ Restriktivne klauzule su u Engleskoj nastale ne samo iz ekonomskih razloga, kao što je to slučaj sa ostalim pravnim sistemima, već i zbog principa apsolutnosti ugovora koji je postepeno napušten u devetnaestom veku. Prema tom principu, ugovorne strane su bile dužne da ugovor ispune kao što je ugovoreno, bez obzira na eventualne kasnije okolnosti koje bi onemogućile ispunjenje obaveze. Pošto nije bilo pojma naknadne nemogućnosti neispunjenja, ugovaranja egzoneracionih klauzula

Sudska praksa je utvrdila specifična pravila postupanja sa spornom klauzulom. Najpre, sudija proverava da li je klauzula pravilno inkorporisana u ugovor, te da li je saugovornik pravilno obavešten o njenoj sadržini (*incorporation and notice rule*) (Andrews, 2011, p. 419). Ako klauzula prođe ovaj test, pred sudijom je zadatak da je protumači, što čini primenjujući posebne tehnike. Analizirajući sudske odluke, teorija je pravila tumačenja klauzula neodgovornosti grupisala u tri glavna principa: 1) pravilo *contra proferentem* (*contra proferentem rule*); 2) princip nepažnje (*negligence rule*); i 3) pravilo fundamentalne povrede ugovora (*fundamental breach rule*) (Oughton & Davis, 2000, p. 393).

2.3.1. Test inkorporacije

Prvo pitanje koje sudija postavlja jeste da li je egzoneraciona klauzula postala sastavni deo ugovora. Sudovi punovažnost klauzula neodgovornosti uslovljavaju činjenicom da je ugovornik u čiju je korist klauzula ugovorena (proferens) preduzeo razumne mere da svog saugovornika upozna sa klauzulom. Da bi se klauzula smatrala inkorporisanom, potrebno je da je: 1) saugovornik znao da postoji ugovor koji sadrži takvu odredbu ili upućuje na nju; i 2) proferens preduzeo razumne i dovoljne mere da obavesti saugovornika o klauzuli²⁸ (Andrews, 2011, pp. 420-421).

Sudovi posebno uzimaju u obzir sledeće kriterijume: 1) da li postoji potpis strane koju pogađa klauzula; 2) vremenski trenutak u kome je strana obaveštena o klauzuli; 3) da li je klauzula sadržana u dokumentu koji ima snagu ugovora; 4) da li je klauzula inkorporisana dosledno pregovorima; 5) da li se radi o privrednom poslovanju. Prvo, ukoliko je ugovornik na čiju je štetu klauzula ugovorena potpisao ugovor u kome je ona sadržana, smatra se da je on sa njome upoznat. Pitanje da li ju je zaista pročitao i razumeo je irelevantno²⁹ (Andrews, 2011, p. 433). Činjenice je služilo kao jedini način da se trgovci zaštite od odgovornosti (Mitrović, 1966, p. 14).

²⁸ U slučaju *Parker v. South Eastern Railway Co.* (1877) putnik je železnici deponovao torbu koja je sadržala stvari u vrednosti preko 10£. Međutim, na karti je pisalo da železnica ne odgovara za gubitak prtljaga u vrednosti koja premašuje taj iznos. Torba je bila izgubljena. Apelacioni sud je tom prilikom formulisao sledeće kriterijume: a) ako putnik nije video ili znao da su na karti ispisani bilo kakvi uslovi poslovanja železnice, njega ti uslovi ne vezuju; b) ako je putnik znao ili verovao da su na karti napisani uslovi poslovanja, onda ga ti uslovi vezuju; c) ako je putnik znao da je na karti napisano nešto, ali nije znao ili verovao da su to uslovi poslovanja, on će biti vezan tim uslovima ukoliko mu je karta uručena na način da je mogao uočiti da su na karti ispisani uslovi. Pozivajući se na taj slučaj, sudovi su u potonjim sporovima formulisali sledeća pitanja – kriterijume: 1) Da li je putnik znao da karta sadrži bilo kakve odredbe? 2) Da li je putnik znao da karta sadrži ili upućuje na uslove? 3) Da li je železnica preduzela sve mere da na razuman način obavesti putnika o uslovima poslovanja? (Andrews, 2011, p. 421).

²⁹ U nekim slučajevima prijem dokumenta koji predstavlja ugovor podrazumeva pristanak

da je ugovor bio nečitko napisan, da proferens saugovorniku nije skrenuo pažnju na klauzulu ili mu je pogrešno predstavio sadržinu ugovora jesu indicije da pristanka nema (Canuel, 2011, pp. 87-88). Drugo, važno je da saugovornik bude obavešten o klauzuli pre nego što izjavi volju u pravcu zaključenja ugovora, u suprotnom njome nije vezan.³⁰ Treće, klauzula mora biti sadržana u dokumentu koji ima obavezujuću snagu ugovora.³¹ Četvrto, prilikom zaključenja ugovora, ponuđeni se mora u svemu saglasiti sa ponudom za zaključenje ugovora koji sadrži egzoneracionu klauzulu.³² Na kraju, sudovi cene da li se radi o ugovoru koji je zaključen između privrednih subjekata. Što su strane u približnijem položaju u pogledu pregovaračke moći, veće su šanse da klauzula bude punovažna (Andrews, 2011, pp. 422-424, 433).

2.3.2. Tumačenje egzoneracione klauzule

Kada utvrdi da klauzula jeste sastavni deo ugovora, odnosno da je ugovornik kome ona koristi preduzeo sve razumne mere da svog saugovornika obavesti o sadržini klauzule, sud prelazi na tumačenje. Pritom, sud vodi računa o stepenu krivice kojim je povreda ugovora učinjena.

(npr. polisa osiguranja ili tovarni list) i tada potpis nije neophodan (Canuel, 2011, pp. 87-88).

³⁰ Tako je u slučaju *Thornton v. Shoe Lane Parking* (1971) sud našao da klauzula nije postala sastavni deo ugovora, pošto je tužilac upoznat sa klauzulom tek nakon što je ugovor zaključen, odnosno nakon što je on svojim automobilom pristupio parkingu (Andrews, 2011, p. 424).

³¹ Primera radi, sud je u slučaju *Chapelton v. Barry Urban District Council* iz 1940. godine smatrao nevažećom klauzulu koja je bila napisana na poleđini računa, uz obrazloženje da se ne može razumno očekivati da račun sadrži odredbe ovakve prirode (Andrews, 2011, p. 424).

³² Ukoliko dođe do spora između privrednih subjekata u slučaju neslaganja standardnih odredaba iz ponude i prihvata ponude, sudovi primenjuju pravilo poslednjeg ispaljenog hica (*last shot approach*). Ovde se radi o načinu rešavanja sukoba u pogledu standardnih odredaba ugovora koje su strane razmenile u toku pregovora (*battle of the forms*) (Garner, p. 2009, 182). Ugovor se sastoji iz odredaba koje su rezultat pregovaranja (*negotiated terms* – odredbe o ceni, vrsti robe, količini, datumu isporuke i sl.) i standardnih odredaba (*standard terms, boilerplate* – odredbe o nadležnom sudu, klauzule o isključenju odgovornosti u određenim slučajevima, garancije, upozorenja i sl.) koje se prilažu, a o kojima strane ne pregovaraju. Svaki privredni subjekt ima sopstvene standardne odredbe. Zbog toga se događa da jedan privredni subjekt pošalje ponudu drugom privrednom subjektu sa priloženim standardnim odredbama, a drugi prihvati ponudu u pogledu pregovaranih odredaba, s tim što prećutno uz prihvrat priloži sopstvene standardne odredbe, drugačije od onih koje su stajale u samoj ponudi. U takvoj situaciji se u slučaju spora postavlja pitanje koje se odredbe primenjuju. *Common law* poznaje takozvani princip poslednjeg ispaljenog hica (*last shot approach*). Prema ovom pravilu, u slučaju spora sud će presuditi u korist strane koja je ispalila „poslednji hitac”, odnosno poslednja iznela ponudu koju druga strana (ponuđeni) nije izričito odbila, dakle u korist ponudioca. U našem pravu se prihvrat ponude u svemu mora slagati sa ponudom, tako da se ovakav ugovor ne bi smatrao zaključenim, već bi se radilo o novoj ponudi.

Prema pravilu *contra proferentem* egzoneraciona klauzula napisana nejasnim i nepreciznim rečima se tumači na štetu proferensa (Oughton & Davis, 2000, p. 393).³³ Smisao pravila jeste da se restriktivnim tumačenjem zaštititi strana koja je u nepovoljnijoj poziciji zahvaljujući klauzuli, a da se proferens sankcioniše jer nije dovoljno precizno formulisao klauzulu koja mu koristi (Andrews, 2011, p. 425).³⁴

Princip nepažnje (*negligence rule*) predstavlja stroži vid pravila *contra proferentem*. Primenjuje se kada postoji nejasno formulisana egzoneraciona klauzula kojom se izričito isključuje odgovornost za nepostupanje sa dužnom pažnjom (*negligence clauses*) (Ramberg, 2008, p. 266). Sve do donošenja UCTA, sudovi su zahtevali da takva modifikacija odgovornosti bude izražena na najprecizniji mogući način, u suprotnom su klauzulu oglašavali ništavom³⁵ (Oughton & Davis, 2000, pp. 395-396). Sudovi su postavili sledeća pravila: 1) eksplicitno isključenje

³³ Primera radi, apelacioni sud se u slučaju *Andrews Brothers (Bournemouth) Ltd v. Singer & Co Ltd*. vodio ovim pravilom. Tužilac i tuženi su zaključili ugovor o prodaji određenog broja novih oldtajmera, pri čemu su ugovorili da ne važe garancije prodavca predviđene običajnim pravom ili zakonom, već da se jedina obaveza prodavca sastoji u tome da u roku od dvanaest meseci popravi ili zameni automobil ukoliko je on neispravan. Međutim, jedan od automobila nije bio nov, kao što je bilo predviđeno ugovorom, već je pre predaje prešao znatnu kilometražu. Tužilac je zahtevao da se taj automobil zameni novim automobilom i pozvao se na povredu ugovora, dok se tuženi pozvao na odredbu ugovora kojom je isključen svaki vid garancije, osim popravke i zamene. Sud je presudio u korist tužioca, navodeći da postoji povreda ugovora pošto klauzula o isključenju odgovornosti na koju se tuženi pozvao ne obuhvata konkretnu povredu ugovora, odnosno ne isključuje odgovornost prodavca u slučaju predaje polovnog umesto novog automobila. U obrazloženju je istaknuto da je klauzula kojom se odgovornost isključuje morala biti preciznija i napisana jasnijim jezikom da bi u konkretnom slučaju bila primenjena (Oughton & Davis, 2000, pp. 394-395).

³⁴ Takođe, kada se klauzulama predviđaju okolnosti koje oslobađaju dužnika odgovornosti (koje predstavljaju višu silu), sudovi primenjuju princip *eiusdem generis*. Budući da ugovornici tada često nakon nabiranja pojedinačnih oslobađajućih okolnosti (poplava, požar, zemljotres i sl.) dodaju formulaciju „i druge slične okolnosti”, ovaj princip je posebno koristan za ocenu da li se određena okolnost može smatrati „drugom sličnom okolnosti”, te u konkretnom slučaju dužnik osloboditi odgovornosti (Ghodoosi, 2022, p. 837).

³⁵ Apelacioni sud je primenio izneto pravilo u slučaju *White v. John Warwick & Co Ltd*. Tužilac je zakupio bicikl od tuženog, a ugovor je sadržao odredbu da tuženi neće odgovarati za telesne povrede prouzrokovane upotrebom bicikla. Ipak, prilikom vožnje, sedišta se izvrnulo u stranu i tužilac je pao sa bicikla, pri čemu je zadobio telesne povrede, te zahtevao naknadu štete. Sud je zauzeo stanovište da je klauzula mogla osloboditi tuženog objektivne odgovornosti, te da on ne bi odgovarao za sve povrede koje bi mogle nastati redovnom upotrebom bicikla u ispravnom stanju. S druge strane, sud je istakao da ova klauzula ne može osloboditi zakupodavca deliktne odgovornosti za nepostupanje u skladu sa obavezom ulaganja razumne pažnje prilikom izvršenja ugovorne obaveze. Ovde se postavlja pitanje koliko je potrebno precizno formulisati klauzulu da bi je sud primenio, odnosno kakva formulacija je prihvatljiva. Smatralo se da su izrazi poput „svi gubici bez obzira na to nastali” ili „sva šteta ili povreda ma kako da su prouzrokovane” adekvatni (Oughton & Davis, 2000, pp. 395-396).

odgovornosti za nepažnju je punovažno; 2) ukoliko se odgovornost za nepažnju eksplicitno ne isključi, sud razmatra da li upotrebljene reči imaju dovoljno široko (uobičajeno) značenje da isključe odgovornost za nepažnju; 3) ako reči imaju dovoljno široko značenje, sud razmatra da li se naknada štete može potraživati po nekom drugom osnovu, a taj drugi osnov ne sme biti toliko nerealan da povetilac faktički ostane bez zaštite (Andrews, 2011, p. 425).

Treći i najkontroverzniji princip jeste fundamentalno kršenje ugovora (*fundamental breach rule*) koji je nastao nakon Drugog svetskog rata. Počiva na ideji da je klauzula o isključenju ili ograničenju odgovornosti ništava ako podriva suštinu ugovora. Pravilo je primenjivano na dva načina. „Pravi” način primene ga je shvatao kao princip materijalnog prava (*rule of substantive law*) a egzoneracionu klauzulu u slučaju suštinske povrede ugovora smatrao ništavom, ma koliko jasno bila formulisana. „Nepravi” način primene je klauzule kojima se isključuje odgovornost za neizvršenje suštinske obaveze smatrao punovažnim sve dok su dovoljno precizno formulisane – princip fundamentalnog kršenja ugovora je shvaćen kao princip formulacije (*rule of construction*).³⁶ Zapravo, njegove pristalice su negirale postojanje principa, svodile ga na pravilo *contra proferentem*, vodeći se načelom slobode ugovaranja. Takođe, isticale su da pravi način primene unosi pravnu nesigurnost, jer nije definisano kakvo kršenje ugovora se smatra fundamentalnim³⁷ (Oughton & Davis, 2000, pp. 401-406).

Neslaganja su rešena donošenjem UCTA. Parlament je napravio razliku između ugovora u kojima su ugovorne strane u ravnopravnom pregovaračkom položaju i ugovora kod kojih je jedna strana znatno ekonomski (time i pregovarački) moćnija. Prva vrsta ugovora nije regulisana, te ugovornici mogu isključiti odgovornost čak i za fundamentalno kršenje ugovora dok to čine na jasan i razumljiv način. UCTA se primenjuje na potrošačke i druge ugovore koji sadrže standardne odredbe (opšte uslove poslovanja), a propisuje da egzoneraciona klauzula mora biti pravedna i razumna (čl. 2, 3 & 11 UCTA) (Oughton & Davis, 2000, p. 406).

Sudovi takođe uzimaju u obzir stepen krivice preferensa. Ukoliko je povreda ugovora učinjena „prevarom, namerno, a šteta pričinjena nepromišljeno ili zlonaerno”, nema mesta primeni klauzule (Andrews, 2011, p. 425). Iako je ovakav stav rasprostranjen u teoriji, on nije bez kritika.³⁸

³⁶ Tako je Gornji dom (*House of Lords*) u slučaju *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* (1980) izneo da su klauzule neodgovornosti punovažne čak i kada se njima isključuje odgovornost za ključne ili suštinske oblike kršenja ugovorne obaveze, pod uslovom da se u njihovoj formulaciji koristi jasan i nedvosmislen jezik (Andrews, 2011, p. 426).

³⁷ Najpoznatiju kritiku je izneo Lord Rajd u predmetu *Suisse Atlantique* iz 1967. godine (Oughton & Davis, 2000, p. 406).

³⁸ Ramberg smatra da je izneto shvatanje previše pojednostavljeno. Ističe da je nužno razlikovati

3. Zaključak

Apsolutna primena načela autonomije volje ugovornih strana prilikom ugovaranja egzoneracionih klauzula omogućava njihovu zloupotrebu. S druge strane, zabraniti ugovornicima raspodele rizik neispunjenja obaveza kako im odgovara neopravdano bi sputavalo pravni promet. Kao kompromisno rešenje, pravni sistemi dozvoljavaju ugovaranje klauzula neodgovornosti, ali uz određena ograničenja imperativnog karaktera. Sloboda ugovornika se ograničava na dva načina.

Najpre, granice se mogu postaviti s obzirom na sadržinu egzoneracione klauzule. Tako klauzula kojom se isključuje ili umanjuje odgovornost za slučaj namere ili grube nepažnje neće proizvesti dejstvo ni prema pravilima francuskog, niti prema odredbama švajcarskog prava (osim za režim odgovornosti pomoćnika). Zatim, u francuskom pravu dužnik ne može isključiti ili umanjiti odgovornost za povredu suštinske obaveze ugovora, nanošenja telesne povrede, niti u situacijama kada se ugovor zaključuje između potrošača i profesionalca. Švajcarski zakonodavac ovlašćuje sudiju da oglasi ništavom restriktivnu klauzulu za slučaj obične nepažnje ako je poverilac u službi dužnika ili se radi o delatnostima koje podležu posebnoj državnoj regulaciji. U švajcarskoj pravnoj teoriji je sporno da li se može isključiti odgovornost za obavezu sredstva.

