

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

UNIFIKACIJA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST

Zbornik radova 33. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović

Radovi za nagradu
“Profesor Slobodan Perović”



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

Beograd, 2020. | Tom IV

KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA – SLOBODAN PEROVIĆ
KOPAONIK SCHOOL OF NATURAL LAW – SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris Naturalis Copaonici
Trideset treći susret
33rd Meeting

**UNIFIKACIJA PRAVA
I PRAVNA SIGURNOST
UNIFICATION OF LAW
AND LEGAL CERTAINTY**

Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava
– Slobodan Perović
Proceedings of the 33rd Meeting of Kopaonik School of Natural Law
– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Beograd, 23. decembar 2020
Belgrade, 23 December 2020

Tom IV/Volume IV

RADOVI ZA NAGRADU “PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ”
PAPERS FOR THE “PROFESSOR SLOBODAN PEROVIĆ” AWARD



Beograd, 2020

UNIFIKACIJA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST
UNIFICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY

Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 33rd Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 23. decembar 2020.

International Scientific Conference, 23 December 2020

Izdavač/Publisher

Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović

Krunska 74, Beograd

E-Mail: office@kopaonickaskola.rs

www.kopaonikschool.org

Glavni i odgovorni urednik/Editor-in-Chief

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović

President of the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Sekretar/Secretary

Andrea Nikolić

Uređivački odbor/Editorial Board

prof. dr Miroslav Đorđević, prof. dr Đorđe Đorđević, dr Hajrija Mujović, mr Gordana Petković, prof. dr Edita Kastratović, dr Božidar Otašević, prof. dr Milan Škulić, prof. dr Olga Cvejić-Jančić, prof. dr Dragoljub Kavran, prof. dr Dobrosav Milovanović, prof. dr Zoran Lončar, dr Christa Jessel-Holst, prof. dr Dragor Hiber, akademik prof. dr Zoran Rašović, prof. dr Nikola Mojović, Ljubica Milutinović, prof. dr Gordana Ilić-Popov, akademik prof. dr Mirko Vasiljević, dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Jasminka Obućina, prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, dr Thomas Meyer, dr Nataša Hadžimanović, akademik prof. dr Vitomir Popović, prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Dimitrije Milić, prof. dr Sanja Danković Stepanović, prof. dr Gordana Stanković, prof. dr Nebojša Šarkić, prof. dr Rodoljub Etinski, akademik prof. dr Radovan Vukadinović, prof. dr Gordana Vukadinović, prof. dr Saša Bovan, prof. dr Vladan Petrov.

Međunarodni naučni odbor/International Scientific Committee

Xavier Blanc-Jouvan (profesor emeritus, *Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, Francuska), akademik prof. dr Rajko Kuzmanović (predsednik Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Bosna i Hercegovina), dr Christa Jessel-Holst (Max Planck Institut za uporedno i međunarodno privatno pravo, Hamburg, Nemačka), prof. dr Francesca Fiorentini (Univerzitet u Trstu, Italija), akademik prof. dr Zoran Rašović (Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Crna Gora), akademik prof. dr Vlado Kambovski (Makedonska akademija nauka i umjetnosti, Severna Makedonija), dr Aleksandra Maganić (Pravni fakultet Univerziteta u Zagrebu, Hrvatska), dr Mateja Đurović (*King's College London*, Velika Britanija).

Kompjuterska obrada/Pre-print

Javorina Beker

Dizajn korica/Cover design

Uroš Živković

Tiraž/Number of Copies:300

Štampa/Print

FUTURA, Novi Sad

ISBN-978-86-903009-7-6 (serija) / ISBN-978-86-81956-01-4

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. Recenzije i spisak recenzenata dostupni su u arhivi Kopaoničke škole prirodnog prava. Ocene iznesene u člancima objavljenim u ovom Zborniku lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju stavove uredništva ni institucija u kojima su autori zaposleni.

RADOVI ZA NAGRADU “PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ”

U čast svog Osnivača, akademika prof. dr Slobodana Perovića, Kopaonička škola je 2019. godine ustanovila Nagradu “Profesor Slobodan Perović” za tri najbolja rada mladih učesnika Škole. Nagrade za najbolje prošlogodišnje radove uručene su dobitnicima na svečanom otvaranju 32. Susreta Kopaoničke škole, 13. decembra 2019. godine.

Ove godine, Kopaonička škola je po drugi put raspisala konkurs za Nagradu “Profesor Slobodan Perović” na temu “UNIFIKACIJA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST”.

Stručni žiri za ocenu radova činili su: predsednik: Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović i članovi: Akademik prof. dr Rajko Kuzmanović, predsednik Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Akademik prof. dr Vlado Kambovski, Makedonska Akademija nauka i umetnosti, Akademik prof. dr Zoran Rašović, Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Prof. dr Gordana Vukadinović, Univerzitet u Novom Sadu, Prof. dr Nikola Mojović, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Prof. dr Nataša Delić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Gđa Ljubica Tomić, advokat iz Beograda, Dr Thomas Meyer, rukovodilac programa GIZ, Nemačka.

Na konkurs se javilo jedanaest autora iz Srbije i inostranstva – mladih pravnika, studenata master i doktorskih studija pravnih fakulteta, koji su, u okviru opšte teme predviđene konkursom, svoje radove posvetili pitanjima iz različitih oblasti prava. Sa stanovišta Heksagona Kopaoničke škole prirodnog prava, oni se mogu rasporediti u pravne discipline okupljene oko šest stubova opšte civilizacije – Život, Sloboda, Imovina, Intelktualna tvorevina, Pravda i Pravna država.

Nakon ocene svih dostavljenih radova, stručni žiri izdvojio je tri rada kao najbolja u okviru opšte teme i uslova predviđenih konkursom. Autori ovih radova dobitnici su ovogodišnje Nagrade “Profesor Slobodan Perović”.

Ovo izdanje Zbornika “Unifikacija prava i pravna sigurnost” Kopaoničke škole prirodnog prava posvećeno je radovima za ovogodišnju Nagradu “Profesor Slobodan Perović”. U njemu publikujemo radove dostavljene na osnovu konkursa

za Nagradu. Na prvom mestu objavljeni su radovi autora dobitnika prve, druge i treće Nagrade, nakon čega slede ostali radovi raspoređeni prema katedrama Kopaoničke škole prirodnog prava.

Ovo specijalno i po svemu posebno izdanje, uručujemo učesnicima Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović i široj pravničkoj javnosti u čast Osnivača Kopaoničke škole prirodnog prava, akademika Profesora Slobodana Perovića.

Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić
Predsednik Kopaoničke škole
prirodnog prava – Slobodan Perović

PRVA NAGRADA
“PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ”

ANDREJA MIHAILOVIĆ

EVOLUCIJA PRAVA NA MOREUZU IZMEĐU SCILE PROVINCIJALIZMA I HARIBDE PRAVNE NESIGURNOSTI

Polazeći od prostorne i vremenske limitiranosti pozitivnog prava, dolazi do izražaja sva njegova nesavršenost, varijabilnost i nedovršenost. Naročito minuli XX vijek je u poslednjim decenijama svog iščezavanja, živio u nepodnošljivoj klimi ignorisanja vladavine prava i još nepodnošljivijoj plimi pravne nesigurnosti. Na tom međuprostoru nasilja i saglasja, uspona i zatišja kosmopolitskih tendencija, pozitivno pravo često je pokazivalo nedostatak etičkih kapaciteta koji mogu da inspirišu snažne evolutivne procese. Tako je prirodno pravo nebrojeno puta, poput mesije, pružalo izlaz iz lavirinta hladne aritmetike pozitivnog prava, dokazavši da nije pospana vizija, već trajna mjera svjetskog poretka. Kako to slikovito opisuje lord Brjus “ono što je gotovo dvije hiljade godina bilo bezopasna maksima i gotovo opšte mjesto morala, u jednom trenutku pretvorilo se u dinamit koji je skrhao jednu staru monarhiju i uzdrmao evropski kontinet”. Racionalno prirodno pravo kao kohezioni faktor miroljubivih integracija pretočenih u manifeste ljudskih prava, još jednom je skinulo prašinu sa spomenika starog vijeka i udahnulo svježinu antičkim vrijednostima, poslavši čovječanstvu moćnu poruku – da se nijedna revolucija ne može dogoditi bez prethodne evolucije.

Ključne reči: prirodno pravo, evolucija, pozitivno pravo, ljudska prava, miroljubive integracije

Dr Andreja Mihailović, saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore,
e-mail: deamihailovic@gmail.com.

“Kada umni deo čovečanstva savlada pakao razdora i nesloge i kada nas oslobodi svih agresija na naše prirodno pravo na život i slobodu, jutro novog dana doneće nam pravedniji univerzum prava.

A dotle, do tog jutra, do tog kulturnog čina, neka jačaju sve međunarodne integracije koje nose epitet miroljubivih integracija, neka jača naša matica savesti, kultura razuma i vrlina pravde, svuda i na svakom mestu.”¹

Prof. dr Slobodan Perović

U V O D

Ne može biti plod slučajnosti što je neponovljivi korifej pravničke misli i tvorac Partenona prirodnog prava baš ovim riječima zaključio jednu od svojih maestralnih besjeda posvećenu odnosu prirodnog prava i miroljubivih integracija. Još manje može biti slučajna, kao što u djelima onih koji su stvoreni da vječno žive ništa nije slučajno, izbor epiteta “miroljubiv” jer su upravo mir i ljubav stožerne tačke čiji koneksitet produkuje takvu gravitacionu snagu koja sve različitosti svodi na zajednički imenitelj. A taj zajednički imenitelj će se upravo kao ona kaplja pravde sa Kopaoničkog vrha kojoj profesor Perović virtuosno zapovijeda “uliti u rijeku dostojanstvenog života koji čini deo sveukupnosti prirodne i socijalne pravde”.²

Iz tog razloga samo miroljubive integracije se mogu smatrati evolutivnim procesom zaštićenim od svake prolaznosti, poput svog najdoslednijeg zagovornika koji nije samo analizirao, već stvarao vrijednosti pravednog prava. Zato profesoru Peroviću, sa pravom treba dodijeliti titulu sveštenika pravde, poput one koju je Ulpijan dodijeljivao rimskim pravnicima klasičnog doba jer je “propovijedajući upoznavanje dobrog i pravične srazmjere kojom se pravedno odvađa od nepravednog... njegovao istinsku pravdu, a ne njen verbalni privid”.³

UNIVERZALIZAM PRIRODNOG PRAVA – RENESANSA UMNOSTI

Društvena zajednica i njene ustanove u određenom trenutku su zbir otisaka minulih iskustava, dodira sadašnjih vrijednovanja i nadražaja budućih pred-

¹ Slobodan Perović, “Prirodno pravo i miroljubive integracije”, *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2009, navedeno prema: Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 729.

² *Ibidem*.

³ Ulpianus, *Digeste, De justitia et jure*, 1.1.1.

stava. Vremenska slojevitost predočava da je svako, pa i naše, društvo potpoljeno u različite dubine, od kojih svaka ima svoju strukturu, zakonitosti i unutrašnju "logiku". S tim u vezi, *George Santayana* opominje da je "društvo koje ignoriše svoju prošlost, osuđeno da je ponovo proživi".⁴ Stoga, svaki pokušaj odgonetanja uzroka rađanja nekog društvenog koncepta iziskuje zaron u prošlost i zahvat dublji od pojavnog i širi od događajnog. To je onaj pristup koji nastoji da otkrije dublji ritam stvarnosti i sazna pojave kroz postupna uobličavanja socijalnih struja, čiji su rokovi znatno duži, a promjene mnogo sporije.⁵ Na tom tragu se uobličavao i jusnaturalizam, kao najstarija filozofska tradicija, sa svojom dvomilenijumskom postojanošću. Začet u antici, sa visina na kojim stoluje u filozofskoj, političkoj i pravnoj misli, pronosi ideju harmonije kao racionalnog poretka i opominje na nužnost pravednog prava sve do današnjih dana.⁶

Imajući ovo u vidu, zaronićemo u V vijek p.n.e, kada u društvenoj klimi vođenoj vjetrovima sofista, demokratija doživljava svoj procvat, a prirodnopravna teorija svoj osvit. Naime, suština kulturnog ambijenta, pod čijim su se okriljem rodile u Atini, kako demokratske ideje sa odgovarajućim političkim institucijama, tako i filozofska misao sofista, jeste neograničeno povjerenje u razum. Tom zahtjevu sofisti žrtvuju svoju apsolutnost i univerzalnost, zauzimajući relativistički stav sa osjetno utilitarističkim prizvukom, kako na planu saznanja, tako i na moralnom planu: istina i dobro su takvi u mjeri u kojoj su to za čovjeka kao jedinku, prema čuvenoj izreci Protagore, jednog od najvećih sofista: "čovjek je mjera svih stvari".⁷

Već ovdje se uočavaju tri velika meandra koji razdvajaju ono što prirodnopravna doktrina spaja i na kojima će se svoditi sve njene teorije u vjekovima koji slijede: *voluntaristički jusnaturalizam* – koji tvrdi da je pravedan zakon, apsolutno valjan i iznad pozitivnih ljudskih zakona, jer ga nameće volja koja je iznad ljudske volje; *naturalistički jusnaturalizam* – po kojem je zakon prirode nagon zajednički svim životinjama (time i čovjeku) i *racionalistički jusnaturalizam*, svojstven humanističkim orijentacijama, koji zauzimaju stanovište da je zakon prirodan jer ga je donio razum, a upravo on predstavlja suštinu ljudske prirode.

U Platonovom dijalogu "Gorgija", sofista Kalikle tvrdi da su pozitivni zakoni djelo slabih koji su se ujedinili. Kalikle žali zbog te činjenice, jer se ona protivi

⁴ George Santayana, *Reason in Common Sense: The Life of Reason*, New York, 1981, 38.

⁵ Dragan Vukčević, "Razmeđa svjetova: Prilog istoriji našeg mentaliteta", *Republika*, br. 173, 1998.

⁶ Andreja Mihailović, "Jusnaturalizam vs. Juspozitivizam", *Pravni zbornik – časopis za pravnu teoriju i praksu*, br. 1, 2016, 178.

⁷ Hermann Alexander Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin, 1956, 80.

pravu *prirode*: “priroda otkriva”, kaže, “da je pravedno da bolji ima više od goreg, a sposobniji od manje sposobnog”. Tako je i među životinjama i među državama: “da važi princip da je pravedno da jači vlada nad slabim i ako ih ima više”.⁸ Zato pozitivni zakoni jesu, kao što je i rečeno, pošto su djelo slabih da bi se poništila prirodna superiornost jačih, suprotni prirodi i nepravedni.⁹ Sa ovim se slaže i Heraklit kada kaže: “da ne postoji nepravda, ne bi znali ni za ime pravde”.