Drugi način ograničenja slobode ugovornika jeste postavljanje standarda ponašanja koje moraju ispuniti prilikom ugovaranja klauzule neodgovornosti. Engleski sudovi najpre proveravaju da li je klauzula pravilno inkorporisana u ugovor, odnosno da li je proferens preduzeo odgovarajuće mere da drugu stranu upozna sa postojanjem i sadržinom klauzule. Nakon što se uveri da je klauzula predočena strani koju ona pogađa, sud prelazi na tumačenje, primenjujući posebna pravila. Klauzula će se smatrati punovažnom bez obzira na sadržinu, pod uslovom da je napisana preciznim jezikom. Sve dok je odredba dovoljno jasno i eksplicitno formulisana, dozvoljeno je isključiti odgovornost, čak i za slučaj nepažnje ili fundamentalno kršenje ugovora. Nejasna klauzula se tumači u korist strane koju ona pogađa. Međutim, ni u engleskom pravu nije dozvoljeno isključenje, odnosno ograničenje odgovornosti za teže oblike krivice.

Zaključujemo da su u pravnim sistemima kontinentalnog prava granice ugovaranja egzoneracionih klauzula postavljene s obzirom na sadržinu same klauzule, dok englesko pravo fokus stavlja na proceduralni aspekt, odnosno ponašanje ugovornika prilikom zaključenja ugovora i preciznost same klauzule. S druge strane, ograničenje postupanje sa namerom ili krajnjom nepažnjom ugovornika lično i lica kojima je on poverio posao. Sama činjenica da je ugovornik odgovoran za njihove propuste ne znači da on nema pravo da ograniči svoju odgovornost. Zbog toga je i komisija koja je donela *Principles of European Contract Law* (PECL) u čl. 8.109 izraz „namera ili krajnja nepažnja” zamenila izrazom „suprotno dobroj veri i poštenom postupanju”. Takođe, UCTA propisuje sveobuhvatnu procenu razumnosti konkretne klauzule, a ne procenu samo subjektivnog elementa krivice, odnosno da li je povreda učinjena namerno ili sa krajnjom nepažnjom (Ramberg, 2008, p. 266).

koje je zajedničko za analizirane pravne sisteme odnosi se na stepen krivice dužnika. Sudovi ne dozvoljavaju primenu klauzule neodgovornosti ukoliko utvrde da je dužnik postupao namerno ili sa grubom nepažnjom.

Literatura

- Andrews, N. 2011. *Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bénabent, A. 2017. *Droit des obligations: 16^e édition*. Paris: LGDJ.
- Bestué Salinas, C. 2010. Les clauses d'exonération de responsabilité: stratégies de traduction. *Meta*, 55(2), pp. 287–308. DOI : <https://doi.org/10.7202/044241ar>. Dostupno na: <https://www.erudit.org/en/journals/meta/2010-v55-n2-meta3880/044241ar/> (8. 2. 2023).
- Canuel, E. 2011. Comparing Exculpatory Clauses under Anglo-American Law: Testing Total Legal Convergence. In: Cordero-Moss, G. (ed.), *Boilerplate Clauses, Commercial Contracts and the Applicable Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 80-103. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511667503.009>
- Davis, M. & Oughton, D. 2000. *Sourcebook on Contract Law – Second edition*. London: Cavendish Publishing Limited.
- Deslauriers-Goulet, C. 2015. *L'exonération conventionnelle de responsabilité confrontée à l'obligation essentielle du contrat*. Montreal: Université de Montréal. Dostupno na: <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/13681> (9. 2. 2023).
- Engel, P. 1997. *Traité des obligations en droit suisse: 2^e édition*. Bern: Staemfil Editions SA.
- Fabre-Magnan, M. 2016. *Droit des obligations*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Garner, B. 2009. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing.
- Ghodoosi, F. 2022. Contracting Risks. *University of Illinois Law Review*. Dostupno na: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3743033> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3743033> (8. 2. 2023). DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3743033>
- Guggenheim, D. 1995. *Le droit suisse des contrats: principes généraux. Tome 2, Les effets des contrats*. Genève.
- Jacquemin, Z. 2021. *Payer, réparer, punir: étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*. Paris: LGDJ, Lextenso.
- Jankovec, I. 1993. *Ugovorna odgovornost*. Beograd: Poslovna politika.
- Karanikić Mirić, M. 2012. Ograničenja odgovornosti za štetu u srpskom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 60 (1), pp. 244-273.
- Komarov, A. 2008. The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments. In: Saidov, D. & Cunnington, R. (eds.) *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, pp. 245-264.
- Kotz, H. 2017. *European Contract Law (second edition)*. Oxford: Oxford University Press.
- Leveneur-Azémar, M. 2016. *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (Thèse de doctorat en droit)*. Paris: Université Paris II Panthéon – Assas. Dostupno na: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/9d1c347e-6f53-4291-8c49-bcab2c116f1a?inline> (9. 2. 2023).

- Mitrović, D. 1966. *Klauzule neodgovornosti u trgovačkoj kupoprodaji sa stranim elementom*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Mitrović, D. 1983. Čl. 262-269. U: Blagojević, B. i Krulj, V. (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I (drugo izdanje)*. Beograd: Savremena administracija.
- Perović, S. 1995. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (knjiga prva)*. Beograd: Savremena administracija.
- Porchy-Simon, S. 2016. *Droit civil 2^e année: Les obligations (9^e édition)*. Paris: Dalloz.
- Radišić, J. 2017. *Obligaciono pravo: opšti deo (jedanaesto izdanje)*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
- Racine, J., Sautonie-Laguionie, L., Tenenbaum, A. & Wicker, G. 2008. *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Munich: Sellier – European law publishers.
- Ramberg, J. 2008. No Need to Limit Where There is No Promise? In: Saidov, D. & Cunnington, R. (eds.), *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, pp. 265-276.
- Terré, F., Simler, P., Lequette, Y. & Chénéde, F. 2019. *Droit civil: Les obligations (12^e édition)*. Paris: Dalloz.
- Thévenoz, L., Werro, F. 2003. *Code des obligations: commentaire. 1, Code des obligations art. 1 - 529: loi sur le crédit à la consommation; loi sur les voyages à forfait*. Genève: Helbing et Lichtenhahn.
- Vasiljević, M. 2018. *Trgovinsko pravo. (šesnaesto izdanje)*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Vizner, B. 1978. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb.
- Vukadinović, S. 2020. Adhezioni ugovori u francuskom pravu. *Strani pravni život*, 64 (1), pp. 5-15. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz64-25009>
- Vukmir, B. 1970. *Isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti za štetu (s osobitim osvrtom na Opće uvjete Evropske ekonomske komisije UN)*. Zagreb: Informator.

Pravni izvori

- CC, 1804. Code civil. Dostupno na: www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/
- CO, 1911. Code des obligations. Dostupno na: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr
- Zakon o obligacionim odnosima. 1978. *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.
- Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, 2020. Dostupno na: <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html>
- UCTA, 1977. Unfair Contract Terms Act. Dostupno na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>

**COMPARATIVE LEGAL REVIEW OF MARRIAGE
IN SHARIA LAW AND POSITIVE FAMILY LAW
OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

Abstract

Comparative legal analysis of natural and positive law has provoked various disagreements and discussions on the topic from the earliest periods of history. Proponents of natural law believed that such a comparison could not be made because natural law is true, irreplaceable and comes from God, while positive law has been regulated by man, following the example of all other rights that exist on earth. Positive law defines marriage as a community of life governed by legal norms, which is an expression of the undoubted interest of society to make marriage a legal institution, and the Qur'an, as a main source of Sharia law, categorizes the institution of marriage on a very precise system based on the strongest and safest principles that guarantee happiness to spouses, peace and morality to communities and society. The aim of the research is to present the understandings of natural-legal and positive-legal theory of law through a comparative analysis of the institute of marriage in Sharia law and law of the Republic of Serbia where the focus on this and similar issues should not be the "compatibility" of Sharia with "universal human rights norms" or *vice versa*, the focus should be on explanation and approaching of norms in order to make it easier to overcome, understand and accept differences.

Keywords: Sharia law, positive law, family law, marriage, family.

* Doktor pravnih nauka, vanredni profesor, Univerzitet u Novom Pazaru, Novi Pazar, Srbija.
E-mail: maida.becirovic@uninp.edu.rs

UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ BRAKA U ŠERIJATSKOM PRAVU I POZITIVNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Sažetak

Uporednopravna analiza prirodnog i pozitivnog prava je od najranijih vremena izazivala različita neslaganja i diskusije na temu. Zagovornici prirodnog prava su smatrali da se ne može vršiti ovakvo poređenje jer je prirodno pravo istinsko, nezamjenljivo i dolazi od boga, dok je pozitivno pravo uredio i uređuje čovjek, po uzoru na sva ostala prava koja postoje na zemlji. Pozitivno pravo definiše brak kao zajednicu života koja se uređuje pravnim normama, što je izraz nesumnjivog interesa društvene zajednice da brak bude pravni institut, isto tako Kur'an kao glavni izvor šerijatskog prava kategorizuje instituciju braka na vrlo preciznom sistemu koji počiva na najčvršćim i najsigurnijim načelima koja garantuju sreću supružnicima, a mir i moral zajednici i društvu. Cilj ovog rada je predstavljanje osnovnih shvatanja prirodnopravne i pozitivnopravne teorije prava kroz uporednu analizu instituta braka u šerijatskom pravu i pravu Republike Srbije gde fokus istraživanja neće biti na kompatibilnosti šerijatskog prava sa univerzalnim normama ljudskih prava, ili suprotno, već će fokus biti na pojašnjenjima ovih normi u cilju lakšeg razumevanja i prihvatanja različitih učenja i shvatanja.

Ključne reči: šerijatsko pravo, pozitivno pravo, porodično pravo, brak, porodica.

1. Introduction

The universal definition of marriage that has been accepted and implemented as such by all legal systems is that marriage is a community of life between two persons of different sexes (woman and man) that has sociological, cultural, religious and legal consequences. In addition, the basic function of marriage is to start a family (families take a variety of forms, including marital and non-marital relationships, and that constitutional considerations play an increasingly important role in family law) and have children (Abrams *et al.*, 2015, p. 1). The only element that varies in modern legal systems is related to the subjects of marriage, because certain countries accept the definition that marriage is a living

community of two persons without specifying gender. The subject of the research is to present positive legal regulations of the Republic of Serbia and regulations of Sharia law governing the institute of marriage, comparative legal analysis, as well as the issue of legal consequences of concluding and terminating Sharia marriage in the state-legal sphere in accordance with positive regulations.

Family law of the Republic of Serbia which regulates marriage and marital relations, extramarital relations, child–parent relations, family property relations, and other institutes related to this topic, provides the following definition of marriage: “Marriage is a legally regulated community of lives of women and men” (Family Law RS, 2005). Several characteristics of the legal concept of marriage derive from this definition. First of all, marriage is defined as a community of life that is regulated by law, according to the letter of the law, therefore, the institute of marriage is intended exclusively for persons of different sexes, and finally, according to the legal definition, the union of the life of a woman and a man is important for the concept of marriage, which means that the basic content and main goal of marriage is to establish a real life community of a woman and a man. Marriage is a community of life in which a woman and a man meet different needs of emotional, psychological, sexual, pro-creative, economic, cultural and other nature. Contrary to Serbian law, Sharia lawyers do not have a single definition of marriage contract. However, all of them are approximate in content and aim to define and determine the basic intentions of marriage in Islam. Their meanings can be summarized in one definition that marriage is a voluntary contract between a man and a woman who according to Sharia can enter into a marital relationship on the basis of which they become allowed to each other and which is concluded to establish a common marital life and procreation (Topoljak, 2015, p. 22), marriage is also defined as a strong bond of healthy human nature, which aims at offspring, strength and distance from debauchery and harmony of male strength and female weakness. Marriage achieves social interests, preservation of the human race, salvation from moral anarchy, salvation from various diseases and peace of mind and contentment (Počuča, 2011, p. 269).

Sharia law advocates that the basic motive for marriage is the rejuvenation of a society with good and healthy offspring and the acquisition of happiness and a pleasant life in a newly established marital union. The Qur’an as a main source of Sharia law is clear and unequivocal about this: “And one of His proofs is that He creates for you, of your kind, women to be humble with them, and that He establishes love and compassion among you; these are, indeed, lessons for people who think” (Korkut, 1977, p. 21). Islam warns its followers that family happiness, raised and healthy children, moral community and society depend above all on the right choice of spouse. That choice must be far from all unreasonable feelings, limited interest, and transient benefit (Topoljak, 2015, p. 13).

Marriage law in the Republic of Serbia, as already mentioned, is regulated by the Family Law (Family Law RS, 2005), which prescribes the basic principles on which the institute of marriage is based. One of the most important principles of marriage, which derives from the principle of autonomy of will, is the principle of free consent to marriage. This principle speaks in favor of the contractual theory of marriage, *i.e.* the presence (statement) of the will is a constitutive element of marriage. Otherwise, a sanction of absolute nullity is envisaged if there was no declaration of will to marry, or relative nullity if there was a flaw in the will, *i.e.* if the will was given under duress, fraud or relevant delusion. This principle is realized through the requirement that marriage and legal relations in marriage and family are regulated by law. Legal regulation of a marriage means prescribing the preconditions and procedure for concluding and terminating a marriage, as well as the legal consequences that occur upon entering into or terminating a marriage. Marriage, in other words, is such a legal institution, due to whose role and importance a social influence should be achieved in determining its content (Draškić, 2015, p. 75). Contrary to the Sharia pattern of regulating marital relations based on the principle of subordination of the husband's will, positive family legislation is inspired by the so-called democratic pattern that implies the principle of equality of will of spouses, which was implemented by the Family Law of RS. From the above definition of marriage, another principle can be clearly crystallized – monogamy. The application of this principle is additionally ensured in Family Law (by standardizing marriage as a marital obstacle) and in Criminal Law (Criminal Law RS, 2005), (by incriminating double marriage). More precisely, our law does not allow simultaneous polygamy (for one person to be married to several persons of the opposite sex at the same time), but successive polygamy is not prohibited, *i.e.* to conclude unlimited number of new marriages after the termination of one marriage. In accordance with the principle of separation of church and state, the principle of secularism envisages the exclusive competence of state bodies to conclude marriages and resolve all disputes related to marriage. The secularity of marriage also implies the rule that the civil form of marriage is obligatory. The constitutional guarantee of rights and freedom of religion (Constitution of RS, 2006) also means that a married couple can decide, before or after the conclusion of a compulsory civil marriage, to conclude a marriage in the religious form of marriage, in accordance with the regulations of ecclesiastical law. Finally, the principle of completeness and permanence should be mentioned, the completeness of marital relations implies the existence of a community of life of the spouses in the personal property sphere. The permanence of a marriage is reflected in the legal concept of marriage as an institution that cannot be established with a limited duration or whose occurrence can be modified by a condition set by the spouse, *i.e.* forever.

Namely, the law envisages situations when a marriage can end “voluntarily” (by divorce or annulment) or “involuntarily” (by death, that is, by declaring a missing person dead) (Panov, 2019, p. 22). It has to be mentioned that despite the fact that Islamic countries have taken similar approaches in adopting family and personal status laws derived from Islamic *fiqh*¹, each Muslim society has its own characteristics, leading to significant differences between the specific *fiqh*-based rule, juristic opinions and textual interpretations implemented in the personal status codes adopted in different countries (Welchman, 2004, p. 17).

2. Conditions and Legal Consequences of Marriage

The right to marry is one of the basic human rights that is guaranteed in the most important international human rights documents.² In principle, therefore, everyone is allowed to marry, because married life is a natural form of meeting the diverse life needs of adult members of society, so that the number of preconditions for marriage is declining in most rights in the world, but they still exist in positive law of modern states as well as in Sharia.

In order to be valid and concluded in a legal way, it is necessary for a marriage in Sharia to fulfill some basic elements – *rukʿn*³.

A valid marriage in Sharia law is considered to be a marriage that fulfills the three basic elements: offer – *el-idžab* and acceptance – *el-kubul*, two contracting parties – contractors, intention and goal of concluding the contract (Topoljak, 2015, p. 47).

The basic element of the legitimacy of any treaty in Islamic law is the mutual satisfaction and the will for its conclusion, which must be found with the contracting parties. However, these elements are an abstract concept that is felt and rested in the heart, and therefore in a material sense it cannot be seen or felt. It can only be pointed out through certain verbal or practical actions. Due to this fact, the offer – *el-idžab* and acceptance – *el-kubul*, when concluding a contract must be clear and explicit evidence that will indicate and confirm the satisfaction and desire of the contractor to conclude a contract. An offer means a speech first delivered by the contractor, provided that he expresses a desire to marry in this case.

¹ Jurisprudence.

² The right to marry is guaranteed by international human rights instruments, such as Universal Declaration of Human Rights, (Art. 16, 1948), International Covenant on Civil and Political Rights (Art. 23, 1966) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Art. 10, 1966).

³ *Rukn* in Islamic jurisprudence refers to obligatory act.

On the other side, acceptance means a speech given by another contractor, provided that he expresses a desire to accept the marriage offered. Every contract, even a marital one, has four types of conditions:

1. Terms of concluding a marriage contract – *šurutul-in'ikad*;
2. Terms of validity of the marriage contract – *šurutus-siha*;
3. Terms of realization of the marriage contract – *šurutun-nefaz*;
4. Terms of continuity of marriage – *šurutul-luzum* (Et-Tantavi, 2010, p. 84).

These four conditions of conclusion must be met in the basic elements of the marriage contract, because if any of them were omitted, such a marriage in Islam would be annulled.

Specifically, for a marriage contract, to be valid and produce legal consequences, it must meet two more conditions: the conclusion of the marriage contract is verified with testimony and the woman with whom the marriage is concluded should be Sharia-appropriate for marriage, *i.e.* there is no reason for her prohibition to enter into marriage, whether of a temporary or permanent nature.