U tom pogledu, pozitivni zakoni su bili na meti kritika sofista, baš zbog njihove nesaglasnosti sa “pravednim po prirodi”. Ako pođemo od stava da su zakonske norme posljedica slučaja, a prirodne nužnost, treba postaviti pitanje koja je to podnošljiva mjera pravde, odnosno nepravde, koju može sadržavati i ispoljavati konkretno pozitivno pravo. Još konkretnije – pokornost nepravednom zakonu ili odziv pravdi i savjesti?¹⁰

Dilema je stara, ali uvijek živa. To je bilo Sokratovo pitanje koji je bolje prošao pred sudom istorije nego pred sudom atinske demokratije. U suštini, to je pitanje građanske neposlušnosti protiv nepravednih zakona.¹¹ To pitanje obuzelo je i njegovog učenika – Platona, koji je učinio nekoliko pokušaja odgonetanja.¹² Najmarkantniji od njih ogledao se u njegovoj kreaciji idealne države, kao instrumenta za proučavanje pravde podesnijeg od pojedinca, budući da su u državi “riječ pišane krupnijim slovima i na većem prostoru”.¹³ Tako se kod Platona problem pravde stapa sa političkim problemom u mjeri u kojoj je politika etičko pitanje. U suštini Platon, iako aristokrata i pun divljenja za Spartu, zgađen atinskom demokratijom koja je bila u stanju da osudi jednog Sokrata, ne traži uzor za svoju državu u oblicima koje je dala istorija.¹⁴ Njegova savršena država u “Državi” poznaje samo dobro i ostvaruje vrlinu – pravdu i kao takva, u svom skladu perfektne forme, nema potrebu za prinudom i formalnom strogošću pravnih normi.

⁸ Moguće da je Kalikle izmišljena ličnost ili pseudonim, ali u svakom slučaju on iznosi stavove sofistike. Platon, *Gorgija*, Beograd, 1968, 38–39.

⁹ Guido Fasso, *Storia della filosofia del diritto*, Podgorica, 2007, 27–30.

¹⁰ Slobodan Perović, “Kultura zakonitosti i prirodno pravo”, *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 1998, navedeno prema: S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 178.

¹¹ Slobodan Perović, “Moć prirodnog prava”, *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2000, navedeno prema: S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 240.

¹² “U njemu se vidi čovjek koji je svoja moralna uvjerenja stavljao ispred svega drugog, pa i iznad naredbi državne vlasti i koji je više volio biti osuđen na smrt nego li se ogriješiti o sopstvenu savjest. Ustajući protiv državne svemoći u ime moralne autonomije pojedinca, on je postavio pitanje o odnosu između politike i morala i od kako ga je postavio, ono još uvijek stoji otvoreno.” Slobodan Jovanović, *Iz istorije političkih doktrina*, Beograd, 1990, 15–17.

¹³ Platon, *Država*, I, Beograd, 2013, 331 e–336 a.

¹⁴ G. Fasso, op. cit., 48.

Međutim, Platonov brod iluzija razbio se o oporu realnost i naknadno stečeno iskustvo, što ga je navelo da u svojim kasnijim djelima napusti najutopističnije ideje iznijete u “Državi”¹⁵ kroz uvid da je njegov ideal – savršena forma nedokučiva ovom svijetu. Kako on kaže: nju bi mogao da dosegne samo neko ko je “umjetnik vladanja”, a pošto se savršeni vladar ne rađa u ljudskom društvu “kao što se među pčelama rađa matica”, treba se zadovoljiti “nalaženjem tragova” idealne države, pišući zakone kojih vladari moraju da se pridržavaju. Sljedstveno tome, Platon kao ključni kriterijum razlikovanja dobrih od loših vladavina, određuje suverenost zakona nasuprot suverenosti vlasti.¹⁶

Tako jedan od najvećih mislilaca renesanse, Đordano Bruno, precizno postavlja zakon kao instrument harmonije zajedničkog života koji prinudom ostvaruje moralnost među onima koji to ne čine spontano¹⁷, a do sličnog rezultata, iako sa druge polazne osnove, dolazi i Nikolo Makijaveli, po mnogima najveći politički genije i “Galilej Renesanse”.¹⁸ Prožet antrolopoškim pesimizmom, u problemima vidi cijenu progressa i upravo disharmoniju smatra ishodištem dobrih zakona.

Po njemu, dobri zakoni su posljedica “nereda koje mnogi nesmotreno osuđuju”; klasna disharmonija ne dovodi do nasilja, već do pozitivnih zakona i uredbi za “dobrobit javne slobode”. U istom tonu, političke preporuke koje daje budućem vladaocu, izražene su hipotetičkim imperativima, koji ne definišu ciljeve, već samo određuju sredstva pogodna za njihovo ostvarenje: “Ako stvari postavimo čisto formalno, onda su u politici sva efikasna sredstva dozvoljena ma koliko bila represivna, nasilna, bizarna ili moralno odbojna. Sve što ide u prilog uvećanju moći i uspješnoj vladavini istovremeno je moralno poželjno ili bar dopustivo”.¹⁹ U tom kontekstu, Makijaveli pravo svodi na (jedan od mnogih i to najmanje djelotvornih) piona u igri moći i sebičnih interesa za postizanje vladaočevih ciljeva: “postoje dva načina borbe – jedan zakonom, a drugi silom. Prvi je svojstven čovjeku, a drugi životinjama, ali kako često prvi nije dovoljan, treba pribjeći i onom drugom”.²⁰ Samim tim, po Makijaveliju, ne postoji prirodna osnova pravednosti

¹⁵ Jedna od tih ideja bila je isključivo obrazovanje intelektualne i moralne elite, budući da će njima pripasti apsolutna vlast. Platon, naknadno uviđa da je za realizaciju dobre države neophodno obrazovanje cjelokupnog stanovništva i taj zadatak prepušta zakonima.

¹⁶ Platon, *Državnik*, Beograd, 2008, 39–41.

¹⁷ Giordano Bruno, *Spaccio de la bestia trionfante*, I, Bari, 1908, 58–81.

¹⁸ Ernst Kasirer, *Mit o državi*, Beograd, 1972, 140.

¹⁹ Igor Živanović, “Platon, Makijaveli i makijavelizam”, *Filozofija i društvo*, br. 3, Beograd, 2011, 48–58.

²⁰ Niccolo Machiavelli, *Izabrano djelo*, Zagreb, 1985, 77.

jer ono što određuje ispravni pravac djelatnosti je nužda, a ne moralni princip: "Ljudi čine dobra djela iz nužde, ali čim im se pruži sloboda odlučivanja te se uz-mognu raspojasati, odmah posvuda nastanu neredi i poremećaji".²¹ Iz tog razlo-ga, građansko društvo ne samo da ne može biti pravedno, nego ne može čak ni da pretenduje na to. *Zakornitost se temelji na nezakornitosti*, a svaki društveni ili mor-alni poredak uspostavljen je pomoću moralno sumnjivih metoda.²²

PROVINCIJALIZAM POZITIVNOG PRAVA

Posmatrano kroz kaleidoskop vremena evidentna je nerezistentnost pozi-tivnog prava, kao vjerne refleksije društvene stvarnosti, na kulturnu evoluciju, ambijentalne karakteristike, istorijske uslove i kontekstualne različitosti.

Duboko utopljeno u život, pozitivno pravo je vezano, ne samo za relativ-nost prostora, već prije svega, za relativnost vremena. Ono je iskovano ljudskim konvencijama (ugovorima, zakonima, ustavima, uredbama, rezlucijama, deklara-cijama) pa su tako regule pozitivnog prava prostorno i vremenski relativne, a di-namikom apsolutne. One traju onoliko koliko traje organizovana volja koja ih je donijela, te je zato pozitivno pravo ne samo *nesavršeno*, nego uvijek i *nezavršeno*, što za sobom povlači stalnu potrebu njegovog prilagođavanja zahtjevima društve-nog fakta u vidu nepreglednih izmjena i dopuna, bilo da je riječ o evolutivnom ili revolucionarnom preobražaju pravnog sistema.²³ Zato u svom zadatku pratio-ca društvenog života, pozitivno pravo nikada nije i ne može biti stanje aritmetički raspoređenih statičkih pravila, već proces čija je arhitektura u permanentom ra-zvoju, a stalne modifikacije i reforme pozitivnog prava imanentan atribut.

Teritorijalne i temporalne koordinate uslovile su da se okean pozitivnog prava viševjekovno razliva u pet velikih i ponekad nepomirljivo suprostavlje-nih pravnih sistema ili porodica prava. Pravna komparativistika je iznjedrila više različitih tipologija tzv. velikih pravnih sistema, od kojih najširu primjenu uživa klasifikacija na: evropsko-kontinentalni pravni sistem, anglosaksonski (anglo-američki) sistem prava,²⁴ šerijatsko pravo (islamska religija), kao i pravne sisteme dalekog istoka – indijsko i kinesko pravo.

²¹ *Ibidem*, 202.

²² Leo Strauss, *Prirodno pravo i istorija*, Beograd, 1998, 135.

²³ Slobodan Perović, "Vremenske dimenzije pozitivnog i prirodnog prava", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2010, navedeno prema: S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 738.

²⁴ Šezdeset odsto svjetske populacije živi u kontinentalnom pravnom sistemu i on se tradi-cionalno primjenjuje na velikoj teritoriji van Evrope: u većem dijelu Azije (Kina, Japan, Južna Ko-reja, Filipini, Indonezija, Tajvan), kao i u najvećem dijelu Afrike i Bliskog istoka. Anglosaksonsko

Svodni imenitelj svih tih klasifikacija je lokalizam pozitivnog prava, ali i njegovo svojstvo prostiranja na šire geografske prostore. Od istorije i praistorije pravo ima neodoljivu potrebu da se širi, da umnožava svoje kapilare, da osvaja neku prostorno vremensku dimenziju, da "zaviri" preko neke rijeke ili planine, iza neke prirodne ili državne granice. I tako sve do nekog univerzuma, do nekog pravničkog neba koje nas pokriva zajedničkim razlikama koje u sintezi dovode do onih pravničkih svodova koje nazivamo konvencijama, deklaracijama ili unifikacijama, tačnije, do mostova koji spajaju razdvojene narode pa i čitave civilizacije.²⁵

Kada je reč o skali razdvajanja različitih familija prava, ali i tačkama vezivanja, posebno sa stanovišta geografsko prostornog važenja, nastaje suštinsko pitanje: kult provincijalizma prava ili kultura univerzuma prava.²⁶ Polazeći od aksioma da su geografske i istorijske determinante provincijalizma – varijabilna slučajnost, dok je prirodni zakon univerzuma – neumoljiva nužnost, tada odgovor na postavljeno pitanje postaje nedvosmislen jer partikularizam uvijek gubi rat od strane univerzalnih vrijednosti.

UNIFIKACIJA – HARMONIJA RAZLIČITOSTI

Kao što je boginja sklada Harmonija rođena iz kontrasta boga rata Aresa i boginje ljubavi Afrodite, tako je iz nje rođena tolerancija, kao potvrda plodnosti kontrasta različitosti. Kao sposobnost duhovnog punoljetstva i ustanova demokratske kulture jasno potvrđuje imperativ razuma da niko nema pravo da sebe stavlja iznad drugog i da prigrabljenom silom, pluralizam života pretvara u monizam svoje vlasti i uprave.²⁷ Jer evolucija društva je jedino i moguća u harmoniji pluralizma, a nikako u dogmatskoj netoleranciji jednoulmlja.

Zato, ako se ukine razlika između mišljenja koja su istinita samo za neku posebnu zajednicu i mišljenja koja su istinita za univerzalnu (pretpostavljenu, idealnu) zajednicu, onda se ne može objasniti napredak u postizanju racionalnosti i humanosti čovječanstva. Nestanku nade zapadnog čovjeka svakako je dopriao i tzv. naučni pogled na svijet koji govori o tome kakav svijet jeste i čuti o tome

pravo primjenjuje se u SAD (sa izuzetkom Luizijane), Kanadi (sa izuzetkom Kvebeka), Australiji, nekim afričkim zemljama, Indiji i dijelu Bliskog istoka, a u Evropi samo u Velikoj Britaniji i Irskoj.

²⁵ Slobodan Perović, "Prirodno pravo i miroljubive integracije", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2009, navedeno prema: S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 693.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Slobodan Perović, "Prirodno pravo i stvarnost", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2018, navedeno prema: S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 1067.

kakav bi trebalo da bude.²⁸ Zato svaki različit stav, treba doživjeti kao priliku i poziv na razvoj naprednijeg pogleda na svijet, a ne samo kao opomenu da su na pomolu novi društveni sukobi. Takav razvoj i širenje spoznajnog horizonta mora, po logici stvari, težiti ka sveopštem razumijevanju zasnovanom na sveopštim vrijednostima. Dvije suprostavljene grupe moguće je izmiriti i privoljeti na saradnju samo ako obje uvide jedan viši i zajednički cilj koji je ostvariv samo ako udruže snage, to jeste do koga nijedna grupa ne može stići vlastitim snagama. Taj cilj svojom vrijednosnom strukturom nadilazi uske grupne interese, sačuvavši ih u sebi, prevladane i savladane, to jeste podobne za dalji razvoj.²⁹ A ta vrijednosna struktura je upravo oličena u Heksagonu prirodnog prava, danas poznatog na širim meridijanima pravničkog svijeta, kao: pravo na život, slobodu, svojinu, intelektualnu kulturu, pravdu i pravnu državu.³⁰

Trajnost i univerzalnost tih vrijednosti čini da se one nikada ne umanjuju kada se dijele, već se upravo putem razmjene umnožavaju i stasavaju. U plodnoj duhovnoj igri ne važe ekonomska načela raspodjele dobara zato što duh ima svoja vlastita mjerila raspodjele vrijednosti.

Nijedna društvena grupa, baš zato što je grupa, ne može računati sa cjelovitim pogledom na svijet, iz čega slijedi da je primorana da svoj pogled na svijet obogaćuje iskustvima drugih. Svaki zatvoren sistem (ličnost, kultura, društvo) po inerciji teži raspadanju. To su sistemi bez budućnosti, jer u sebi ne podnose ništa drugačije, novo ili moguće – nemaju ugrađen mehanizam razvoja na osnovu bogatih protivrječja. Svaki sistem ideja i vjerovanja teži da preoblikuje duh čovjeka prema sistemima vrijednostima koja u njemu važe. I pošto to trajno ne uspijeva nijednom sistemu baš zato što ih ima više, ljudska zajednica mora uvijek ostati otvorena jer ne može postojati jednostrana dogma koja može da pokrije svu mnogostranost iskustva svijeta.

Jer ako svako ljudsko biće ima prirodno pravo na život, onda je tolerancija od strane drugog logična posljedica tog prirodnog prava. Na isti način, ako svako ljudsko biće ne može da živi bez drugih ljudskih bića, onda je logično da je tolerancija posljedica društvenog suživota i njegov uslov.³¹ Taj logički silogizam uočio je još i Epikur ističući da “pravda ne postoji sama po sebi, već figurira isključivo u međusobnom ljudskom saobraćaju, poput nekog dogovora da se šteta ne nanosi i ne trpi”. Zato je savršenost prirodnog prava moćna brana svakoj dogmatskoj

²⁸ Đuro Šušnjić, *Dijalog i tolerancija*, Beograd, 2007, 90.

²⁹ *Ibidem*, 88.

³⁰ Slobodan Perović, “Moć prirodnog prava”, *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2000, navedeno prema: S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 231.

³¹ Đ. Šušnjić, op. cit., 205.

jednostranosti jer cjelina prirodnog prava na svom horizontu ne poznaje nikakve podjele, već utvrđuje sva prirodna prava čoveka kao univerzalna, nesamovoljna, stalna i apriorno umna i pravedna.³² Upravo zato je i tolerancija *conditio sine qua non* napretka kroz odbacivanje iluzije samodovoljnosti i potvrdu neprolazne istine – potrebni su nam drugi da bi razvijali sebe.