The validity of a marriage contract requires the cumulative fulfillment of all the conditions necessary for the validity of any ordinary contract. If an older minor entered into a marriage on his own behalf, that marriage would be correct but conditional and dependent on the permission of his guardian, because such a minor has incomplete legal capacity. If his guardian allowed it, it would be consumed, otherwise it would be annulled. The contractor may marry for himself through a representative and guardian or an unauthorized person.

Most legal experts believe that coming of age is not a condition for the validity of a marriage and therefore argue that a marriage entered into with a minor or between minors is valid when guardians enter into them on their behalf. However, some legal theorists believe that coming of age is a condition for the validity of a marriage and therefore say that any marriage concluded between minors or a minor and an adult is invalid and does not produce any legal consequences (Stevanov, 1976, p. 55) but the legal provisions do not provide a basis for such an interpretation (Mladenović, 1981, p. 295; Đurović, 1988, p. 76).

Modern Islamic laws on family law say that the onset of adulthood in boys or girls begins with the appearance of natural signs that allude to it. According to these laws, a young man and a young woman are considered to be of legal age, regardless of whether they showed natural signs of adulthood or not, when the young man turns eighteen and the girl turns seventeen. However, if a young man claims to have reached the age of majority at the age of fifteen and a girl at the age of thirteen, they will be allowed to marry if permitted by the competent authorities and guardians (Topoljak, 2015, pp. 127-134).

Sharia law prescribes provisions that contain regulations regarding women who are forbidden to marry. Such women can be divided into two categories: women with whom marriage is prohibited forever and women with whom it is temporarily prohibited. According to blood kinship, four categories of women are forbidden in Islam:

1. A descending line of kinship, no matter how much it descended. According to this rule, the following are prohibited: daughters, daughters' daughters, sons' daughters, daughters' sons, etc.
2. Ascending lineage, no matter how much it rose. According to this rule, the following are prohibited: mothers, fathers and mothers, fathers and mothers-in-law, etc.
3. The lateral line of the parents and their descending line, no matter how much it descended. According to this rule, the following are prohibited: sisters, whether they were born by father or mother, cousins, cousins' daughters, etc.
4. Lateral line of grandparents first knee. According to this rule, the following are prohibited: aunts, *i.e.* father's and mother's sisters, father's and mother's aunts, etc. However, according to Islam, they are not forbidden: uncle's, aunt's and uncle's, because they are the second and not the first generation (Et-Tantavi, 2010).

The following verse from the Qur'an is proof that the above-mentioned categories of women are forbidden to a man: "*It is forbidden to you: your mothers, and your daughters, and your sisters, and the sisters of your fathers, and the sisters of your mothers, and your cousins.*" (Korkut, 1977, p. 83).

The Qur'an is also precise in that Sharia recognizes and respects kinship through milk. It is said in the Qur'an: "You are forbidden [...] and your mothers who breastfed you and your sisters in milk" (Korkut, 1977, p. 83), and the Prophet Muhammad said the following: "Breast-feeding makes unlawful (for marriages) the same things that blood tie makes unlawful" (Ibn Majah).

The Family Law of the Republic of Serbia prescribes the conditions for concluding a marriage, which can be classified into (1) preconditions for the existence of a marriage, (2) preconditions for the validity of a marriage and (3) marital prohibition (Draškić, 2015, p. 68).

The marriage contract is one of the holiest contracts in Islam. It is concluded between a man and a woman with the goal of staying together forever. In order for this intention to be realized as well and completely as possible, the legislator has prescribed certain obligations and rights for those who conclude it. These obligations and rights can be divided into three types: joint duties of spouses,

duties of the husband towards the wife and duties of the wife towards the husband (Draškić, 2015, p. 77).

The legal assumption that expresses the biological component of marriage in Family law of the Republic of Serbia, Art. 3, is that persons who marry must be of different sexes (Family Law RS, 2005). On the other hand, this condition of marriage validity testifies to the prevailing social orientation that marriage is intended only for persons of different sexes, and that the concept and legal regime of marriage cannot include living communities of persons of the same sex. Although homosexuality is no longer considered a disease, it is considered an important social taboo in most societies. Therefore, many legislations in the world have approached the legal regulation of such communities, which aims to reduce their social stigmatization by subjecting them to the principle of “different, but equal” (Draškić, 2015, p. 79).

Another important precondition for the validity of a marriage is a consistent statement of the will of the future spouses to marry. In order for a declaration of will to be legally relevant, it needs to meet several conditions. The declaration of will of the person entering into marriage should be given in words spoken or written, unlike the rules governing the manner of expressing the will in the law of obligations. In other words, a marriage can never be concluded by certain signs, gestures or by undertaking another action that has the same meaning and the same purpose, nor can the expression of will during the marriage ceremony seem like conclusive actions, *i.e.* acts on the basis of which the existence of a certain legally relevant intention can be indirectly, but certainly established. Exceptionally, if a person who declares his/her will to marry has certain physical deficiencies that prevent him/her from communicating with the officiant conducting the marriage ceremony (for example, a deaf-mute person), as well as if he/she does not know the official language of the community, an administrative body will be assigned to communicate with such a person (Family Law RS, 2005). The declaration for marriage must be given by the spouses at the same time. This means that the statement of one spouse is immediately followed by the statement of the other partner (Panov, 2019, p. 23). The declaration of will to marry must unequivocally and clearly show the existence of a serious intention to marry. Therefore, a statement given in jest and play, as well as a statement given in an incomprehensible or ambiguous manner, does not produce any effect on the marriage (Draškić, 2015, p. 85). The declaration of the will to marry must be given personally by the fiancé/fiancée, since the marriage contract is a special family law contract for which a formal form is required that requires the presence of both future spouses. Exceptionally, only if there are particularly justified reasons (for example, severe contagious disease, stay in a remote part of the world, serving a prison sentence abroad,

captivity, etc.) the competent municipal authority shall allow a marriage to take place in the presence of only one spouse and a proxy spouse. Most modern rights require a special ceremonial form, which in legal theory is referred to as an essential form (*forma ad solemnitatem*). The legal effect of an essential form consists of the fact that, when such a form is provided by law or contract, a legal transaction cannot arise until that form is fulfilled, *i.e.* a transaction not undertaken in that form does not produce any legal effect (Draškić, 2015, p. 87).

Marital disorders are negatively determined facts provided by law which, if they exist at the time of marriage, cause its nullity. Family law literature classifies marital disorders as follows: absolute and relative, removable and unavoidable, temporary and permanent, absolute and permanent – in the sense of whether they act towards everyone (*erga omnes*) or towards certain persons (*inter omnes*) (Panov, 2019, p. 28).

A person who is already married cannot enter into another marriage at the same time, and the marital obstacle is both a valid and an invalid marriage until it is annulled by a final court judgment. The conscientiousness or negligence of a spouse who entered into a new marriage during his/her previous marriage, as well as knowledge or misconceptions about the existence of this marital disorder in the other spouse, are not legally relevant for annulment of such marriage (Draškić, 2015, p. 92).

Marriage cannot be concluded by a person who is not capable of reasoning. The reasons for the existence of this marital disorder are legal (marriage is essentially a contract for the community of life of a woman and a man), moral (protection of the interests of the incapable person) and eugenics (prevention of rusty and lasting genetic consequences) (Panov, 2019, p. 28).

In our positive family law, in Arts. 19, 20 and 21, marital barriers are blood, in-laws and adoptive kinship⁴ (Family Law RS, 2005). According to Family Law

⁴ Kinship means the right to recognize the natural and social (or only social) relationship of two or more persons, on the basis of which certain rights and duties are based between them. A blood relationship is a natural, biological connection between two or more persons descended from each other (straight line) or from a common ancestor (lateral line). Marriages that would be concluded between blood relatives are considered socially undesirable, because such marriages more often give birth to children with greater physical and mental disabilities. Whether the circle of blood relatives who are forbidden to marry each other will be narrower or wider depends, above all, on moral, customary, religious or traditional understandings about the inadmissibility of such marriages. An in-law relationship is the relationship between one spouse and the blood relatives of the other spouse. Lines and degrees of in-law kinship are determined analogously to blood kinship. Therefore, in the same line and in the degree of kinship in which the spouse is related to a person by blood, in the same line and degree his spouse is in that relationship with that person. The meaning of marital incapacity is that maintaining an already concluded marriage does not jeopardize the chances that one spouse will be able to marry a close relative of the other spouse. Such

of RS, Art. 22, marital interference with guardianship means that it is inadmissible to enter into a marriage between a guardian and a ward, of course, only for the duration of the guardianship relationship.⁵ Article 23 of the same Law prescribes that natural persons acquire marital maturity at the age of majority, at the same time as acquiring general business ability. Therefore, a person who has not reached the age of 18 cannot marry.⁶

Juvenile marital disability is, however, remediable marital disability, provided that some of the requirements prescribed by law are met. Namely, the Basic Court is authorized to issue a decision on dispensation from marital disability of a minor in non-litigious proceedings if it determines: (1) that the request was submitted by a person who has reached 16 years of age, (2) that there are justified reasons for marriage and (3) that the minor is mentally and physically mature to perform the rights and duties in marriage (Draškić, 2015, p. 121).

In order for a marriage created by a consensual declaration of the will of the future spouses to be considered valid, it is required that the declared will be free. The property of the will to be free means in matrimonial law that the person declaring the will must not be a victim of coercion or delusion (Panov, 2019, p. 37).

a prohibition, therefore, indirectly serves to protect harmonious relations in marriage and family and ensures mutual respect between one spouse and the relative of the other spouse. Adaptive kinship (adoption kinship or civil kinship), unlike blood kinship, which represents a natural and biological connection between two persons, is established artificially. The meaning of the legal prohibition for adoptive relatives to marry each other is that adoption establishes the same relationship that exists between a parent and a child. Therefore, kinship after adoption completely imitates blood kinship in terms of calculating kinship by lines and degrees. The legal regime of adoptive kinship as a marital disorder is identical to the one that applies to blood kinship, which means that the adoptee cannot marry all those persons with whom even the adopted child of the adoptive parent could not marry due to marital kinship disorder (Draškić, 2015, pp. 101-103).

⁵ This marital impediment was introduced into law for similar reasons that apply to the adoption relationship. Namely, guardianship is a form of special protection intended for persons who are not able to take care of themselves and their rights and interests due to being under age or because they are deprived of legal capacity. Guardianship protection, therefore, is contrary, in its content and social goals, to a relationship that is based on marriage and which implies complete equality of the participants in such a relationship.

⁶ It is in the interest of the society to prevent underage marriages as undesirable for several reasons. First of all, because such marriages do not provide enough guarantees that they will be concluded between persons whose psycho-physical maturity is a presumption that marital rights and duties will be successfully performed. In addition, it is quite likely that adolescent pregnancy will adversely affect the state of health of a woman or cause less resilience and poor development of the child. Finally, economic reasons speak in favor of the prohibition of underage marriages, because it is in the undoubted interest of society that every person is educated and thus able to independently provide for the material conditions of their existence, and not to be prematurely burdened with marital and family obligations (Panov, 2019, p. 36).

Once a valid marriage has taken place, it will automatically produce the following joint duties and rights in both legal systems.

The rights and obligations arising from Sharia law are: each spouse has the right to mutual respect and esteem by the other spouse, legalization of family ties by in-law. After a valid marriage, the husband is no longer allowed to marry his wife's mother (mother-in-law) or the wife's daughter, if he had a relationship with her mother, the right to inherit from each other. After entering into a valid marriage, the spouses have the right to inherit from each other, unless there is a Shariah obstacle to it. So, the wife will be obliged to allow her husband to inherit it, because it is his right, and *vice versa*, and in the way it is explained in the literature that deals with Sharia inheritance law (Topoljak, 2015, p. 180). Obligation and right to attribute the child to the husband (father) after such a marriage. It will also be the duty and right of the child to be attributed to the mother in the event that the father denies it if the child is born in a valid marriage.

Sharia law prescribes that the husband, in addition to being obliged to treat his wife nicely, to respect and honor her, is also obliged to give her *mehr*⁷ to support her and treat woman fairly if she lives in a polygamous marriage (Es-Sejjid, 2008, p. 346).

The legal system of the Republic of Serbia does not recognize Sharia marriages, but Muslims can marry without any restrictions according to their religious laws and customs, that means that a Sharia marriage in Serbia does not produce legal consequences like a civil marriage but by analogy we can conclude that the legal consequences of a Sharia marriage can be equated with the consequences produced by the institution of extramarital union if all legal conditions are accomplished (Čović, 2020, p. 139) A topic that is often the subject of analysis in Sharia law is marriage of members of Islam with members of other religions.

All Islamic scholars are of the opinion that a Muslim woman is not allowed to marry a non-Muslim, a Christian, a Jew or a member of another religion, as evidenced by verse 10 of Surah Al-Mumtahin – Proven (Korkut, 1977, p. 549).

However, when it comes to men, the provisions for them are different, so basically, Islamic scholars allow marriage to an Ahl al-Kitabiyya⁸, while members of other faiths are not allowed to marry men. This is contained among the last verses of the Qur'an: "And you are allowed to eat the food of those to whom the Book has been given, and your food is allowed to them, and honorable believers are allowed to you, and the honorable daughters of those to whom the Book was given before you, when you give them their wedding gifts with the intention

⁷ *Mehr* is a wedding gift that a man is obliged to give to a woman at the time of marriage (See: Manić, 2020, pp. 177-195).

⁸ A follower of the Book, a Christian and a Jew.

of marrying them and not to commit fornication with them and to take them as concubines[...]" (Korkut, 1977, p. 107). The opinion of the Islamic ulema regarding marriage to the Christian and Jew is unquestionable due to the clarity of the aforementioned verse.

3. Legal Consequences of Concluding Sharia Marriage in the State-Legal Sphere in Comparative Law

It is very important to distinguish the issue of the legal consequences of concluding and terminating a Sharia marriage in the state-legal sphere. When the Archbishop of Canterbury, Rowan Williams, gave a lecture on civil and religious law in England in which he said recognizing certain provisions of Sharia law was "inevitable", he could not have guessed that it would provoke some of the most heated Sharia debates in decades (Ahdar & Aroney, 2010, p. 293).

The story of the application of Sharia in the West is not new. In the late 1970s and early 1980s, the Union of Muslim Organizations formally requested for a special legal system to be applied to Muslims in Great Britain, *i.e.* Sharia. In recent history, the citizens of Great Britain can marry without any restrictions according to their religious laws and customs. However, in most cases, the state will not recognize such marriages. Historically, in addition to the Place of Religious Worship Act (1855), some religious communities have recognized the civil effects of their religious marriages are in certain conflict with the English legal system. One possible solution to such legal conflicts is the Muslim arbitral tribunals, which seek for an adequate Islamic solution, acceptable for both parties, which is within English law (McLoughlin & Abbas, p. 569).

Recently, the Association of Muslims of Canada, following the example of Great Britain, asked the Canadian government to include certain elements of Sharia family law in the Canadian legal system (Karčić, 2008, p. 45). In the European context, "Islamic law", "Sharia" and "*fiqh*" tend to be categorized through aspects of religious "norms" or "values" instead of "rights". Such an approach makes it clear that the incorporation of Muslim norms is subject to a final assessment of the laws and constitution of the state, and will not function as a separate "parallel" legal system. The emphasis on Muslims, instead on Islam, make crystal clear that the main motivator for creating a place for these norms is maximizing personal autonomy and protection of minorities, and that this intention does not, as some theorists state, represent a malicious application of Sharia law in Europe (Malik, 2009, p. 2).

There are two types of legal systems for recognizing religious marriages in Europe: those that do not recognize religious marriages and those that do. In

monistic systems, only civil marriages are concluded, and their state law recognizes only marriages concluded before a civil servant. These countries include Germany, France, Belgium, Ireland, the Netherlands, Switzerland, Hungary, Bulgaria, Ukraine, Luxembourg, Slovenia and Turkey (Martinez-Torron, Cole Durham Jr, 2010, p. 35). In German law, the regulations differ depending on whether they are German citizens or foreigners (Čović, 2020, p. 143).

Some of these systems have followed the system of the US, which is often called “Anglo-Saxon pluralist systems” and include Sweden, England, Finland, the Czech Republic, Slovakia, Italy, Spain, Andorra, Portugal, Malta, and Estonia (Martinez-Torron, Cole Durham Jr, 2010, p. 36). In some of these countries, performing a religious wedding before a civil one is a criminal offense, for example under the Civil Code of the Republic of Turkey, only marriages before a registrar or other civil servant are allowed and recognized, and a religious marriage requires plan to Sharia marry a certificate of civil marriage to be presented. If future spouses decide to perform *nikah*, *i.e.* marry according to Sharia law before entering into a civil marriage, they can be punished under Art. 237 of the Criminal Code and sentenced to imprisonment for up to six months (Yilmaz, 2005, p. 110), the same legal regulations are in place in France, the Netherlands, Switzerland and Bulgaria.