KANTOVA IDEJA KOSMOPOLITSKOG PRAVA

Globalizacija, kao nedvosmisleni zahtjev današnjeg legislativnog trenutka uzrokovala je da se pravni sistemi više ne poklapaju sa geografskim granicama, čime je savremeni univerzum prava u mnogim oblastima izložen manjem stepenu diverziteta u odnosu na protekle vjekove. U duhu tolerancije i inteziviranja razvoja, putevima unifikacije i harmonizacije, pravni sistemi se sve češće prepliću u razmjeni prednosti i odbacivanju nedostataka. Razlog tome leži u činjenici da je globalizacija današnjice i pravu nametnula pretenziju ka univerzalnošću. U tom pogledu, možemo govoriti o pravnoj evoluciji slično Darwinovoj teoriji prirodne selekcije. Prema ovoj teoriji samo najsposobnija jedinka ima kapacitet da opstane, dok će one manje sposobne biti eliminisane prirodnom selekcijom. Ista logika se može prenijeti na pravne institute, budući da pravni sistemi većine država nastoje da usvoje i zadrže samo najkvalitetnija legislativna rješenja, što dalje ima za posljedicu njihova sve češća preuzimanja u druge sisteme, da bi na kraju dobila i univerzalni karakter.³³ Toj pravnoj evoluciji brojne međunarodne konvencije zadjenula su normativno ruho, što je naročito ilustrovano na evropskom tlu. Kako to znalački konstatuje profesor Perović: “jer na evropskom kontinentu ljubav ka znanju nije se nikada zaustavljala na kazuistici i prostoj empiriji, već na uopštavanju sile života i njegove svekolike različitosti, a to je, bez sumnje, viši stepen intelektualne kulture. Zato, filozofskoj Evropi nije danas potreban nikakav učitelj jer ga je ona imala još u Antičkoj osnovnoj školi”³⁴

Iz tog razloga je Evropa tako revnosno ne samo prihvatila, već i inicirala mnoge zahtjeve globalizacije, uviđajući potrebe nacionalnih zajednica da svoj izvorni provincijalizam prevaziđu idejom harmonizacije i unifikacije prava sa utemeljenjem u umnosti prava i apriornoj prirodi pravne nauke. Na tim teme-

³² Slobodan Perović, “Budućnost prirodnog prava”, *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2007, navedeno prema: S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 583.

³³ Andreja Mihailović, “Trijumfalni marš pravne transplantacije na polju kompanijskog prava”, *Pravni zbornik – časopis za pravnu teoriju i praksu*, br. 1, 2020, 327.

³⁴ S. Perović, “Budućnost prirodnog prava”, op. cit., 599.

ljima je i veliki njemački filozof Imanuel Kant, kojem pripada istorijska zasluga za modernu ideju kosmopolitskog prava, konstituisao svoju viziju “vječnog mira”.

Po Kantu, za postizanje te vizije neophodno je “etičko sazrijevanje ljudskog roda”. Jer “ista ona nedruštvenost ljudi koja ih je prisilila da se ujedine u zakonit građanski poredak i da u njemu razvijaju svoje prirodne obdarenosti, djeluje i između država, primoravajući ih da izađu iz nespasonosnog stanja međusobne ratne ugroženosti i nesigurnosti, te da na principima federalizma, organizuju svjetski građanski poredak kao kosmopolitsku zajednicu čovječanstva”.³⁵ Zaključak se sam nameće – “ako su državno i međunarodno pravo osnova javnog prava, kosmopolitsko pravo je, zaokrugljujući ga, njegova kruna”.³⁶ Zato Kant kosmopolitsko pravo opisuje riječima: “Ta umna ideja jedne *mirne*, mada još ne prijateljske opšte zajednice svih naroda na svijetu koji međusobno mogu doći u djelatne odnose, nije recimo filantropska (etička), nego je *pravni* princip. Priroda ih je sve zajedno (pomoću oblika kugle njihovog boravišta, kao *globus terraques*) zatvorila u određene granice, a pošto se posjed tla na kojem može da živi stanovnik Zemlje može uvek zamisliti kao posjed jednog dijela neke određene cjeline, to svi narodi imaju pravo da se u opštem odnosu jednoga prema svima drugima *nude* za međusobni *saobraćaj*. To pravo, ukoliko se odnosi na moguće ujedinjenje svih naroda u svrhu izvjesnih opštih zakona njihovog mogućeg saobraćaja, može se nazvati kosmopolitskim (*ius cosmopoliticum*)”.³⁷

Ipak, kao što mnoge kvalitetne ideje dolaze u blizinu svog cilja iskrivljene, tako je i sa idejom kosmopolitskog prava, zbog čega je stekla brojne oponente. U tom pogledu, za kosmopolitizam je upravo značajan Rim, za kojeg se nerijetko ističe da je upravo “preko svog prava osvojio one provincije koje je izgubio na bojnopolju”.³⁸ Kao poredak građen je na temelju prihvatanja raznolikosti, što je bila neminovnost imperijalističkih težnji, Rimsko carstvo je vrlo ilustrativan primjer kako jedna ista ideja može biti upotrijebljena u različite svrhe i umjesto uzvišenog ideala postati instrument legitimacije poretka. Posmatrano kroz tu vizuru, kosmopolitizam i nije ideal, već ideologija osvajanja, te zato mnogi teore-

³⁵ Immanuel Kant, *Um i sloboda: Ideja opšte istorije usmjerene ka stvaranju svjetskog građanskog poretka*, Beograd, 1974, 65.

³⁶ Danilo Basta, *Vječni mir i carstvo slobode: Svjetlost i senke Kantove metafizike prava*, Beograd, 2001, 95.

³⁷ I. Kant, op. cit., 153; Snežana Miladinović, “Procesi harmonizacije i unifikacije prava kao etape na putu ostvarenja Kantove ideje kosmopolitskog prava”, *Glasnik prava Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu*, br. 1, 2012, <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/711.htm> (datum pristupanja: 28.08.2020).

³⁸ Alessandro Passerin d’Entreves, *Natural law: An Introduction to Legal Philosophy*, Podgorica, 2001, 24.

tičari današnjice Rimsko carstvo vide kao najočitiji primer degeneracije kosmopolitskih ideala i njihovu instrumentalizaciju za nametanje sopstvenih interesa. Teoretičar Kostas Duzinas na tom tragu primećuje da “kosmopolitizam počinje kao moralni univerzalizam, ali se često degeneriše u imperijalni globalizam”.³⁹ Istu kritiku kosmopolitizma nalazimo i kod Marksa, po kome je kosmopolitizam ideološka refleksija kapitalističke klase da svoju moć proširi na svjetski nivo. Na ovim osnovama uglavnom počivaju sva savremena kritička shvatanja kosmopolitskih ideja, koja ih tretiraju kao ideologiju zapadnih sila ili vladajuće neoliberalne elite. Ipak, najoštrija kritika kosmopolitizma dolazi iz redova onih koji ga etiketiraju nedostižnom utopijom iz razloga što plemeniti pokušaji doseganja šireg moralnog konsenzusa u praksi često ishoduje u atak jednostranog nametanja sistema vrijednosti jedne društvene grupe drugoj. Ipak, bez obzira na utopijski prizvuk i brojne praktične teškoće pri realizaciji ideje kosmopolitskog prava, izvjesno je da više nije moguć povratak u vrijeme utvrđenih gradova i omeđenih svjetova. Jer, kao što je Held istakao “ni u vreme procvata nacionalnih država, one nisu “živjele” potpuno izolovano u svojim svjetovima, a danas to postaje sve manje moguće. One se na mnogo nivoa prepliću sa drugim nacionalnim državama i od njih zavise. Izvjesno je da ta međuzavisnost vremenom raste, pa se u najmanju ruku može predvidjeti da će razne vrste nadnacionalnih asocijacija kreirati budućnost globalnog društva”.⁴⁰ Zato je miroljubivost tih asocijacija imperativ koji zahtijeva destilaciju svakog vida egocentričnosti. Jer “tek kada se sebičnost raspukne na ploči života shvatimo da se od tuđih očiju mogu napraviti sopstveni prozori”.⁴¹