In contrast, English law, for example, recognizes both religious and civil marriage. According to the Marriage Act (1949), the state recognizes three types of religious marriages: marriage entered into according to the rules and customs of the Anglican Church, before a priest and in a public ceremony; marriage entered into according to the customs of other religious communities that are registered in accordance with Places of worship registration act (1855) and marriage entered into according to the religious rules and customs of Quakers and Jews (De Blois, 2010, p. 100).⁹

In order to enter into a Sharia-valid marriage in England, it must take place in a mosque licensed for marriage. Not all mosques in England are licensed to perform Sharia marriages, but some, such as the Central Mosque in Birmingham and the Nur-ul-Islam Mosque in Leyton, are – so the state recognizes Sharia marriages in those mosques. Another more common variant is to first enter into

⁹ However, when it comes to divorce, there is much greater potential for conflicts between secular laws and religious norms because two individuals with different interests, rights, obligations under state and religious law and different personal understandings of religious tradition and practice are trying to reach a solution. State laws serve to protect the rights of individuals and may be contrary to religious norms. The parties may apply to their religious courts to terminate the marriage or to annul it, but the state does not recognize that decision (Martinez-Torron & Durham Jr., 2010, p. 37). In some European countries this takes place within mosques in a very informal way, while in countries such as England there are formal Islamic Sharia Councils and Muslim Arbitration Tribunals with specialized staff in charge of resolving inter-Muslim disputes (Wolfe, 2006, p. 440).

a civil marriage accompanied by a sharia marriage. The Muslim Institute in London, one of the leading Islamic scientific institutions in Great Britain, in cooperation with several Muslim organizations, prepared in 2008 a plan of a contract for concluding Sharia marriage in the territory of England (Karčić, 2018).

The Muslim Arbitration Tribunal, known as the MAT, was established in 2007 with the aim of providing an alternative way of resolving disputes among Muslims in the UK. The goal of the Tribunal is to resolve problems on the basis of Sharia law. The Tribunal resolves disputes related to forced marriages, domestic violence, family problems, debts, inheritance, other commercial disputes and mosque disputes. In other words, the Tribunal addresses a number of issues of civil and religious law, in addition to civil divorce, child custody and criminal matters, as well as other alternative ways of resolving disagreements. The Muslim arbitral tribunal is cheaper, more flexible and more discreet than state courts. One of the predominant reasons for the establishment of the Tribunal is that inter-Muslim disputes are resolved in accordance with the teachings of the Qur'an and the Sunnah of the Prophet Muhammad, peace be upon him, and that they are resolved as quickly, equitably and efficiently as possible (Karčić, 2008, p. 111).

The Balkan states regulate this issue in a similar way as other European countries, so Sharia marriage in itself is not valid in Bosnia and Herzegovina (BiH), but Art. 7 of Family Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina explicitly states that religious marriage ceremonies can be reported after civil ceremonies (Family Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Art. 7). The Islamic Community of BiH has given very clear instructions that a Sharia marriage ceremony shall not be held before proof of civil marriage is presented.

The growing movement of people within the European Union has led to an increasing number of marriages between citizens of different countries, and thus to the termination of such marriages. Uneven national conflict-of-law solutions and the absence of international regulations governing divorce with an international element have led to legal uncertainty and unfair solutions for nationals of member states. In order to eliminate legal uncertainty and injustice, the European legislator has started adopting acts regulating this area. The two most important acts still in force today are the Brussels II bis Regulation, which regulates the rules on jurisdiction, recognition and enforcement of decisions in civil matters relating to divorce, legal separation and annulment, and the Rome III Regulation, which regulates the issue of applicable divorce law. These two regulations complement each other and are applied in parallel (Stjepanović, 2020, p. 90).

4. Conclusion

From all the above, it can be concluded that family law and its norms represent the core of the organization of the most important cell of any society, and that is the family. The central institute that is treated in this sense by these norms is marriage, which is protected by the norms of both positive and natural legal systems. What can be noticed in the comparative legal analysis of positive family law of the Republic of Serbia and Sharia law is that the goals of starting a family and marriage are presented through the moral aspect of preserving society from all negative influences but Sharia pays much deeper attention to marriage, its regulation and preserving. The fact is that Sharia is exclusively against equalizing marital and extramarital union, which is argued by the fact that extramarital union destroys the status of the family in the community, which should be a key segment for validity of one society, and in addition prescribes severe sanctions for those who participate in it. On the other hand, the current family laws of democracies give all the freedom to organize personal family life, and sharp criticism has been directed at the norms of Sharia law precisely because of the closed and conservative system and to the existence of polygamy, where the loudest are especially feminist movements, in that sense Sandberg and Thompson assert that the Sharia debate points to wider concerns about two areas of family law in particular: the formalities concerning marriage and the privatization of family justice. What is quite clear from factual situation that Sharia law protects the interests of women and children in the marital community and norms related to marriage and family, especially the segment that sets deadlines, clearly indicate that the goal of Sharia law is to preserve the family as an institution, what is expected if it is considered that Sharia regulations, as regulations of a system of typical natural law, originate from God.

The family, children, as well as all institutes of family law are protected by a plethora of international documents that have been implemented in national legislation, which is also dealt with by special bodies that specialize only in those professional matters. The conclusion that can be deduced from all the above facts is that these two legal systems, in addition to all the differences and specifics that distinguish them, the contradictions of conflict resolution methodology, have common principles and goals of norms and that is legal protection of the family as the basic cell of society.

References

- Abrams, D. E. *et al.* 2015. *Contemporary Family Law*, (4th ed). West Academic, Publishing, University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper.
- Andrić, M. 2006. Osnovi šerijatskog prava: s posebnim osvrtom na odnose između polova prema bračnim pravilima šerijatskog prava. *Religija i tolerancija*, 6, pp. 99-110.
- Ahdar, R. & Aroney, N. 2010. *Shari'a in the West*. New York: Oxford University Press.
- Brown, M., Flinn, C. J. & Mullins, J. 2011. *Family law effects on divorce, fertility and child investment*.
- Cesari, J. (ed.). 2010. *Shari'a and the Future of Secular Europe in Muslims in the West After 9/11*. Abingdon: Routledge. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203863961>.
- Čović, A. 2020. *Porodičnopravni aspekti verskih brakova*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- De Blois, M. 2010. Religious Law versus Secular Law: The Example of the Get Refusal in Dutch, English and Israeli Law. *Utrecht Law Review*, 6(2), pp. 93-114. DOI: <https://doi.org/10.18352/ulr.126>.
- Draškić, M. 2015. *Porodično pravo i pravo deteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Đurović, Lj. 1988. *Porodično pravo*. Beograd: Naučna knjiga.
- Et-Tantavi, A. A. 2010. *Sretan brak*. Novi Pazar: El-Kelimeh.
- Es-Sejjid, S. 2008. *Fikhus-sunne*, knjiga 3. Sarajevo: Bookline d.o.o.
- Karčić, H. 2018. *Šerijat i pravni pluralizam u Evropi: primjeri koegzistencije religijskog i sekularnog prava na starom kontinentu*. Sarajevo: Centar za napredne studije.
- Korkut, B. 1977. *Prijevod Kur'ana*. Sarajevo.
- Kurdić, Š. 2005. *Brak i intimni odnosi u islamu*. Novi Pazar: El-Kelimeh.
- Ken'an, M. A. 2013. *Načela bračnog života*. Novi Pazar: El-Kelimeh.
- Malik, M. 2009. *Muslim Legal Norms and the Integration of European Muslims*. EUI Working Papers, RSCAS.
- Manić, S. 2020. Pravna priroda mehra. U: Čolović, V. & Manić, S. (ur.). *Uvod u šerijatsko pravo*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 170-195.
- Martinez-Torron, J. & Durham Jr., C. 2010. *Religion and the Secular State*. National Reports, Provo, Utah: The International Center for Law and Religion Studies, Brigham Young University.
- Mladenović, M. 1981. *Porodično pravo*, knjiga I i II. Beograd: Privredna štampa.
- Panov, S. 2019. *Porodično pravo*. Beograd: Projuris.
- Počuča, M. 2011. Razvod braka u uporednom pravu. *Strani pravni život*, 55(2), pp. 267-283.
- Ponjavić, Z. 2014. *Porodično pravo*. Kragujevac: Službeni glasnik.
- Stjepanović, B. 2020. Regulisanje međunarodnog razvoda braka i Uredba Rim III - efekat na pozitivno porodično zakonodavstvo. *Strani pravni život*, 63(1), pp. 79-90. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz63-20534>.

- Stevanov, M. 1976. *Prestanak brakova*, skripta. Novi Sad.
- Stevenson, B. & Wolfers, J., 2006. Bargaining in the Shadow of the Law: Divorce Laws and Family Distress. *The Quarterly Journal of Economics*, 121(1), pp. 267-288. DOI: <https://doi.org/10.1162/qjec.2006.121.1.267>.
- Topoljak, S. 2015. *Islamsko bračno pravo*. Novi Pazar: El-Kelimeh.
- Topoljak, S. 2006. *Muslimanka i porodica*. Novi Pazar: El-Kelimeh.
- Welchman, L. 2004. *Women's Rights and Islamic Family Law: Perspectives on Reform*. London: Zed Books.
- Wolfe, C. L. 2006. Faith Based Arbitration: Friend or Foe? An Evaluation of Religious Arbitration Systems and Their Interaction with Secular Courts. *Fordham Law Review*, 75(1) pp. 427-469.
- Yilmaz, I. 2005. *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States*, Surrey: Ashgate.

Legal Sources

- Ustav Republike Srbije [Constitution of RS], *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.
- Porodični zakon [Family Law RS], *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015.
- Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine [Family Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina] Dostupno na: <http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/zakoni/2005/zakoni/25bos.pdf>.
- UN General Assembly, 1948. *Universal Declaration of Human Rights*, Res. 217, UN Doc. A / 810.
- UN General Assembly, 1966. *International Covenant on Civil and Political Rights*, Resolution 2200A (XXI).
- UN General Assembly, 1966. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Resolution 2200A.
- Marriage Act 1949. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76/contents>.

Internet sources

- Kurdić, Š., *Kultura ponašanja prilikom razvoda braka*. Available at: <https://www.n-um.com/kultura-ponasanja-prilikom-razvoda-braka-i/> (11. 3. 2022).
- Kuduzović, S. 2010. *Kome pripada pravo odgoja djeteta*. Available at: <https://el-asr.com/tekstovi/kome-pripada-pravo-odgoja-djeteta> (11. 3. 2022).
- Ibn Majah, S., *Book 9, Hadith 93*. Available at: <https://sunnah.com/ibnmajah:1937>, (11. 3. 2022).

IN MEMORIAM: DR JOVAN ĆIRIĆ
(4. april 1960 – 12. decembar 2022)

Krajem 2022. godine iznenada je umro dr Jovan Ćirić, sudija Ustavnog suda Republike Srbije, nekadašnji direktor Instituta za uporedno pravo i urednik *Stranog pravnog života*. Rođen je u Beogradu, u kome je završio osnovnu i srednju školu. Diplomirao je 1984. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Na istom fakultetu je magistrirao 1990. godine sa temom „Krivično delo nesavesnog lečenja”, a doktorirao 2000. godine odbranivši disertaciju na temu „Vanpravni uticaji na kaznenu politiku sudova”. Naučnu karijeru započeo je 1985. godine kao pripravnik istraživač Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja. U Institut za uporedno pravo prelazi 2000. godine i radi do decembra 2016. godine. U tom periodu biran je u sva naučna zvanja (2002. godine – naučni saradnik, 2004. – viši naučni saradnik, 2009. – naučni savetnik). Od 2007. do 2016. godine bio je direktor Instituta za uporedno pravo, kada je izabran za sudiju Ustavnog suda Republike Srbije.

Dr Jovan Ćirić je od 2008. do 2012. godine bio glavni i odgovorni urednik časopisa *Strani pravni život*. U tom periodu, zahvaljujući zalaganju dr Ćirića, kvalitet časopisa je značajno unapređen, te je od nacionalnog časopisa, koji 2008. nije nalazio mesto među prvih 60% časopisa iz oblasti prava i politikologije, *Strani pravni život* 2011. godine dostigao kategoriju vrhunskog časopisa nacionalnog značaja i našao se u prvih 30% u pomenutim oblastima. Dr Ćirić je do smrti bio član redakcije našeg časopisa i recenzent, pomažući i na taj način časopis. Takođe je bio član uredničkih tela časopisa *Crimen, Nauka, bezbednost i policija* i *Revija za krivično pravo i kriminologiju*.

Učestvovao je u brojnim istraživanjima koja su finansirali kako ministarstvo nadležno za nauku, tako i druga ministarstva, regionalne i nevladine organizacije. Između ostalog, 2008. je učestvovao u zajedničkom istraživačkom projektu agencije UN – UNICRI i Pravnog fakulteta u Firenci „Borba protiv organizovanog kriminaliteta u Srbiji”. Rukovodio je projektima osnovnih istraživanja koje je finansiralo Ministarstvo nauke br. 1490023 D „Pravo SCG i međunarodne sudske institucije” (januar 2006 – decembar 2010) i br. 179031 „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje” (od januara 2011. do decembra 2016), a čiji je nosilac bio Institut za uporedno pravo.

Za postignute uspehe u naučnom radu dobio je 2004. godine nagradu nadležnog ministarstva. Bio je potpredsednik Kriminološke sekcije Udruženja

za krivičnopravnu teoriju i praksu, koje mu je 2013. godine dodelilo godišnju nagradu zbog posebnog doprinosa radu Udruženja i razvoju krivičnopravne teorije i prakse u Republici Srbiji. Institut za uporedno pravo mu je u junu 2021. godine, povodom 65 godina od osnivanja, dodelio povelju „Borislav Blagojević” za doprinos razvoju Instituta. Takođe je bio član Predsedništva Udruženja pravnikâ Srbije, Predsedništva Udruženja za uporedno pravo Srbije i Predsedništva Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo (od 1998. do 2007). Zahvaljujući naučnom ugledu u oblasti medicinskog prava (odgovornost za lekarske greške) bio je izabran za člana Etičkog komiteta Kliničkog centra Srbije 2000. godine. Funkciju je obavljao do 2008. godine. Od 2006. do 2010. godine bio je predsednik Upravnog odbora Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja. Od 2014. do 2016. bio je član komisije za sticanja naučnih zvanja pri Ministarstvu nauke.

Kao istaknuti stručnjak iz oblasti krivičnog prava bio je dva puta (2009. i 2012) član radnih grupa za izradu izmena i dopuna Krivičnog zakonika Republike Srbije. Dr Ćirić je dao doprinos obrazovanju mladih naučnih kadrova kao član brojnih komisija za odbrane magistarskih i doktorskih disertacija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu i Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu. Na potonjem je od 2015. godine bio uključen u nastavu na doktorskim studijama i obavljao je mentorske obaveze.

Navedene činjenice nisu dovoljne da se stekne potpuna predstava o značaju sveukupnog društvenog i naučnog angažovanja dr Jovana Ćirića za razvoj naše nauke i za afirmaciju Instituta za uporedno pravo, koji je februara 2016. godine, povodom 60-godišnjice od osnivanja ustanove, odlikovan zlatnom Sretenjskom medaljom. Uspešnu naučnu karijeru i veliku popularnost u naučnoj i akademskoj zajednici dr Ćirić je stekao zahvaljujući širokom obrazovanju, suverenom znanju u oblastima prava i kriminologije, neutaživoj radoznalosti naučnika, naučnoj čestitosti, dobronamernom odnosu prema saradnicima i kolegama i veštini socijalne komunikacije. Dr Jovan Ćirić je najčešće pisao na teme koje se odnose na krivično pravo, kriminalnu politiku i kriminologiju na zanimljiv, provokativan i kritički način koji redovno uključuje povezivanja sa saznanjima iz drugih nauka koje se bave čovekom i društvom. Njegov naučni rad je uvek društveno angažovan i služi na „polzu” svome narodu. U tom pravcu je usmeravao i rad saradnika Instituta, pa je tako u periodu dok je dr Ćirić bio na čelu Instituta objavljen veliki broj zbornika radova interdisciplinarnih po pristupu, redovno tematski veoma aktuelnih ili namenjenih obeležavanju godišnjica važnih u istoriji srpskog naroda ili za srpsku pravnu kulturu. Tako je dr Ćirić bio urednik ili jedan od više urednika tematskih zbornika kao što su: *Borba protiv organizovanog kriminaliteta u Srbiji* (2008), *Kosmet – Gordijev čvor* (2008), *Srpsko pravo i međunarodne sudske*

institucije (2009), *Spomenica Valtazara Bogišića* (2011), *20 godina od razbijanja SFRJ* (2011), *Evropske integracije i međunarodna krivičnopravna saradnja* (2012), *Haški tribunal između prava i politike* (2013), *Borba protiv korupcije: iskustva i poređenja* (2013), *Monism & Dualism: Basic Concepts of Public International Law* (2013), *Globalizacija i desuverenizacija* (2013), *Sto godina od početka Prvog svetskog rata – istorijske i pravne studije* (2014), *Religija – politika – pravo* (2015), *Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava* (2016), *Migranti na raskršću ili bespuću zemlje Srbije* (2016), *Pravo na nezaborav: pravni i antropološki aspekti kulture sećanja na žrtve NDH u Drugom svetskom ratu* (2017). Kao što se trudio da doprinese razvoju naše pravne nauke, jednako dosledno se zalagao, kao direktor Instituta i kao član Komisije za izbore u naučna zvanja, za promene pristupa i načina vrednovanja rezultata naučnoistraživačkog rada, naročito u oblasti društvenih nauka – tom temom se bavio i u nekim svojim radovima, a takođe je bio jedan od urednika *Zbornika za percepciju naučnog rada i poznavanje rekvizita njegove ocene* (2017).

U spisku bibliografije koji sledi navedena su samo izabrana dela (monografije, radovi objavljeni u časopisima i u tematskim zbornicima radova) čiji je autor dr Jovan Ćirić koja, prema mišljenju priređivača, najbolje svedoče o njegovim svestranim interesovanjima i originalnom pristupu istraživačkim problemima po kome je bio jedinstven među istraživačima.

Monografije i priručnici

- ĆIRIĆ, Jovan. *NATO agresija na Jugoslaviju: sedam pitanja i sedam odgovora na moralno-psihološke, socio-ekonomske i pravno-političke dileme*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 1999.
- ĆIRIĆ, Jovan. *Društveni uticaji na kaznenu politiku sudova*. Beograd: Vojnoizdavački zavod, Institut za uporedno pravo, 2001, 252 str.
- ĆIRIĆ, Jovan. *Ljudska prava u senci organizovanog kriminala : priručnik za praćenje i nadgledanje suđenja za krivična dela u vezi sa organizovanim kriminalom*. Beograd : Fond za otvoreno društvo, 2004, 118 str.
- MRVIĆ PETROVIĆ, Nataša, ĆIRIĆ, Jovan. *Sukob javnog i privatnog interesa (u trouglu moći, novca i politike)*. Beograd: Vojnoizdavački zavod, Institut za uporedno pravo, 2004, 240 str.
- ĆIRIĆ, Jovan. *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 2009, 207 str.
- ЂИРИЋ, Јован. *Тужилоци и жртве*. Београд: Институт за упоредно право: Млади правници Србије, 2009, 94 стр.

ĆIRIĆ, Jovan. *Kaznena politika sudova u Srbiji*. Beograd: Centar za mir i razvoj demokratije, 2006.

ĆIRIĆ, Jovan. *Knjiga o mržnji : sa reči na dela... : od govora do zločina mržnje*. Beograd: Službeni glasnik, 2020, 245 str.

Poglavlja u zbornicima

ĆIRIĆ, Jovan. Borba protiv droge u Evropskoj uniji. In: ĆIRIĆ, Jovan (ur.). *Pedeset godina Evropske unije*. Beograd: Institut za uporedno pravo: Republika Srbija, Kancelarija za pridruživanje Evropskoj uniji, 2007, str. 420-440.

ĆIRIĆ, Jovan. ACLU - American Civil Liberties Union. In: ĆIRIĆ, Jovan (ed.). *Uvod u pravo SAD = Introduction to the Law of the USA*. Beograd: Institut za uporedno pravo = Belgrade: Institute of Comparative Law, 2008, str. 295-313.

ĆIRIĆ, Jovan. Rechtsstaat, Schulz, Radbruch i Fehter. In: VASILJEVIĆ, Mirko (ed.), ČOLOVIĆ, Vladimir (ed.). *Uvod u pravo Nemačke = Einführung in das deutsche Recht = Introduction to German Law*. Beograd: Institut za uporedno pravo: Pravni fakultet, 2011, str. 37-53.

ЂИРИЋ, Јован. Тероризам – реална опасност данашњице или... In: МИЈАЛКОВИЋ, Саша (ed.), КОЛАРИЋ, Драгана (ed.), СУБОШИЋ, Дане (ed.). *Сујројсїављање савременом оріанізованом криминалу и шероризму. [Књ. 2]*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 2011, стр. 207-217.

ĆIRIĆ, Jovan. Da li će Haški tribunal uticati na razvoj pravne kulture na prostorima bivše SFRJ?. In: NOVAKOVIĆ, Marko (ed.), et al. *Monism & Dualism : Basic Concepts of Public International Law*. Belgrade: Faculty of Law: Institute of Comparative Law: Institute of International Politics and Economics, 2013, str. 452-470.

ЂИРИЋ, Јован. Спорт и насиље. In: КОЛАРИЋ, Драгана (ed.). *Зборник радова. Том 1. Насиље у Србији – узроци, облици, последице и друштвене реакције*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 2014, стр. 75-81.

ЂИРИЋ, Јован. Срби и Први светски рат : између ревизије историје и идентитета нације. In: ЂИРИЋ, Јован (ed.), ЂОРЂЕВИЋ, Мирослав (ed.). *Сто година од иочейка Првој свејској раїа : исијоријске и љравне сїуудије*. Београд: Институт за упоредно право: Интермекс: Завод за уџбенике, 2014, стр. 751-774.

ĆIRIĆ, Jovan. Fudbal kao ogledalo društva. In: ŠURBATOVIĆ, Jovan (ed.). *Srpski fudbal : stanje i perspektive*. Beograd: Institut za uporedno pravo: Fudbalski savez Beograda, 2016, str. 107-122.

- ĆIRIĆ, Jovan. Praštati i kažnjavati. In: STEVANOVIĆ, Ivana (ed.), BATRIĆEVIĆ, Ana (ed.). *Krivične i prekršajne sankcije i mere : izricanje, izvršenje i uslovni otpust*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 2016, str. 29-39.
- ЂИРИЋ, Јован, КНЕЖИЋ, Бранислава. Мигранти кроз Србију: на путу опстанка. In: ЂИРИЋ, Јован (ed.), КНЕЖИЋ, Бранислава (ed.). *Миџрантџи на раскрџићу или десџућу земље Срџије*. Београд: Институт за упоредно право: Институт за кримџолошка и социолошка истраживања: Регионално представништво Руске хуманитарне мисије на Балкану, 2016, стр. 267-278.
- ЂИРИЋ, Јован. Суђење историји. In: *Доминантџни љравици развоја кривичноџ законодавстџва и груџа актџуелна џиџињања у љравном сисџтему Срџије : зборник раџова*. Београд: Intermex, 2016, стр. 30-47.
- ĆIRIĆ, Jovan. Freedom or Bread. In: PAVLOVIĆ, Zoran (ed.). *Zbornik radova sa међународне научне конференције „Sloboda, bezbednost: право на приватност”*. Novi Sad: Pokrajinski заштитник грађана - ombudsman; Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 2017, str. 60-69.
- ĆIRIĆ, Jovan. Glasine, afere i tabloidizacija друштвеног живота. In: STEVANOVIĆ, Ivana (ed.), PAVIĆEVIĆ, Olivera (ed.). *Pravosuђе i медији*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 2017, str. 25-35.
- ĆIRIĆ, Jovan. О науци и бодовањима у науци: неколико размишљања некадашњег члана Комисије за стџцање научних звања. In: ĆIRIĆ, Jovan (ed.), BRENESELOVIĆ, Luka (ed.). *Zbornik za перџецију научног рада и познавање реквиџита џегове оџене*. (Књ. 1). Beograd: Institut za uporedno право, 2017, str. 117-129.
- ЂИРИЋ, Јован. Срби и Хашки трибунал. In: АНТИЋ, Чедомир *et al.* *Срџи и љроџастџ Јуџославије : љриручник*. 1. изд. Београд: Завод за уџбенике: Службени гласник, 2017, стр. 185-210.
- ĆIRIĆ, Jovan. Poreski рајеџи. In: KOSTIĆ, Jelena (ed.), STEVANOVIĆ, Aleksandar (ed.). *Finansijski kriminalitet*. Beograd: Institut za uporedno право: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 2018, str. 95-107.
- ĆIRIĆ, Jovan. Istine i заблуде о корупцији. In: *Finansijski kriminalitet i корупција*. Beograd: Institut za uporedno право: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 2019, str. 51-65.
- ĆIRIĆ, Jovan. Један поглед из Уставног суда : живот је нешто друго. In: IGNJATOVIĆ, Ђорђе (ed.). *Kaznena реакција у Србији : тематска монографџа*. Deo 9. Beograd: Правни факултет Универзитета, 2019, str. 190-206.
- ĆIRIĆ, Jovan, PAJTIĆ, Mirjana. Lekarske грешке – од заборављене газе до извађеног плућног крила. In: STEVANOVIĆ, Ivana (ed.), VUJIĆIĆ, Nikola

- (ed.). *Kazneno pravo i medicina*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 2019, str. 213-227.
- ЂИРИЋ, Јован. Европски суд за људска права. In: КОСТИЋ, Александар (ed.). *Државни поредак : суверенитет у времену глобализације : зборник радова са симпозијума одржаног 8. и 9. фебруара 2019. године*. Београд: САНУ, 2019. стр. 309-327. Научни скупови, књ. 183, Одељење друштвених наука, књ. 43.
- ЋИРИЋ, Јован. Pandemija korona virusa i pravo na život. In: PEROVIĆ-VUJAČIĆ, Jelena S. (ed.). *Unifikacija prava i pravna sigurnost : zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava, Vol. 1*. Beograd: Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2020, str. 195-219.
- ЋИРИЋ, Јован. Pogrešna zastava (false flag). In: IGNJATOVIĆ, Đorđe (ed.). *Kaznena reakcija u Srbiji. Deo 10*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta, Centar za izdavaštvo, 2020, str. 183-196.
- ЂИРИЋ, Јован. Жртве које су промениле све(с)т. In: *Оштрећено лице и кривичноправни инструменти заштите*. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу: „INTERMEX”, 2020, стр. 75-87.
- ЋИРИЋ, Јован. Izdvojena mišljenja u Ustavnom sudu. In: ĐORĐEVIĆ, Miroslav Đ. (ed.). *Preispitivanje klasičnih ustavnopravnih shvatanja u uslovima savremene države i politike*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 2021, str. 137-154.
- ЋИРИЋ, Јован. Pravo na pravično suđenje u jurisprudenciji Ustavnog suda Srbije. In: NIKOLIĆ, Oliver (ed.), ČOLOVIĆ, Vladimir (ed.). *Constitutio Lex superior : sećanje na profesora Pavla Nikolića*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 2021, str. 47-60.

Članci

- ĐORĐEVIĆ, Đorđe, ĆIRIĆ, Jovan. Krivično-pravni značaj priznanja. *Правни животи : лист за правна истражања и праксу*. 1997, knj. 432, br. 5/6, str. 5-15.
- ЂИРИЋ, Јован. Религија и криминалитет. *Архив за правне и друштвене науке : орган Правног факултета Универзитета београдског*. 1998, год. 54, бр. 4, стр. 93-111.
- ЋИРИЋ, Јован. Običan, dobar, зао. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*. 2011, god. 49, br. 2/3, str. 221-231.
- ЋИРИЋ, Јован. Pogled u tuđe dvorište kroz „polomljen prozor”. *Strani pravni život*. 2011, br. 1, str. 11-28.
- ЋИРИЋ, Јован. Zločini mržnje – američko i balkansko iskustvo. *Temida*. 2011, god. 14, br. 4, str. 21-36.

- ЂИРИЋ, Јован. Правна наука у Србији данас. *Српска њолиџичка мисао*. 2011, год. 18, бр. 2, стр. 235-262.
- ЋИРИЋ, Јован. Борба против дроге путем декриминализације – случај Португалije. *Страни правни живот*. 2012, бр. 2, стр. 308-318.
- ЋИРИЋ, Јован. Две приче о два деџака. *Ревија за криминалогију и кривично право*. 2012, год. 50, бр. 1/2, стр. 205-218.
- ЋИРИЋ, Јован. Егзепларно казнјаванје. *Сримен*. 2012, год. 3, бр. 1, стр. 21-38.
- ЋИРИЋ, Јован. Лобирање и корупција. *Изазови европских интеграција*. 2012, бр. 24, стр. 23-32.
- ЋИРИЋ, Јован. Србија и европски стандарди у кривичном праву. In: *Европске интеграције и међународна кривичноправна сарадња*. Београд: Институт за упоредно право: Српско удруженје за кривичноправну теорију и праксу, 2012, стр. [23]-32.
- ЋИРИЋ, Јован. Забранјена мисао : поводом једне одлуке Уставног суда Србије. *Правна ријеч*. 2012, год. 9, бр. 31, стр. 205-220.
- ЋИРИЋ, Јован. (Не)једнакост грађана пред судовима. *НБП : Наука, бездегносиј, њолиџија*. 2013, год. 18, бр. 1, стр. 1-9. ISSN 0354-8872.
- ЋИРИЋ, Јован. Генцидна намера. *Сримен : џасопис за кривичне науке*. 2015, год. 6, бр. 1, стр. 27-45.
- ЋИРИЋ, Јован. Идеални закони и несавесни правници. *НБП : Наука, бездегносиј, њолиџија*. 2015, год. 20, бр. 2, стр. 55-69.
- ЋИРИЋ, Јован. Велика сеоба народа. *Правни живои*. 2015, књ. 578, бр. 9, стр. 159-174.
- ЋИРИЋ, Јован, КНЕЖИЋ, Бранислава. Од жртве до злочинца. *Правни живои*. 2017, књ. 599, бр. 9, стр. 183-199.
- ЋИРИЋ, Јован. Двadeset година након бомбардовања – НАТО агресије. *Правни живои*. 2019, књ. 615, бр. 9, стр. 61-70.
- ЋИРИЋ, Јован. Опијумски ратови: јуџе, данас, сутра. In: MILIĆEVIĆ, Milena (ed.), STEVANOVIĆ, Ivana (ed.). *Дрога и наркоманија*. Београд: Институт за криминалошка и социолошка истраживања, 2020, стр. 103-116.

Priredila: Dr Nataša Mrvić Petrović

**GOVOR SA KOMEMORATIVNOG SKUPA
ODRŽANOG U INSTITUTU ZA UPOREDNO PRAVO U BEOGRADU
28. DECEMBRA 2022. GODINE**

Draga rodbino i prijatelji našeg Ćire,
poštovane kolegice i kolege,

U ponedjeljak, 12. decembra 2022. godine napustio nas je dr Jovan Ćirić, istaknuti naučnik, dugogodišnji direktor Instituta za uporedno pravo i sudija Ustavnog suda Srbije. Kada se tog jutra vest proširila, nastupili su muk, nevěrica, negiranje... tako je bilo tokom opela pretprošle srede, tokom komemoracije u Ustavnom sudu prošle srede, tako je i danas. Svi mi koji smo imali čast da ga poznamo ne možemo da poverujemo da dr Ćirić više nije među nama.

Dozvolite mi jednu načelnu opasku o tome kako ću govoriti. Najpre ću vam se obratiti u ime Instituta za uporedno pravo, na čijem je čelu dr Ćirić bio punih devet godina, a potom i u svoje lično ime, kao njegov poštovalac, mlađa kolegica i drugarica.

Nakon dugogodišnje uspešne karijere u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja, dr Ćirić je kao afirmisani naučni radnik, 2000. godine, prešao u Institut za uporedno pravo, a rukovođenje Institutom preuzeo je 2007. godine, kada je njegov opstanak bio ugrožen zbog odlaska naučnog kadra i teške finansijske situacije. Od 2007. do 2016. godine, dr Ćirić je svojim entuzijazmom, nesebičnim zalaganjem, izuzetnom posvećenošću i verom, pre svega u mlade ljude, obnovio Institut, pretvorivši ga u kuću mladih naučnika koje je privukao svojom harizmom. Tokom devetogodišnjeg mandata dr Ćirić je podstakao stvaralaštvo u okviru Instituta i značajno unapredio rad i položaj naše naučne ustanove, a dao je i značajan doprinos institucionalnom uređivanju i unapređenju stanja u našoj nauci uopšte. Takav njegov rad krunisan je Sretenjskim odlikovanjem koje je Institut za uporedno pravo, pod njegovim rukovođenjem, dobio 2016. godine. Ipak, ono najznačajnije što nam je dr Ćirić, kao direktor, ostavio u amanet, i usudila bih se reći ne samo našoj ustanovi, jeste da negujemo duh kolegijalnosti, prijateljske otvorenosti i razumevanja, jer bez toga nijedna institucija ne može da ostvaruje svoje ciljeve. Ljudi koji danas čine Institut za uporedno pravo su pretežno mladi istraživači koje je okupio dr Ćirić, verovao u njih i podsticao ih da odu na usavršavanje u inostranstvo, da tamo šire istinu o Srbiji, ali i da se vrate i uspeh ostvare upravo u Srbiji i u njenu dobrobit utkaju svoje karijere.

Kada je u decembru 2016. godine dr Ćirić, nakon više od trideset godina staža u nauci i više stotina naučnih radova, izabran za sudiju Ustavnog suda Srbije, mi u Institutu bili smo ujedno i srećni i tužni. Tužni što više neće formalno biti deo našeg kolektiva, a srećni zbog njega i Srbije, svesni njegove posvećenosti poslu, smelosti i pravdoljubivosti, osobinama toliko potrebnim unapređenju stanja u različitim sferama našeg društvenog života. O dr Ćiriću kao pravniku i sudiji danas smo već dosta toga čuli, a ja bih se odvažila da se ukratko osvrnem na još jedan aspekt njegove ličnosti, koji se odnosi na širinu interesovanja i stvaralačkog opusa.

Kao što verovatno znate, dr Ćirić je ove godine objavio knjigu *Putopisi jednog pravnika* koja svedoči o širokoj erudiciji, poznavanju umetnosti i njegovom umetničkom talentu. Imala sam čast da budem jedna od recenzenata. U svakoj putopisnoj priči sadržanoj u toj knjizi, dr Ćirić je, osim opisivanja svega zanimljivog što je video i vraćanja sećanja na divne trenutke sa dragim ljudima, otvorio jednu, hvale dostojnu, dimenziju vlastite ličnosti. Naime, u svim Ćirinim putopisnim pričama provejava njegova širina, koja toliko često nedostaje našim intelektualcima.

Zato sam sa osmehom na licu odlazila na svaku promociju da govorim o knjizi i da posle promocije uživamo u druženju i rezimiranju utisaka. Tako je bilo u maju ove godine, upravo u ovoj sali, prepunoj kao i danas, ali u drugačijem raspoloženju. Tako je bilo i pre par nedelja u Galeriji Petra Dobrovića. Nismo znali da je to poslednji put. Imali smo velike planove za promociju knjige po gradovima Srbije i Republike Srpske. Radovali su me ti planovi, jer naš Ćira ne samo da nije imao nimalo zle volje, a to je smatrao najvećim komplimentom koji je ikada dobio, već je uvek i prema svima širio radost života. Znao je da svaki susret sa njim pretvori u događaj koji najtoplijim bojama boji dan u kojem se odigrao. Bio je veliki sanjar i sa ovoga sveta je otišao u snu.