DAMOKLOV MAČ PRAVNE NESIGURNOSTI

Prema teoriji pravne evolucije zasnovane na ideji prof. Alana Watsona, transnacionalni uticaji su izvor za najveća globalna pravna dešavanja iz razloga što je većina promjena u pravnim sistemima posljedica pozajmljivanja. U istom duhu italijanski profesor Rodolfo Sacco ističe da postoje samo dvije vrste normativnih izmjena – izvorna inovacija i imitacija, pri čemu se “izvorna inovacija pojavljuje jednom od ukupno hiljadu zakonskih promjena”.⁴²

Takvi transnacionalni uticaji se ponekad mogu svesti na čisto jednosmjernan proces što izaziva ozbiljne kritike. Tako mnogi autori iznose optužbe na račun an-

³⁹ Kostas Duzinas, *Ljudska prava i imperija*, Beograd, 2009, 208.

⁴⁰ Jelena Božilović, “Historijski razvoj ideja o kosmopolitskom društvu”, *Godišnjak za sociologiju*, br. 9, 2012, 99–100.

⁴¹ Dragan Vukčević, *Iza normi*, Podgorica, 2003, 157.

⁴² Skandinavski institut “ombudsmana” je jedan od primjera izvornih pravnih inovacija.

glosaksonskog prava koje se, iako prisutno u manjem dijelu svijeta, prilično agresivno implementira u kontinentalne pravne sisteme. U tom pogledu najveća opasnost se ogleda u mogućnosti da strani elementi mogu lako poremetiti stabilnost nacionalnog pravnog sistema i time dovesti do pravne nesigurnosti. Ističući očigledne razlike između kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema, ti autori smatraju da procesi konvergencije različitih pravnih sistema liče na "uzgajanje pomorandže u Sibiru".⁴³ Time se pravo, kao jedan operativni sistem izlaže beskrajnim eksperimentima, pri čemu se može lako urušiti ukoliko mu se nameću protivrječna pravila.⁴⁴ Neki idu korak dalje navodeći da pravni transplantati uvezeni iz drugih pravnih sistema predstavljaju trojanskog konja za nacionalno zakonodavstvo.⁴⁵

Ovi stavovi nisu bez osnova i ne može se osporiti činjenica da svaki proces prihvatanja novih rješenja za sobom povlači velike teškoće. Među njima bi naročito mogli da istaknemo (ne)kompatibilnost novih procesnih pravila sa domaćom procesnom kulturom, što iziskuje veliku opreznost, kako ne bi prerasla u otvorenu prijetnju pravnoj sigurnosti. Proces evolutivnog razvoja jednog pravnog sistema se ne smije svesti na nevjешto kalemljenje dominantnih elementa drugog pravnog sistema. Takvo postupanje bi neminovno dovelo do nemogućnosti snalaženja subjekata u novom pravnom ambijentu, a time i do neefikasnih i neprimjenjivih rješenja.⁴⁶ Iz tog razloga, evolucija jednog pravnog sistema zahtijeva uspostavljanje adekvatne ravnoteže između zahtjeva za reformom i potrebe za očuvanjem pravne sigurnosti.

Horizont pravne sigurnosti ne smije biti zamagljen protivrječnostima koje bi mogle dovesti do sveopšte raštimovanosti pravnog sistema. Naime, pravna sigurnost ne smije biti uzurpirana stalnim izmjenama i dopunama, što pravni poredak ne čini imunim od te pojave. Priklonik ili poklonik pravne sigurnosti zna da ona zahtijeva pozitivnost, pri čemu ta pozitivnost treba biti podjednako data i određena prema svima, kako u smislu pravednosti, tako i u smislu svrsishodnosti.⁴⁷

⁴³ Milan Škulić, Evropa ne prihvata amerikanizaciju pravosuđa, *Politika*, 2017, <http://www.politika.rs/sr/clanak/386334/Drustvo/Evropa-ne-prihvata-amerikanizaciju-pravosuda>, (datum pristupanja: 28.08.2020).

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Riccardo Montana, "Adversarialism in Italy: Using the Concept of Legal Culture to Understand Resistance to Legal Modifications and its Consequences", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Tom 20, br. 1, 2012, 101.

⁴⁶ A. Mihailović, op. cit., 331.

⁴⁷ Krsto Pejović, Pravna (ne)sigurnost, <https://www.dan.co.me/?nivo=3&rubrika=Stav&clanak=553276&datum=2016-06-29> (datum pristupanja: 01.09.2020).

Tako Radbruchov "Četvrti minut" u dopuni sa Zakonskim nepravom i nadzakonskim pravom⁴⁸ stepenuje pravne vrijednosti kroz povezanost legislativne i protestantske opcije pravednosti. U toj hijerarhiji najdragocjenija pravna vrijednost je pravda. Nakon pravde, slijedi pravna sigurnost koja "zauzima neko čudno mesto između svrsishodnosti i pravde". Tamo gde nastaje sukob između pravne sigurnosti i pravde, između pozitivnog zakona koji se sadržinski može pobijati i između pravednog prava koje nije dobilo ni pravnu formu, postoji "sukob između prividne i stvarne pravde". Po Radbruhu, taj sukob između pravde i pravne sigurnosti mogao bi se riješiti tako da pozitivno pravo ima prednost i kad je sadržinski nepravedno i nesvrshodno, osim u slučaju kad pozitivni zakon u toliko nepodnošljivoj meri protivrječi pravdi, da zakon kao "neispravno pravo" mora odstupiti pred pravdom. Veoma je teško "načelno" povući oštru granicu između između slučajeva "zakonskog neprava" i "zakona koji važe uprkos neispravnoj sadržini". Ali sasvim "konkretno" ta granica se može odrediti "kad se jednakost, koja čini jezgro pravde, prilikom donošenja propisa pozitivnog prava svjesno osporava. U tom konkretnom slučaju "zakon nije samo neispravno pravo već on uopšte nema pravnu prirodu".⁴⁹

ZAKLJUČAK

Zahtjev svakog pravnog poretka je izvjesna sigurnost pravnih institucija, sigurnost koja sama sebi nije cilj, već koja služi ostvarenju cilja prava. Prema tome, evolucije i promjene pravnih institucija su, s jedne strane, nužne jer one treba da prate društvene odnose u "svijetlu života". Ali, s druge strane, kumulacija pravnih ustanova mora biti prožeta načelom pravne sigurnosti koja će stalno pratiti pravo u pokretu. Ako je jedno pravo čas pravo, a čas nepravo, onda takvo "pravo" ne može biti element vladavine prava, već više znak vladavine zakonskog neprava.⁵⁰ U tom slučaju, pravo prestaje biti vjerodostojna refleksija društvene stvarnosti i postaje njena iskrivljeno simetrična karikatura. A ima li ikakvog smisla da brinemo o kapilarima, kada nam je krvotok ugrožen?⁵¹

⁴⁸ Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Beograd, 1980, 266–289.

⁴⁹ Radivoj Stepanov, "Radbruchovo jusnaturalističko prevladavanje pravnog pozitivizma", *Godišnjak Filozofskog fakulteta u Novom Sadu*, Knjiga XXXVII, 2012, 98.

⁵⁰ Slobodan Perović, "Prirodno pravo i društveni imperativi", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2017, navedeno prema: S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 1058.

⁵¹ Slobodan Perović, "Vratimo se školi prirodnog prava", *Pravni život*, br. 11–12, Beograd, 1993, navedeno prema: S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, op. cit., 72.