Uz iskreno saučešće, pre svega Ćirinoj voljenoj Jasmini i ostalim članovima porodice, i svim kolegicama i kolegama, dozvolite mi da zaključim da je dr Ćirić svojim životom, pa čak i kroz naslov svog poslednjeg objavljenog članka, potvrdio da je jedan od naših najistaknutijih pravnika. Potvrdio je to ne samo svojim pravničkim obrazovanjem i delovanjem već i svojom iskrenošću, zalaganjem, širinom duha i interesovanja, nesebičnošću, izostankom bilo kakve sujete i zle volje, a nadasve pravdoljubivošću, što ga je činilo dostojnim sudije Ustavnog suda, ali još važnije, što je sve nas činilo njegovim poštovaocima, njega našim uzorom, a nama, njegovim prijateljima, davalo izuzetnu privilegiju.

Hvala Vam, dragi Ćiro. Sigurna sam da govorim u ime svih koji su u ovoj prostoriji, ali i onih koji nisu uspeli da danas budu ovde, a to su želeli. Zauvek ćete biti sa nama i u našim mislima.

I za sam kraj, dozvolićete mi jednu krajnje ličnu rečenicu.

Dragi moj Ćiro, od Vas sam kao od pravnika, naučnika, direktora, mnogo toga značajnog naučila, ali ono najdragocenije što ste mi pokazali, i čemu u životu težim i težiću, jeste Vaša širina i Vaš odnos prema ljudima. Hvala Vam što ste bili baš takvi kakvi ste bili i, dragi moj Ćiro, zauvek ćete biti u mom srcu.

Prof. dr Jelena Ćeranić Perišić

Dr Vladimir Mikić

POJMOVNIK EVROPSKE USTAVNOSTI
Beograd: Službeni glasnik, 2022

Pojmovnik evropske ustavnosti autora dr Vladimira Mikića, u izdanju eminentnog izdavača JP Službeni glasnik, po svojoj formi, spoljašnjem obličju, liči na nešto staro, već viđeno, a po sadržini je nešto posve novo. Katkad budemo pred nečim što smo videli nekada davno i što nam se činilo da je nestalo na istorijskim policama, a ono se, iznenada, pojavi pred nama, ličeći na to već viđeno, a zapravo se od njega fundamentalno razlikujući. Vidimo da nam već sam naslov ukazuje na sadržinu koja je u potpunosti drugačija od većine drugih. Sadržinu koja nudi nešto novo u svakom smislu. Istina, uvaženi profesor Miodrag Jovičić, jedan od korifeja srpskog ustavnog prava, pre otprilike pola veka izdao je *Leksikon srpske ustavnosti*. To delo se smatra jednim od neprevaziđenih klasika naše ustavnopravne literature. Praktično, ono je bukvar za sve one koji se žele zanimati ustavnim pravom. Sada, pola veka kasnije, nalazimo se pred sličnim delom i već pisanje o delu profesora Jovičića nam govori o čemu je reč. Samo, postoji, bez namere da se upoređuju dva velika dela, i jedna mala razlika, tako normalna u naučnoj sredini. Autor dr Mikić je pola veka kasnije otišao korak dalje, imajući u vidu savremene evropske pravce razvoja kako društva, tako i ustavnog prava. U tom smislu dr Mikić je svoje delo proširio, te ga je nazvao *Pojmovnik evropske ustavnosti*. Koliko nam je poznato, slično delo ne postoji u uporednopravnoj literaturi. Na taj način je autor sebi „otežao” zadatak, ali je istovremeno pokazao nešto tako neophodno prilikom ostvarivanja velikog, kapitalnog dela, poduhvata. Šta to?

Moje mišljenje je da je to ljubav. Ona istinska. Da, ljubav prema nauci. Ljubav prema ustavnom pravu. Pomišljam koliko je vremena prošlo od momenta stvaranja ideje u njegovim misaonim procesima do onog momenta kada se izrodilo jedno ovakvo delo. Sigurno godine. Da, godine su prošle. Zamišljam koliko je sati autor proveo dok je bdeo nad svojim delom, kao nad svojim čedom, gledajući kako ono raste. Slutim koliko je prepreka imao tokom tog svog putešestvija. Koliko je tu bilo neprosapvanih noći. Zebnje autorove. Možda i pomisli da se odustane. Naoružan ljubavlju prema nauci i ustavnom pravu on je to sve prevazišao. Na kraju, ovakvim delom uvaženi kolega Mikić je obogatio srpsku literaturu, uradivši nešto što je i uporedno

* Doktor pravnih nauka, naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija.
E-mail: m.stanic@iup.rs

nezabeleženo. Stoga su za mene čast i osobito zadovoljstvo što sam u prilici da napišem nekoliko redova o ovom njegovom poduhvatu.

Pre nego što se nekoliko redova posveti samoj sadržini Pojmovnika, valjalo bi primetiti i vremensku distancu od bezmalo pedesetak godina koja stoji između dela profesora Jovičića i dela dr Mikića. Ona nam dokazuje koliko je zamašan poduhvat učinio dr Vladimir Mikić. U suprotnom, da je to tako jednostavno, verovatno bi mnogi ovakvu knjigu već i napisali, ne samo u Srbiji već i u Evropi, svetu. Takođe, to govori i o originalnosti same ideje, i to ne samo kod nas. Sledstveno, dobro delo proširuje dobre ideje i širi svoju misao nezaustavljivo, granajući je i tamo gde ne slutimo da će otići. Upravo tako, delo dr Vladimira Mikića više je namenjeno ne samo našoj sceni već prelazi granice naše Srbije, kako po naslovu, tako i po sadržaju, što je još i važnije. Praktično, ova knjiga će, uz prevod koji bi usledio u budućnosti, postati nezaobilazno štivo i u drugim zemljama širom Evrope i sveta. To je još jedno svedočanstvo njene vrednosti. Delo kolege Mikića će služiti kao inspiracija budućim generacijama, kao što je to slučaj i sa delom profesora Miodraga Jovičića. Praktično, kolega dr Mikić nije svojim delom dozvolio da se ugasi „plamen” koji je pre nekoliko decenija podstaknuo profesor Jovičić.

Razume se, ukazaću i na sadržinu same knjige, sa nadom da će je čitalac ovih redova uzeti u ruke i sâm se podrobnije upoznati sa njom, pošto ona i rad koji je stajao iza njenog nastajanja to, svakako, zaslužuju. Prvo, Pojmovnik sadrži oko 1000 strana teksta u okviru kojih su obrađeni ustavi 48 država Evrope. U njemu nema ustavnopravnih rešenja iz države koja je tako značajna za istoriju oblikovanja javnog prava velikog broja evropskih zemalja – Velike Britanije, pošto je britansko ustavno pravo dobrim delom nepisanog karaktera i zasnovano na ustavnim konvencijama i običajima. Sadržina gotovo svake pojedinačne ustavne odredbe razvrstana je u nekoj od 222 leksikografske odrednice, koja se tiče nekog relevantnog ustavnopravnog pojma, bukvalno od A do Š, i to od advokature, azila i imigracije, aktivnog biračkog prava, amnestije, pa sve do štrajka, uz opšte informacije o ustavima pojedinačnih država i podataka o strukturi ustava. S jedne strane, autor u predgovoru konstatuje da se čitanjem nekih odredaba ustava nailazi na veoma neobične, prijatne, gotovo melodične formulacije, te da je reč o pravoj lirskoj ustavnosti koju odlikuju jednostavnost i pristupačnost teksta. Dodaje da pojedini ustavopisci vrednuju konciznost i urednost, pa su ustavi koji predstavljaju proizvod njihovog rada štedljivo pisani i tekstualno racionalizovani. U nekim ustavima sadržani su neobično energični, britki i zvučni izrazi. Sve ove, zanimljive, odredbe on je skupio i sistematično „razbacao” po čitavom Pojmovniku, tako da čitalac ima privilegiju da se oduševljava iznova tokom čitanja novih celina. S druge strane, nažalost, u ustavima su mnogo učestalije nezgrapne formulacije, nejasne konstrukcije, predugačke rečenice i ponavljanja. Puno je „adrenalinских” ustava, sa ustavopiscima koji služe kao naratori i protagonisti normativnih

rešenja inspirisanih ideologijom. U pojedinim ustavima vidljivo je ozbiljno odsustvo mere ustavnog regulisanja. U njima su sadržani „mamutski” članovi, sa rečeničnim strukturama koje su u toj meri nagomilane da od ustava čine gotovo „neprohodan” tekst. Takvi ustavi pate od nesistematičnosti i preplavljeni su odredbama koje teže digresiji i u sukobu su sa zahtevom ekonomičnosti u redakciji teksta. Brojna su i učestala, nepotrebna ponavljanja sadržine jedne odredbe u tekstu ustava. Pojedini ustavi puni su i redaktorskih propusta, a neki pate i od neujednačene terminologije. Sa svim ovim kvalitetima i lošim karakteristikama ustavnog teksta širom Evrope upoznaje nas dr Mikić kroz svoj vredan rad, pretočen na stranice Pojmovnika.

Kako autor piše u predgovoru, osnovna ideja vodilja Pojmovnika sastojala se u utvrđivanju panorame uporednog rasporeda instituta ustavnog prava. Postavljanje složenog ustavnog repertoara u leksikografske okvire omogućilo je sticanje uvida u pravo normativno prostranstvo, stvarajući sliku neočekivanog bogatstva i raznolikosti odredaba, radi sistematizovanja i uopštavanja rešenja iz tekstova ustava. Pojmovnikom se utvrđuju tipizirani delovi i specifične komponente ustavnog uređenja, uz stavljanje svake pojedinačne odredbe ustava u evropski pravni kontekst. Kroz njega je sačinjen svojevrsni evropski *corpus iuris constitutionis*, bez pokušaja nekakve „harmonizacije” evropskog ustavnog prostora, ili kreiranja evropskog ustavnog identiteta, na štetu očuvanja posebnosti nacionalnih ustavnih kultura. Pojmovnik služi i utvrđivanju „preseka” i pružanja odgovora na pitanje dokle se došlo na planu uzajamnog prožimanja ustava i šta u ovom istorijskom času čini evropsku ustavnu materiju, a posebno šta čini zajedničko evropsko ustavno nasleđe, odnosno kakva sadržina ostaje i opstaje kao sastavni deo gotovo svakog ustava u Evropi. Ovo delo pomaže u nakani da znanje o tekstovima ustava evropskih zemalja bude manje rasuto i bolje sistematizovano. Druga njegova funkcija je da služi kao prećutni spisak preporuka ustavopiscima koji bi mogli u njemu da pronađu najbolja postojeća normativna rešenja i jezičke formulacije. Drugim rečima, u tom smislu, trebalo bi da ova knjiga bude prećutna kritika ekstenzivne ustavne regulacije ili vapaj za dekonstitucionalizacijom nekih instituta. U toj je poruci sadržana evaluativna ili angažovana funkcija Pojmovnika. Dodao bih da smatram da će ovo delo blagotvorno delovati na svakoga ko ga bude pročitao, jer nije namenjeno samo pravnicima već najširoj čitalačkoj publici. Neko će na njegovim stranicama utvrditi postojeća znanja, neko ih proširiti, neko biti nateran na kritičko razmišljanje, razveseljen ili napojen energijom pregalaštva i divljenja prema jednom ovakvom projektu, motivisan da se zaputi takvim ili sličnim putevima, bilo u oblasti ustavnog prava ili nekoj svojoj specifičnoj oblasti. Pojmovnik to može učiniti jer je, vidi se to na prvi pogled, pisan brižljivo, strpljivo, u vreme kada strpljenja sve manje ima. Ipak, najvažnije od svega, vidi se ono što je suštinsko za ovakav poduhvat i što moram sada, na kraju, i da ponovim. Znanje i ljubav. Bez toga ne bi ni bilo Pojmovnika i hvala uvaženom autoru dr Vladimiru Mikiću na tome.

UPUTSTVO AUTORIMA

PRIJAVLJIVANJE RUKOPISA ZA OBJAVLJIVANJE

Autori mogu da dostave radove napisane latiničkim pismom na srpskom ili na engleskom jeziku u elektronskom formatu, kao *Word* dokument. Rokovi za predaju radova su: za prvi broj – 15. februar, za drugi broj – 15. maj, za treći broj – 15. avgust i za četvrti broj – 15. novembar. Rukopisi se dostavljaju putem linka: <http://aseestant.ceon.rs/index.php/spz/>, izuzetno elektronskom poštom na adresu uredništva: **redakcijaspz@gmail.com**, koje će ih uputiti kako da se prijave na sistem *Assestant* (CEON). Autori tom prilikom daju i autorsku izjavu. U slučaju dostavljanja koautorskih radova, korespondencija se u ime svih autora odvija sa autorom koji je rad poslao i koji će biti odgovoran za komunikaciju sa ostalim autorima (tzv. autor za korespondenciju). Autorskom izjavom autori garantuju da su prihvatili uređivačku politiku časopisa i da su prilikom izrade rada i njegovog prijavljivanja za objavljivanje poštovali etičke standarde publicistike i naučnog rada.

Očekuje se da autori u radu, kako bi ostvarili naučni doprinos, pošću od rezultata već sprovedenih istraživanja na datu temu, konsultujući relevantnu domaću naučnu i stručnu literaturu na sistematičan način, moguće korišćenjem digitalnih repozitorijuma domaćih naučnoistraživačkih organizacija i drugih zbirki naučnih i stručnih publikacija u otvorenom pristupu.

Sve aktivnosti vezane za uređivanje časopisa (od prijema rukopisa do objavljivanja elektronskog izdanja časopisa) obavljaju se posredstvom elektronskog sistema *Assestant* (CEON) koji omogućava pripremu i objavljivanje časopisa u elektronskom obliku (*Open Journal Systems* – OJS). U slučaju da autor nema nalog, potrebno je da se registruje preko linka: <http://aseestant.ceon.rs/index.php/spz/user/register>. Detaljno uputstvo za registraciju autora i prijavu rukopisa može se preuzeti sa sajta časopisa *Strani pravni život* (www.stranipravnizivot.rs). Navedene aktivnosti se obavljaju unutar samog sistema, pod nadzorom glavnog i odgovornog urednika i tehničkog urednika, a ključna obaveštenja koja su namenjena autorima, recenzentima ili drugim korisnicima automatski se prosleđuju elektronskom poštom. Zahvaljujući sistemu *Assestant* (CEON) obezbeđeno je čuvanje svih verzija objavljenih radova i odbijenih radova u elektronskoj bazi podataka. Autori, takođe, mogu da se upoznaju u svakom trenutku sa tokom i ishodom postupka recenziranja.

NAPOMENE VAŽNE ZA PRIPREMU RUKOPISA

Način oblikovanja naučnih članaka i ostalih priloga koji se dostavljaju redakciji *Stranog pravnog života* uređen je ovim uputstvom. Molimo autore da svoje priloge prilagode tematici časopisa i predviđenom načinu oblikovanja rukopisa, kako prilozima ne bi bili eliminisani nakon početne provere, budući da uredništvo primenjuje kriterijume iz važećeg podzakonskog akta o uređivanju naučnih časopisa.

Naučni i stručni članci mogu biti napisani na srpskom ili engleskom jeziku. Oni moraju sadržati podatke o autoru, naslov, sažetak, ključne reči i spisak referenci (literaturu i pravne izvore, po potrebi i spisak citiranih sudskih i drugih odluka). Uz priloge koji se objavljuju na srpskom jeziku, dostavlja se prevod naslova rada, rezimea i ključnih reči na engleskom jeziku. Prilozi koji se dostavljaju na engleskom jeziku sadrže prevod naslova, sažetka i ključnih reči na srpski jezik.

Autorski članci po pravilu ne prelaze obim od jednog autorskog tabaka (28.800 znakova sa razmacima), font Times New Roman, veličina 12pt, prored 1,5, leva margina 3,5 cm, a desna 3 cm. Izuzetno, prihvaćće se duži rukopis i to obima do 1,5 tabaka, ako to zahteva tema rada, po prethodnom dogovoru autora sa glavnim i odgovornim urednikom. U ostalim situacijama, rad većeg obima biće vraćen autoru radi skraćivanja. U obim se ne računaju tekstovi navedeni u beleškama na dnu strane (dodatni podaci o autoru, organizaciji u kojoj je zaposlen, druge napomene), naslov članka, sažetak (do 800 karaktera sa razmacima), ključne reči (do 5 pojmova ili sintagmi), spisak literature, pravnih izvora i sudskih odluka. Naučni članci se klasifikuju u: originalne (u kojima se iznose prethodno neobjavljeni rezultati sopstvenih istraživanja zasnovanih na primeni naučnih metoda) i pregledne (koji sadrže originalan, detaljan i kritički prikaz istraživačkog problema ili područja u kojem je autor ostvario određeni doprinos, prikazan u vidu autocijata). Za razliku od naučnih radova, u stručnom radu autor na osnovu izvršenog istraživanja zasnovanog na prikupljanju postojećih teorijskih saznanja i raspoloživih činjenica ukazuje na iskustva značajna za unapređenje prakse u određenoj oblasti, preporučuje promene u načinu primene propisa i slično.

U časopisu je moguće objaviti i **naučnu kritiku ili polemiku**, koja predstavlja raspravu, zasnovanu na naučnoj argumentaciji, na određenu naučnu temu. Obim naučnog rada ove vrste može da iznosi do 10.000 znakova sa razmacima. Osim podataka o autoru i naslova članka, naučna kritika mora da sadrži apstrakt (do 400 znakova sa razmacima), ključne reči (do 5 pojmova ili sintagmi) i spisak bibliografskih izvora. Svi navedeni podaci ne uračunavaju se u obim rada.

Ostali prilozima. Komentari sudskih odluka mogu da imaju najviše do 15.000 znakova. Izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i slično po pravilu ne smeju biti obima većeg od 7.000 znakova. Ne sadrže apstrakt i rezime.

Osnovno oblikovanje teksta

Svi prilozi moraju biti sačinjeni u Microsoft Word-u, latiničkim pismom, fontom Times New Roman, veličine 12 pt, sa proredom 1,5, na strani formata A4, sa uvlačenjem pasusa za 1 tabulator, bez deljenja reči na slogove (hifenacije). Posle svakog znaka interpunkcije staviti samo jedan razmak. Za posebna slova iz srpskog i stranog latiničkog pisma koriste se raspoloživi simboli – dijakritički znaci. Ćirilički znaci iz stranog pisma i iz drugih pisama (kineskog, japanskog, arapskog itd.) transliterišu se i transkribuju prema tablici dostupnoj na: <https://www.loc.gov/catdir/cpsd/roman.html>. Imena i prezimena stranih autora navode se u originalu, osim kada se moraju transkribovati na latinicu (na primer imena iz ruskog jezika). Kada se autor poziva na radove objavljene u *Stranom pravnom životu*, koristi isključivo naziv časopisa na srpskom jeziku. Reference na srpskom jeziku koje se citiraju u radu pisanom na engleskom jeziku se ne prevode.

Prevod stručnih pojmova iz strane literature, kada je to moguće, treba da bude zamenjen odgovarajućim nazivom u srpskom jeziku. Prevod latinskih pravnih izraza ili izreka nije potreban. Strani pojmovi pišu se kurzivom. Druge strane reči ili sintagme koje označavaju specifične izraze ili institute u stranom pravu, koje se ne mogu sa preciznošću prevesti na srpski jezik ili ne postoje u srpskom pravu, zadržavaju se u originalnom nazivu (složene kurzivom), s tim što se objašnjava njihovo značenje na srpskom jeziku. U tekstu ne treba koristiti podebljana (boldirana) niti podvučena slova.

Strani pravni život prihvata citiranje i oblikovanje referenci prema stilu citiranja i referenciranja – Harvard britanski standard, prema modelu autor/rad. Navedeni stil je modifikovan jedino u pogledu načina citiranja pravnih izvora. Način primene navedenog stila pri citiranju i sastavljanju spiska literature i popisa pravnih izvora objašnjen je detaljno u ovom uputstvu.

S obzirom na prihvaćeni stil referenciranja, beleške u dnu teksta (fusnote) sadrže dopunska objašnjenja, a ne treba da upućuju na korišćenu literaturu, što se čini u tekstu. Članovi i stavovi pravnih odredbi na koje se poziva autor navode se u tekstu, a ne u fusnotama.

Ime, srednje slovo i prezime autora (jednog ili više njih) navode se na prvoj strani rukopisa u gornjem levom uglu. Pišu se uz upotrebu posebnih znakova (č, đ, š itd.), bez naučnih titula. Imena stranih autora takođe se pišu dijakritičkim znacima, bez obzira na jezik rada.

Ostali podaci koji se odnose na autore: naučna i stručna zvanja, akademske titule, ORCID broj autora, naziv ustanove autora i podaci za kontakt (mejl autora) navode se u posebnoj belešci (fusnoti) na istoj strani ispod teksta, označeni zvezdicom.

Naziv ustanove autora (afilijacija): navodi se potpun, zvanični naziv i sedište ustanove (grad i država) u kojoj je autor zaposlen ili u kojoj je obavio istraživanje. Studenti poslediplomskih studija navode naziv ustanove u kojoj studiraju.

Istraživački podatak / istraživački projekat. Autor može nakon naslova uneti posebnu fusnotu u kojoj će navesti tačne, potpune i aktuelne podatke o okolnostima pod kojima je rad nastao (u okviru međunarodne saradnje, međunarodnog programa, kao deo naučnog ili istraživačkog projekta, u okviru postdiplomskih studija ili postdoktorskih studija, kao saopštenje sa održanog naučnog skupa, gostujuće predavanje i slično) i/ili naznaku o instituciji, državnom organu ili međunarodnoj organizaciji koja je finansijer ili korisnik projekta.

U zahvalnici (posebnoj napomeni na prvoj strani rada ispod teksta označeno zvezdicom posle naslova rada) navode se imena drugih lica koja nisu autori, ali su imala učešća u istraživanju ili su pomagala u priređivanju rada, sa objašnjenjem njihove uloge. U fusnoti se može navesti i obaveštenje da je rad urađen u okviru određenog naučnoistraživačkog projekta, da je ranije usmeno izlagan na naučnom skupu i slično.

Naslov rada piše se malim slovima na sredini, font 14 pt. Naslov ne bi trebalo da ima više od 10 do 12 reči.

Sažetak se navodi ispod naslova članka. Sažetak ne sme da bude duži od 800 znakova sa razmacima. Veličina fonta je 11 pt (složeno kurzivom). U sažetku autor ukazuje na značaj teme, osnovno istraživačko pitanje/hipotezu, cilj istraživanja, metodologiju i rezultate istraživanja. U apstraktu treba koristiti termine koji se često koriste za indeksiranje i pretraživanje članaka.

Gljučne reči su termini ili fraze koji najbolje opisuju sadržaj članka za potrebe indeksiranja i pretraživanja. Potrebno je dati pet ključnih reči ili sintagmi na srpskom. U članku se navode ispod apstrakta (veličina fonta 11 pt, kurzivom).

Naslov rada, Sažetak i ključne reči na engleskom jeziku (ako je članak na srpskom jeziku), **odnosno, na srpskom jeziku** (ako je članak na engleskom jeziku) navode se dva reda ispod.

Podnaslovi u tekstu se pišu na sredini, malim slovima i podebljanim (boldiranim) slovima, veličine 12 pt i numerišu se arapskim brojevima. Uvod i zaključak se, takođe, označavaju rednim brojevima. Podnaslovi drugog reda se pišu podebljanim (boldiranim) slovima, složeno kurzivom. Podnaslovi trećeg reda se pišu kurzivom.

Tabele, grafikoni i slični prilozi dostavljaju se posebno u formatu i rezoluciji pogodnoj za štampu.

Popis korišćene literature, pravnih izvora i spisak sudskih i drugih odluka navode se na kraju rada, fontom 11 pt. Popis bibliografskih jedinica sastavlja se po abecednom redosledu imena autora, bez numerisanja.

NAČIN CITIRANJA I SASTAVLJANJA SPISKA REFERENCI

NAVOĐENJE IZVORA UNUTAR TEKSTA

Od autora se očekuje da navedu korišćene izvore, i to potpuno i tačno, i da precizno prenesu tuđe navode, te se prilikom citiranja knjiga ili članaka preporučuje da, gde je moguće, budu navedene strane sa kojih se preuzima tuđi tekst. Brojevi stranica moraju biti sadržani kod doslovnog citiranja tuđeg teksta, prilikom parafraziranja ili upućivanja na određeni deo knjige ili članka. Jedna stranica se označava sa „p.”, a više strana sa „pp.” (skraćeno lat. *paper – pluta paper*). Moguće je koristiti i rad prihvaćen za objavljivanje, pod uslovom da je za rad određen digitalni identifikator (DOI broj), koji će biti naveden u spisku literature uz druge podatke o citiranom radu.

Način navođenja izvora zavisi od toga da li je potrebno istaći ime autora ili sadržaj njegovog teksta. U prvom slučaju se ime autora čiji se rad koristi navodi u samoj rečenici; u drugom slučaju se navodi na kraju rečenice u zagradi, uz godinu objavljivanja rada (po potrebi i strana). Na primer:

Kako je istakao profesor Konstantinović (2006, p. 36) obimnost Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima bila je posledica težnje da zakon bude razumljiv svima, a ne da učesnike u prometu nauči pravu.

Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima bila je obimna, zato što se težilo da zakon bude razumljiv svima, a ne da učesnike u prometu nauči pravu (Konstantinović, 2006, p. 36).

Isticanje imena autora. Kada se u rečenici pominje ime nekog autora, bez dodatnih informacija o sadržaju rada koji se citira (sumarni pregled ili ukazivanje na izvor), dovoljno je navesti prezime autora i u zagradi godinu u kojoj je objavljen rad. Navodimo primer:

U svom radu Ćirić (2008) konstatuje da je...

Kada se upućuje na posebne delove u radu, mora biti naveden i broj stranice ili stranica na kojima se nalazi citat. Primeri:

U svom radu Ćorić (2017, pp. 26-30) opisuje procesna sredstva za naknadu štete u sudskom poretku Evropske unije.

Stoga, prema Đorđeviću (2016, pp. 28-29), trebalo bi da se uzmu u obzir i drugačija rešenja iz uporednog prava.

Prezeti sadržaj drugog autora se može saopštiti i parafraziranjem:

Stoga Perović u predgovoru ponovljenom izdanju Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima (Konstantinović, 2006, p. 16) zaključuje da svaki pravni sistem dopušta slobodu ugovaranja, ali do izvesne granice.

Ako se citira neodređen broj strana, navodi se samo početna stranica sa koje se preuzima citat, dok iza nje stoji „i dalje”. Na primer:

Sve ove teorije se mogu podeliti u nekoliko grupa (Čolović, 2009, pp. 83 i dalje)...

Kada se upućuje na izvor iz fusnote nekog rada, posle broja strane piše se skraćunica „fn.”:

Navedeno rešenje je nesumnjivo podložno kritici (Jovanović, p. 8, fn. 14)...

Doslovno citiranje koristi se retko, uglavnom da bi se izbeglo pogrešno tumačenje originalnog teksta, da se istakne bitan argument ili ideja koja će potom biti posebno analizirana ili pobijana ili kada je na lep i efektan način autor izrazio svoju misao, a taj efekat bi parafraziranje poništilo. U svakom slučaju doslovnog citiranja teksta drugog autora neophodno je navesti tačnu stranicu (ili strane) na kojima se citat nalazi, kako bi zainteresovani čitalac mogao proveriti iznete podatke.

Kraći citati, dužine do 30 reči, sastavni su deo rečenice, istaknuti navodnicima. Mogu biti direktno ili indirektno citirani, na primer:

Kako ističe Stanković (1972, p. 177) „neimovinska šteta predstavlja posebnu pojavu i pojam za sebe”.

Ili:

Sve su to razlozi što treba prihvatiti da „neimovinska šteta predstavlja posebnu pojavu i pojam za sebe” (Stanković, 1972, p. 177).

U citate duže od 30 reči autor nas uvodi svojim rečima, a zatim počinje citat, koji ističe navodnicima, obavezno uz naznaku prezimena autora i tačne strane ili strana na kojima se nalazi citat. Tekst se može preuzeti direktno:

Nemogućnost korišćenja uništene stvari može da izazove neimovinsku štetu, nezavisno od *pretium affectionis*. Prema Stankoviću (1972, p. 307) reč je o slučajevima: „u kojima nemogućnost upotrebe uništene odnosno oštećene stvari unosi veliki poremećaj u oštećenikov svakodnevni praktični život, lančanu reakciju raznovrsnih maltretiranja i ograničavanja, koja mogu predstavljati potpunu dezorganizaciju oštećenikovog načina života i njegovih svakodnevnih navika”.

Indirektno se isti tekst može preuzeti na sledeći način:

Nemogućnost korišćenja uništene stvari može da izazove neimovinsku štetu, nezavisno od *pretium affectionis*, u slučajevima „u kojima nemogućnost upotrebe uništene odnosno oštećene stvari unosi veliki poremećaj u

oštećenikov svakodnevni praktični život, lančanu reakciju raznovrsnih maltretiranja i ograničavanja, koja mogu predstavljati potpunu dezorganizaciju oštećenikovog načina života i njegovih svakodnevnih navika” (Stanković, 1972, p. 307).

Dugačke citate bi najpravičnije bilo preuzeti tako što se iza dve tačke navedu u posebnom redu uvučeno, složeno manjim fontom (11pt), uz naznaku izvora i stranice. Izostavljeni deo reči iz citata označava se trima tačkama u ugaonim zagradama, na primer:

Prilikom organizacije izvršenja rada u javnom interesu „pragmatični razlozi [...] ukazivali bi na potrebu većeg učešća lokalne zajednice (u sektoru službi socijalne zaštite)” (*Alternative zatvorskim kaznama*, 2005, p. 44).

Citiranje različitih radova dva autora. Kada se u istoj rečenici upućuje na radove dva autora (bilo da imaju saglasne ili oprečne stavove) u tekstu se navodi prezime svakog od autora, uz godine kada su radovi objavljeni, prema sledećim primerima:

I Đorđević (2012, p. 34) i Mrvić Petrović (2011, p. 86-87) smatraju da uvođenje sistema dani-novčane kazne nije ostvarilo željene efekte u pravnom sistemu Republike Srbije.

Kauzalitet kod propuštanja se različito objašnjava po teoriji aliud agere u odnosu na teoriju prethodno preduzete radnje (vid. za prvu Welp, 1968, p. 30, a za drugu Rudholphi, 1972).

Citiranje imena dva ili tri autora istog rada. U tekstu se upućuje na zajednički rad autora uz navođenje prezimena oba autora povezana simbolom &, dok se u zagradi navodi godina u kojoj je rad objavljen.

Na ovakav odnos države i crkve trebalo bi da obratimo posebnu pažnju (Đorđević & Stanić, 2015, p. 63).

U svom radu Nikolić & Čović (2018) ukazali su na...

Uporednopravno istraživanje (Mrvić Petrović & Petrović, 2018) potvrdilo je...

Mrkšić, Popović & Novaković (2018, pp. 477) analiziraju...

Citiranje rada koji ima više od tri autora. U tekstu se navodi samo prezime prvog autora i iza njega opšteprihvaćena skraćenica „*et al.*” (*et alia*). Na primer:

Čeranić *et al.* (2018) istražili su..

Citiranje više radova istog autora, objavljenih iste godine. U tekstu se uz prezime autora i godinu dodaju latinična slova a, b, c, d, kako bi se označili različiti radovi istog autora objavljeni iste godine. Primer:

Svakako, navedeni vid krivice trebalo bi da je više u našem fokusu (Ćirić, 2004a, p. 70)... Pored „tvrde”, ne bismo smeli da zaboravimo „meku moć”... (Ćirić, 2004b, p. 334).

Citiranje rada objavljenog pod okriljem organizacije. U slučaju da je navedeni tekst objavila neka organizacija (pravno lice, udruženje, ustanova, međunarodna, nevladina organizacija i slično), tako da pojedini autor nije posebno naveden, u tekstu treba uputiti na naziv organizacije i godinu objavljivanja rada. Dozvoljena je upotreba uobičajenih službenih skraćenica međunarodnih organizacija ili njihovih tela, na primer:

Od presudne je važnosti istraživati izborne procese u domaćem i stranom pravu (Institut za uporedno pravo, 2013, pp. 32-35).

Media and information technologies can offer such spaces to allow different groups to interact with each other, so in Tallin Guidelines on National Minorities and the Digital Age (OSCE, 2019)...

Citiranje rada nepoznatog autora. Umesto podataka o autoru koristi se naslov rada:

U *Teoriji države i prava* (1995, p. 204) jasno se kaže...

Rad nepoznate godine izdanja. U navedenom slučaju koristi se skraćenica n.d. (od *no date*):

Zirojević (n.d.) ukazuje na obeležja terorizma...

Ili indirektno:

Obeležja savremenog terorizma su... (Zirojević, n.d.).

Sekundarne reference. Ako primarni izvor nije bilo moguće pronaći, nego ga autor preuzima iz rada drugog autora, mora se pozvati na primarni izvor i sekundarnu referencu na sledeći način:

Zlatarić (1967), kako navodi Kambovski (2005, p. 701) uključuje u saizvršilaštvo i radnje preduzete pre ili posle dovršenja krivičnog dela.

Ili:

U ranijoj teoriji se smatralo da saizvršilaštvo uključuje i radnje preduzete pre ili posle dovršenja krivičnog dela (Zlatarić, 1967, navedeno u Kambovski, 2005, p. 701).

Navođenje propisa. Naziv zakona i drugog propisa navodi se u tekstu punim nazivom (složeno običnim slovima), uz broj godine kada je usvojen, sem kada se analizira određena izmena ili dopuna propisa, kada se navodi kao izvor službeno

glasilo u kome je objavljena takva izmena. Prilikom prvog pominjanja propisa može se dodati crta posle naziva i navesti skraćena pod kojom će se isti propis dalje u tekstu navoditi. U daljem tekstu dovoljno je koristiti samo skraćenicu. Isto pravilo važi i za inostrane pravne akte, s tim što se podaci koji se na njih odnose navode na način kako je to uobičajeno za to strano pravo. Skraćenicu se sačinjavaju prema izvornom nazivu propisa, a ne prema njihovom prevodu na srpski ili engleski jezik.

U krivičnom zakonodavstvu Srbije (Krivični zakonik RS, 2005 – KZ).

Temeljna reforma krivičnih dela protiv privrede u pravu Republike Srbije izvršena je 2016. godine (Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, 2016).

Pravo na obeštećenje se žrtvama nasilja u Nemačkoj priznaje od 1976. godine na osnovu posebnog saveznog zakona, s tim što je 1985. godine donet novi (*Gesetz über die Entschädigung für von Gewalttaten* – OEG) s tim što je 1985. godine donet novi zakon koji je i sada na sanzi (OEG, 1985).

U francuskom Građanskom zakoniku (*Code civil* – CC), prema poslednjoj verziji od 1. oktobra 2018. Godine predviđeno je... (CC, 1804).