Čovječanstvo je nebrojeno puta dolazilo do te prelomne tačke u kojoj se odlučuje o životu ili kraju. Iz te tačke bilo je izlaza u pravcu renesanse prava, ali na tom raskršću bio je i drugi pravac koji je vodio u agoniju prava.⁵² Zato evolucija, kao egzistencijalna neminovnost i civilizacijska dužnost ne smije odvesti u dekompoziciju prava. Evolutivni tokovi nikada nisu dovoljno linearni u mjeri predvidljivosti svojih amplituda, ali nikada ni toliko turbulentni da se vrijednostima prirodnog prava ne bi mogli vratiti u ravnotežu. Kako kaže Blez Paskal: “Čudnovato je da na svijetu postoje bića koja su, odrekavši se svih božjih i prirodnih zakona, sama stvorila zakone kojih se strogo pridržavaju”. To je i razlog zbog kojeg je pravna sigurnost, kao kategorički imperativ i neprikosnovena vrijednost prirodnog prava, nadživjela nebrojene smjene jurističkih ukusa i sa neprolaznom snagom ostala trajan ideal svakog pravnog poretka.

Dr. ANDREJA MIHAILOVIĆ
Teaching associate, Faculty of Law
University of Montenegro, Podgorica

THE EVOLUTION OF LAW IN THE STRAIT BETWEEN THE SCYLLA OF PROVINCIALISM AND THE CHARYBDIS OF LEGAL SECURITY

Summary

Starting from spatial and temporal limitation of the positive law, all its imperfection, variability and incompleteness come to the fore. Especially the 20th century, in its last decades was marked by an unendurable climate of disregarding the rule of law and an even more unendurable tide of legal uncertainty. In this interspace of violence and consent, the rise and fall of cosmopolitan tendencies, positive law has often shown a lack of ethical capacities that can inspire strong evolutionary processes. Thus, natural law has, countless times, like the messiah, provided a way out of the labyrinth of cold arithmetic of positive law, proving that it is not a sleepy vision, but a permanent measure of the world order. As Lord Bruce vividly describes it “what for almost two thousand years was a harmless maxim and almost a general place of morality at one point turned into dynamite that shattered an old monarchy and shook the European continent.” Rational natural law as a cohesive factor in the manifestos of human rights, once again dusted the monuments of antiquity and breathed freshness into ancient values, sending a powerful message to humanity - that no revolution can happen without previous evolution.

Key words: natural law, evolution, positive law, human rights, peaceful integrations

⁵² *Ibidem*, 73.

Literatura

- Basta D., *Vječni mir i carstvo slobode: Svjetlost i senke Kantove metafizike prava*, Beograd, 2001.
- Božilović J., "Historijski razvoj ideja o kosmopolitskom društvu", *Godišnjak za sociologiju*, br. 9, 2012.
- Bruno G., *Spaccio de la bestia trionfante*, I, Bari, 1908.
- D'Entreves A. P., *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy*, Podgorica, 2001.
- Diels H., *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin, 1956.
- Duzinas K., *Ljudska prava i imperija*, Beograd, 2009.
- Fasso G., *Storia della filosofia del diritto*, Podgorica, 2007.
- Jovanović S., *Iz istorije političkih doktrina*, Tom 9, Beograd, 1990.
- Kant I., *Um i sloboda: Ideja opšte istorije usmjerene ka stvaranju svjetskog građanskog poretka*, Beograd, 1974.
- Kasirer E., *Mit o državi*, Beograd, 1972.
- Machiavelli N., *Izabrano djelo*, Zagreb, 1985.
- Mihailović A., "Jusnaturalizam vs. Juspozitivizam", *Pravni zbornik – časopis za pravnu teoriju i praksu*, br. 1, 2016.
- Mihailović A., "Trijumfalni marš pravne transplantacije na polju kompanijskog prava", *Pravni zbornik – časopis za pravnu teoriju i praksu*, br. 1, 2020.
- Miladinović S., "Procesi harmonizacije i unifikacije prava kao etape na putu ostvarenja Kantove ideje "kosmopolitskog prava", *Glasnik prava Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu*, 2012.
- Montana R., "Adversarialism in Italy: Using the Concept of Legal Culture to Understand Resistance to Legal Modifications and its Consequences", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Tom 20, br. 1, 2012.
- Pejović K., Pravna (ne)sigurnost, <https://www.dan.co.me/?nivo=3&rubrika=Stav&clanak=553276&datum=2016-06-29>, 01.09.2020.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018
- Perović S., "Kultura zakonitosti i prirodno pravo", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 1998.
- Perović S., "Prirodno pravo i dostojanstvo", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2014.
- Perović S., "Vremenske dimenzije pozitivnog i prirodnog prava", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2010.
- Perović S., "Budućnost prirodnog prava", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2007.
- Perović S., "Moć prirodnog prava", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2000.
- Perović S., "Prirodno pravo i društveni imperativi", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2017.
- Perović S., "Prirodno pravo i miroljubive integracije", *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2009.

- Perović S., “Prirodno pravo i stvarnost”, *Pravni život*, br. 1–2, Beograd, 2018.
- Perović S., “Vratimo se školi prirodnog prava”, *Pravni život*, br. 11–12, Beograd, 1993.
- Platon, *Država*, I, Beograd, 2013.
- Platon, *Državnik*, Beograd, 2008.
- Platon, *Gorgija*, Beograd, 1968.
- Radbruh G., *Filozofija prava*, Beograd, 1980.
- Santayana G., *Reason in Common Sense: The Life of Reason*, New York, 1981.
- Stepanov R., “Radbruhovo jusnaturalističko prevladavanje pravnog pozitivizma”, *Godišnjak Filozofskog fakulteta u Novom Sadu*, knjiga XXXVII, 2012.
- Strauss L., *Prirodno pravo i istorija*, Beograd, 1998.
- Šušnjić Đ., *Dijalog i tolerancija*, Beograd, 2007.
- Vukčević D., “Razmeđa svetova: Prilog istoriji našeg mentaliteta”, *Republika*, br. 173, 1998.
- Vukčević D., *Iza normi*, Podgorica, 2003.
- Živanović I., “Platon, Makijaveli i makijavelizam”, *Filozofija i društvo*, br. 3, Beograd, 2011.

DRUGA NAGRADA
“PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ”

LUIGI BUONANNO

THE EU CREDIT REPORTING INDUSTRY: THE NEED FOR A UNIFORM REGULATORY APPROACH

Under the traditional and well-established conception, credit bureaus are understood as being little more than vessels storing customer data that has been furnished by specific suppliers, such as banks, intermediaries and, more generally, lenders. Accordingly, credit bureaus are deemed to play a “neutral” role in the credit market. Hence, in Europe and the US, they are generally not responsible for any inaccuracies in the information they put into circulation, despite data quality being crucial for the proper functioning of the market and for a fair allocation of resources. This circumstance engenders, however, a conflict between the market interest in accurate data and the “endogenous” for-profit interest of credit bureaus. More specifically, despite their performing an important activity in an oligopolistic environment, credit bureaus are presently allowed to pursue their for-profit interest without any substantial accountability as regards their “exogenous” function of transmitting accurate data. This disequilibrium results in under-performance and a low level of data quality. The inquiry follows a deductive method, taking as its starting point the EU regulatory backdrop that is molded on a principle-based approach and that does not encompass uniform legislation concerning credit reporting agencies. The analysis points out, also through a comparative analysis with the rules governing the US credit report system, how these circumstances in the credit market sector can imperil some pivotal objectives of the EU legal policy, which aims at ensuring equal levels of protection among citizens of Member States within a unique environment dependent on the cross-border exchange of information.

Key words: credit data, data inaccuracy, over-indebtedness, uniform regulation, solidary obligations

Luigi Buonanno, Ph.D. student, School of Law, Bocconi University, lawyer (State bar exam), Milan, Italy, e-mail: luigi.buonanno@unibocconi.it.