Akti međunarodnih organizacija citiraju se tako što se u tekstu navodi donosilac akta i pun naziv akta, koji se, po potrebi skraćeno, navodi u zagradi uz naznaku godine u kojoj je donet.

U Istanbulskoj konvenciji Saveta Evrope (CETS No. 210) od 11. 5. 2011. godine (CoE CETS, 2011) predlaže se...

Prava deteta, regulisana Konvencijom Organizacije ujedinjenih nacija o pravima deteta (Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, 1990)...

U pravu Evropske unije doneta je Uredba o stečajnim postupcima br. 1346/2000 (Concil Regulation (EC), 2000)...

Na isti način kako je citiran propis naveden u tekstu, mora biti označen u popisu literature.

Autor može da koristi tekst propisa preuzet sa interneta sa službene stranice nadležnog organa ili javnog servisa zaduženog za objavljivanje pravnih propisa i praćenje izmena. U tom slučaju u popisu literature moraju biti označeni osnovni podaci o propisu i godini u kojoj je objavljena poslednja verzija dostupna na službenoj stranici nadležnog organa ili preuzeta sa javnog servisa zaduženog za objavljivanje pravnih propisa i praćenje izmena. Autor može da koristi tekst propisa i prema objavljenom službenom prevodu na engleski (ili neki drugi) jezik (što mora biti naznačeno).

Član, stav i tačka propisa skraćeno se pišu čl., st. i tač., a iza napisanih brojeva se ne stavlja tačka. Na primer:

čl. 5, st. 2, tač. 3 ili čl. 5, 6, 9 i 10 ili čl. 4–12.

Navođenje sudske prakse i odluka drugih organa. Autor u tekstu treba da navede što potpunije podatke: vrstu odluke sudskog, upravnog tela ili Ustavnog suda, naziv donosioca i druge podatke na osnovu kojih je odluka klasifikovana (slovo koje označava vrstu postupka, broj postupka, godinu pokretanja postupka) i datum kada je doneta i, ako postoji, izvor iz kog je preuzeta. Za presude Evropskog suda za ljudska prava merodavan je i broj predstave. Iza teksta autor navodi u zagradi skraćeno oznaku odluke, koja će biti korišćena i u popisu literature. Na primer:

Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 utvrđena je nesaglasnost... (Odluka US, 2017).

Cass. crim., 19 December 1991, RCA 1992.170 (*Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018).

... kako se navodi u obrazloženju Presude Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012 (*Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012).

Odluke međunarodnih sudova i tribunala treba da sadrže što potpunije podatke (vrsta odluke, podaci o sudskom veću koje je odluku donelo, datum donošenja odluke, uobičajeni naziv predmeta, registarski broj, kod (ako ga ima), strana, stav ili tačka na koju se upućuje ili sa koje je citiran deo odluke). Odluke međunarodnih sudova ili tribunala navode se uz korišćenje skraćena za nazive sudova npr: PCIJ, ECHR, ICJ, ICTY i slično. Prilikom citiranja sudskih slučajeva koristi se veznik skraćena „v” za veznik *versus*, npr. *Fremkin v Russia*, *Goobald v Mahmood*.

Prilikom citiranja prakse Evropskog suda za ljudska prava navodi se i broj podnete predstave. Na primer:

Borodin v Russia, predstavka br. 41867/04, presuda ECHR, 6. 2. 2013, par. 166.

Sudska praksa Suda Evropske unije obavezno se navodi uz korišćenje evropske identifikacione oznake sudske prakse (*European Case Law Identifier – ECLI*). Na primer:

Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015.
Intrasoft International SA v European Commission (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774)

Citiranje referenci preuzetih sa interneta. Ukoliko se u radu koriste sadržaji sa interneta, navode se na isti način kao i ostali sadržaji, ako su poznati autori ili organizacije ili državne ustanove koje su ih objavile, s tim što će u spisku literature na odgovarajući način biti naglašeno da je reč o URL izvoru ili o članku sa DOI brojem. Elektronski dostupni sadržaji retko imaju označene stranice, pa se preciznost kod navođenja citata postiže pozivanjem na odeljke ili pasuse, ako su numerisani u tekstu.

Citiranje rada nepoznate godine izdanja ili rada nepoznatog autora. U radu se navedena vrsta rada citira tako što se na mestu gde bi trebalo da stoji godina navodi „n.d.” (*non dated* – nepoznat datum), na primer:

Njihov značaj za parlamentarne procese je nepromenljiv (Ostrogorski, n.d).

Ako se u rukopisu koristi rad nepoznatog autora, navešće se naslov rada koji se citira, uz godinu, ako je poznata:

Sve nam to potvrđuje i mešovita, objektivno-subjektivna teorija (Elementi krivičnog dela, 1986, p. 13).

SASTAVLJANJE SPISKA LITERATURE I POPISA PRAVNIH IZVORA

Spisak literature je obavezan na kraju rada. U spisak literature se unose sve bibliografske jedinice korišćene u radu, osim pravnih izvora i spiska sudskih odluka, koji se posebno navode, iza spiska literature.

U spisku literature se bibliografske odrednice (reference) navode po abecednom redu, prema početnom slovu prezimena autora, početnom slovu organizacije u slučaju da je autor nepoznat ili, ako su nepoznati i autor i organizacija, prema početnom slovu naslova bibliografske jedinice. Kod koautorstva, neophodno je navesti prezime i početno slovo imena svakog koautora.

1. KNJIGE (ELEKTRONSKE), DRUGE MONOGRAFIJE I UDŽBENICI, POGLAVLJA U MONOGRAFIJAMA

Navode se obavezno sledeći elementi po modelu: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov: podnaslov.* Podatak o izdanju. Mesto izdanja: izdavač. Kada ima više od četiri autora, knjiga se sortira prema početnom slovu prezimena prvog autora, a umesto imena ostalih autora može se koristiti skraćena „*et al.*”. Kada knjiga nema podatak o autoru, ali je istaknuto ime urednika ili organizacije, umesto autorovog imena navodi se ime urednika (uz naznaku tog svojstva) ili naziv organizacije koja je izdala publikaciju.

Za urednike koristiti skraćenicu „ur.” (ako je knjiga izdata na srpskom jeziku), a „ed.” (za knjige na engleskom jeziku sa jednim urednikom) ili „eds.” (kada ima dva ili više urednika). Na primer:

- Ćirić, J. 2008. *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Ćeranić, J. 2015. *Unitarni patent*. Beograd: Institut za uporedno pravo; Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta.
- Sime, S. 2018. *A Practical Approach to Civil Procedure*. 31st ed. Oxford: Oxford University Press.
- Carlen, P. & Worrall, A. 1987. *Gender, Crime and Justice*. Philadelphia: Open University.
- UNICRI. 1997. *Promoting Probation Internationally*. Publ. no 58. Rome/London: UNICRI.
- Tappan, P. W. (ed.). 1951. *Contemporary corrections*. New York: McGraw-Hill.
- Srzentić, N., Stajić, A. & Lazarević, Lj. 1995. *Krivično pravo Jugoslavije. Opšti deo*. 18. izd. Beograd: Savremena administracija.

Obavezni elementi koji se moraju navesti kada se citira sadržaj elektronske knjige su: Autor, Inicijal(i) godina. Naslov knjige, [e-book], Izdanje (samo u slučaju da se ne radi o prvom izdanju), Mesto izdavanja e – knjige: Izdavač, pristup preko Naziv baze podataka, URL za tu e – knjigu (datum pristupa). Na primer:

- Molan, M. T. 2012. *Series: Questions & Answers*, [eBook]. 8th ed, 2012-2103. Oxford: OUP Oxford. Database: eBook Academic Collection. Dostupno na: <http://eds.a.ebscohost.com/> (18. 1. 2019).

2. DOKTORSKE DISERTACIJE, MAGISTARSKI ILI ZAVRŠNI MASTER RADOVI

Obavezno se navode: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov*. Doktorska disertacija. Mesto publikovanja: fakultet/univerzitet na kome je odbranjen. Na primer:

- Stanić, M. 2017. *Pravna priroda poslaničkog mandata*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

3. POGLAVLJA U KNJIGAMA I NAUČNI/STRUČNI RADOVI OBJAVLJENI U ZBORNICIMA I ZBIRKAMA RADOVA SA NAUČNIH SKUPOVA

Podaci o navedenim bibliografskim jedinicama sadrže obavezno sledeće elemente koje treba navesti po modelu: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdava-

nja. Naslov rada: podnaslov. U: Prezime, inicijal(i) urednika (ur.). *Naslov zbornika: podnaslov*. Mesto izdavanja: izdavač, str. od-do.

Za urednike koristiti skraćenicu „ur.” (ako je zbornik na srpskom jeziku), a „ed.” (za zbornike na engleskom jeziku sa jednim urednikom) ili „eds.” (kada zbornik uređuju dva ili više urednika). Primer:

- Moss, G. 2015. New World and Old World: Symphony or Cacophony?. In: Parry, R. & Omar, P. (eds.), *International Insolvency Law: Future Perspectives*. Nottingham/Paris: INSOL Europe, pp. 17-42.
- Čolović, V. 2011. Status stranog stečajnog postupka u nemačkom zakonodavstvu. U: Vasiljević, M. & Čolović, V. (ur.), *Uvod u pravo Nemačke*. Beograd: Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 524-541.

4. ČLANCI

Obavezni elementi koji se navode su: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. Naslov članka: podnaslov. *Naslov časopisa, oznaka sveske/godišta/volumena (broj)*, str. od-do. Ako je članak prihvaćen za objavljivanje ili je već objavljen sa DOI brojem, taj broj treba dodati u obliku linka: <https://doi.org/DOIbroj>.

Navodimo primere:

- Kostić, J. 2018. Investiranje društava za osiguranje na tržištu kapitala Republike Srbije. U: Petrović, Z. & Čolović, V. (ur.), *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje: zbornik radova sa XXI međunarodnog naučnog skupa*. Beograd/Valjevo: Institut za uporedno pravo, pp. 463-476.
- Gasmı, G., Prlja, D. & Jerotić, A. 2017. European leading legal principles of combating gender based violence: “Istanbul Convention”. U: Lilić, S. (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije: zbornik radova. Knj. 7*, (Biblioteka Zbornici). Beograd: Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, pp. 335-349.
- Đukić-Milosavljević, I. *et al.* 2017. Jedinice za podršku deci žrtvama i svedocima u krivičnom postupku – Domaće pravo i praksa. *Temida*, 20(1), pp. 45-64.
- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno na: <https://doi.org/10.5937/spz1803065V> (18. 1. 2019).

5. ČLANCI OBJAVLJENI U ELEKTRONSKOM ČASOPISU ILI ONLINE BAZI PODATAKA

Navode se sledeći podaci: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. Naslov rada: podnaslov. *Naslov časopisa* volumen/godište (broj). DOI broj, ako ga članak ima ili URL adresa elektronskog izdanja časopisa ili naziv *online* baze podataka (datum posete stranici). Odlučujući kriterijum za određeni način navođenja jeste kako korisnik najlakše može pronaći dokument koji ste citirali. Na primer, prethodno navedeni izvor u kome je naznačen link sa DOI brojem (Višekruna, A.) može biti citiran i na sledeće načine:

- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno na: <https://www.stranipravnizivot.rs/index.php/SPZ/article/view/686> (18. 1. 2019).

Ili:

- Višekruna, A. 2018. Ostvarivanje saradnje u stečajnim postupcima sa elementom inostranosti: primer protokola. *Strani pravni život*, 62(3), pp. 65-88. Dostupno u: SCIndeks.ceon.rs (18. 1. 2019).

6. ČLANCI, IZVEŠTAJI, RADOVI IZ ZBORNIKA DOSTUPNOG NA INTERNETU, KOJI IMAJU AUTORA

Članci koji su dostupni na internetu, sa poznatim autorom, ali nisu iz elektronskog časopisa, i različiti izveštaji navode se prema sledećem modelu: Prezime, inicijal(i) autora. (godina izdavanja). *Naslov: podnaslov*. Mesto izdavanja: izdavač ili organizacija odgovorna za održavanje stranice na internetu. URL: (datum posete stranici). Na primer:

- Mutavdžić Obradović D. 2015. *Odgovornost vlasnika odnosno držaoca psa za štetu koju je prouzrokovao drugom licu*. Beograd: Paragraf. Dostupno na: <https://www.paragraf.rs/> (18. 1. 2019).
- Lietonen, A. & Ollus, N. 2017. *The costs of assisting victims of trafficking in human beings: a pilot study of services provided in Latvia, Estonia, Lithuania, Report Series 87*. Helsinki: HEUNI. Dostupno na: https://www.heuni.fi/material/attachments/heuni/reports/HY3EXasQ3/HEUNI_Report_no.87.pdf (18. 1. 2019).

Podaci o radu iz zbornika čiji je sadržaj objavljen na internetu navode se na sledeći način: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov rada* (sa

nazivom časopisa i drugim podacima koji se zahtevaju za članak). URL: (datum posete stranici).

- Rabrenović, A. 2008. Razvoj službeničkog sistema federalne uprave SAD: od potrage za političkim plenom ka ostvarenju javnog interesa. U: Ćirić, J. (ur.), *Uvod u pravo SAD*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 49-70. Dostupno na: <http://iup.rs/wp-content/uploads/2017/10/Uvod-u-pravo-SAD.pdf> (18. 1. 2019).

7. ČLANAK DOSTUPAN NA INTERNETU KOJI NEMA NAZNAČENOG AUTORA

Osnovni podaci koje treba navesti su: Naslov rada, godina izdanja, URL ili naziv *online* baze podataka, (datum pristupa stranici). Na primer:

- *National Action Plan to combating corruption – Mongolia*. 2016. Dostupno na: <https://www.opengovpartnership.org/.../06-national-action-plan-combating-corruption> (18. 1. 2019).

8. SPISAK KORIŠĆENIH PRAVNIH IZVORA I IZVORA SUDSKE PRAKSE

Popisuju se nazivi zakona i drugih propisa korišćenih u radu, sa brojevima službenih glasila u kojima su objavljeni ili podacima o elektronskim izvorima sa kojih su preuzeti. U slučaju potrebe, razdvajaju se domaći od stranih propisa (u podnaslovima se navodi na koju se državu propisi odnose). Propisi se navode prema hijerarhiji citiranih pravnih akata (od Ustava, preko zakona do uredbi i pojedinačnih akata). Ako se navodi više akata iste pravne snage, koristi se abecedni red. Kada se navode akti Evropske unije, obavezno se navodi broj službenog glasnika u kome je propis objavljen i strana na kojoj se nalazi:

- Krivični zakonik RS 2005. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.
- Izmene KZ RS 2016. *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.
- OEG, 1985. Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten, od 7. januara 1985 (*BGBI. I S. 1*), sa poslednjom izmenom od 17. jula 2017 (*BGBI. I S. 2541*). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/oeg/> (18. 1. 2019).
- CC, 1804. Code civil, poslednja verzija od 25. decembra 2018. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (18. 1. 2019).
- CETS, 2011. Council of Europe, Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No.210) od 11. 5. 2011. godine. Dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (18. 1. 2011).

- EU Decision 2010. EU Commission Decision of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under document C(2010) 593 (Text with EEA relevance). *OJ L* 39, 12. 2. 2010, pp. 5-18.
- Rec 2011. Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care. Adopted by the Committee of Ministers on 16 November 2011.
- UNSC Resolution 1286, UN dok. S/RES/1286 (19 January 2000).

Izvori sudske prakse ili prakse drugih državnih organa se posebno navode. Praksa međunarodnih sudova ili tribunala navodi se uz korišćenje službenih skraćénica sudova, na primer: ICJ, PCIJ, ICTY, ICTR, ECHR, zatim se piše naziv predmeta, vrsta odluke, datum donošenja, publikacija u kojoj je odluka objavljena i strane na kojoj je objavljena.

Kod presuda međunarodnih krivičnih tribunala se nakon naziva predmeta navodi i sudsko veće (po potrebi i podaci koji se tiču izdvojenih sudskih mišljenja, ako se na njih pozivao autor u radu), dok se kod odluka Evropskog suda za ljudska prava navodi i broj predstavke. Sudska praksa Suda Evropske unije obavezno se navodi uz korišćenje evropske identifikacione oznake sudske prakse (*European Case Law Identifier – ECLI*).

Domaće i strane sudske presude, pravna shvatanja i slično, kao i presude međunarodnih sudova mogu se navoditi uz pozivanje na elektronske pravne baze iz kojih su preuzete (Paragraf Lex, Intermex, EUR-Lex, CURIA, Lexiweb.co.uk, Légifrance, HUDOC itd.).

Različite načine navođenja ilustruju sledeći primeri:

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.
- Odluka US, 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravilnika opštine Bečej iz 2013. godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik RS*, br. 68/2018.
- Cass. crim., 19 December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v Mahmood*, 2005 All ER (D) 251 (Apr). Dostupno na: <https://lexisweb.co.uk/cases/2005/april/godbald-v-mahmood> (18. 1. 2019).

- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015 (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Dostupno na : <https://eur-lex.europa.eu/> (18. 1. 2019).

Uredništvo stoji na raspolaganju autorima i za sva druga neophodna razjašnjenja (pitanja uputiti elektronskom poštom na adresu uredništva).

CIP - Каталогизacija y publikaciji
Народна библиотека Србије, Београд

34

STRANI pravni život = Foreign legal life / glavni
i odgovorni urednik Katarina Jovičić. - God. 1, br. 1
(1956)- . - Beograd : Institut za uporedno pravo, 1956-
(Beograd : Službeni glasnik). - 24 cm

Tromesečno. - Drugo izdanje na drugom medijumu:

Strani pravni život (Online) = ISSN 2620-1127

ISSN 0039-2138 = Strani pravni život

COBISS.SR-ID 86244103