INTRODUCTION: EU CREDIT REPORTING MARKET AND
THE DOUBTFUL ADEQUACY OF THE EXISTING LEGAL FRAMEWORK

The current EU credit market is increasingly challenged by the needs posed by big data, a topic which is inevitably intertwined with the wider issue of privacy.¹ The personal data of borrowers is collected and managed in each Member State by relevant national central credit registers (CCRs) or private credit bureaux (CRAs).²

The EU regulatory framework provided for by the Mortgage Credit Directive 2014/17/EU (hereinafter MCD),³ as duly implemented by Member States, has created a new regime intended, on one hand, to forge more responsible markets and, on the other, to protect European consumers from endemic risks of over-indebtedness.⁴ Even though the demand for a maximum level of harmonization

¹ Path-breaking in this regard Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, 1890, 193-220. E.g., in the later legal literature, Frederick Davis, “What Do We Mean by “Right to Privacy”?”, *South Dakota Law Review*, Vol. 4, 1959, 6-7, 18-24; William L. Prosser, “Privacy”, *California Law Review*, Vol. 48, No. 3, 1960, 383, 407-415; Milton R. Konvitz, “Privacy and the Law: A Philosophical Prelude”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 31, 1966, 272, 272-80; Charles Friedt, “Privacy”, *Yale Law Journal*, Vol. 77, 1968, 478-480, 482-86; Stefano Rodotà, “La Privacy tra individuo e collettività”, *Politica del diritto*, 1974, 545, 551; Ruth E. Gavison, “Privacy and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 89, 1980, 424-25, 425-440, (1980); Colin J. Bennett, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Cornell University Press, Ithaca, 1992, 12-44; Annabelle Lever, *On Privacy*, Routledge, New York, 2012, 3-16, 64-66; Julie E. Cohen, “What Privacy is For”, *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013, 1906-1912. Recently, with regard to the (real) role played by big data, see Giuseppe Colangelo, Mariateresa Maggiolino, “Big Data as a Misleading Facility”, *European Competition Journal* (forthcoming), available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2978465.

² Particularly against the US backdrop, credit bureaux are deemed to be included in the broader category of “consumer reporting agencies” (CRAs), which also encompass employment background screening companies as well as those offering specific services for making consumer eligibility decisions (such as check authorizations or tenant screenings). However, the CRA category is appraised as being open, thus not allowing for an exhaustive list. For instance, data brokers that collect non-traditional information can be considered CRA-obliged to uphold the Fair Credit Reporting Act (hereinafter “FCRA”). See on this point, Fed. Trade Comm’n Report, Big Data. A Tool for Inclusion or Exclusion? 13 (2016), <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>.

³ Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on Credit Agreements for Consumers Relating to Residential Immovable Property and Amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) 1093/2010, 2014 O.J. (L 60) 34.

⁴ Furthermore, the twofold protective nature that underpins MCD appears to be in line with the rationale underlying the rules established in the United States by means of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 12 U.S.C. § 5301, §§ 5481–5603, and in laws amended at Title X (hereinafter Dodd-Frank Act). An analysis of the American regulatory provi-

of the provisions enshrined in the MCD is still contended, the relevant implementation by the Member States appears consistent with the twofold aim pursued by the European legislature. Particularly, financial intermediaries, banks and, in a broader sense, creditors have been called on to steadily carry out a creditworthiness assessment⁵ of any potential borrower, thus being responsible for consumer lending as well.⁶

Against such a legal backdrop, the enactment of Regulation (EU) 679/2016 (GDPR)⁷ is a testament to the legislative will to make uniform⁸ the privacy regime within Europe.⁹ The prominence of this act demands an investigation of (i) the relevant effects in the credit market, which for its part appears affected by the economic impact caused by the global COVID-19 crisis,¹⁰ and (ii) with regard to the issue of this study, the peculiar role played by credit bureaus within their specific market segment. The intervention of the EU legislature is characterized by legal provisions that, far from being prescriptive, seem endowed with a purpo-

sions is provided by Howell E. Jackson, "Loan-Level Disclosure in Securitization Transactions: A Problem with Three Dimensions", *Moving Forward. The Future of Consumer Credit and Mortgage Finance*, (Eds. Nicolas P. Retsinas, Eric S. Belsky), Brookings Institution Press, Washington D.C., 2011, 189–205.

⁵ See notably Irina Domurath, "A map of responsible lending and responsible borrowing in the EU and suggestions for a stronger legal framework to prevent over-indebtedness of European consumers", in *Consumer Debt and Social Inclusion in Europe*, (Eds. Hans-W. Micklitz, Irina Domurath), Routledge, New York, 2015, 155–175.

⁶ See Art. 21 of Directive 2014/17, cit.

⁷ Regulation (EU) 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, 2016 O.J. (L 119) 1. For an analysis of the Regulation 679/2016, see Paul Voigt and Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (Gdpr)*, Springer, Berlin-Hamburg, 2017; Emanuele Lucchini Guastalla, "Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori", *Contratto e impresa*, 2018, 106.

⁸ Antonello Iuliani, "Note minime in tema di trattamento dei dati personali", *Europa e diritto privato*, 2018, 293, claims that through Reg. 679/2016, the primary objective of the EU legislature was to unify (and not harmonize) the whole regime on privacy.

⁹ It is, however, intended to produce some effects outside the European Union as well. See Sherry J. Deckelboim, "Consumer Privacy on an International Scale: Conflicting Viewpoints Underlying the EU-U.S. Privacy Shield Framework and How the Framework Will Impact Privacy Advocates, National Security, and Business", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 48, 2016, 263, 270.

¹⁰ See European Law Institute, *Eli Principles for Covid-19 Crisis*, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf.

sefully general content,¹¹ one capable of serving as directly binding guidance for each Member State.

Primarily, this study will attempt to put forward lines of thinking useful in assessing whether the above-mentioned objective of legal uniformity can be achieved in the credit bureau sector by means of the existing legal framework. The development of this analysis depends on an assessment regarding the absence of an adequate EU legal backdrop for the regulation of credit bureau activity, with particular emphasis on the potential liability of credit bureaus; consequently, the study endeavours to demonstrate, also through a comparative analysis of the United States model, the benefits stemming from a holistic and uniform¹² regulatory approach to the topic of credit-reporting.

THE GROUNDLESSNESS OF THE TRADITIONAL CONCEPTION OF CREDIT BUREAUS AND THE FRAGMENTATION OF THEIR REGULATION

The entire EU discipline, as mentioned above, is currently void of an exhaustive regulation regarding the activities performed by private credit bureaus and, specifically, of the activities of those who manage them.

Such an absence of supranational legislation – which would allow a thorough comprehension of the **collection and management arrangements concerning the information**¹³ of individuals and businesses, which is then intended to

¹¹ Chris J. Hoofnagle, Bart van der Sloot & Frederik Zuiderveen Borgesius, “The European Union General Data Protection Regulation: What It Is and What It Means”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 28, 2019, 65, 67, who claim that “the GDPR’s text is vague in some places and speaks at the level of aspirational principle”.

¹² Recently, see on this specific point, L. DiMatteo, “The Quest for Uniform Laws”, *Research in European Private Law and Beyond. Contributions in Honour of Reiner Schulze’s Seventieth Birthday* (Eds. A. Janssen, H. Schulte-Nölke), Nomos, Baden-Baden, 2020, 221 ff. See, with regard to the field of contract, I. Schwenzer, “Global unification of contract law”, *Uniform Law Review*, Vol. 21, 2016, 60 ff.

¹³ In this article, the terms “data” and “information” are used synonymously, although semantically they have different meanings. In any case, with regard to the aforementioned distinction, we presently adhere to the approach endorsed by the *Feasibility Study ALI-ELI Principles for a Data Economy*, <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/data-economy/>: “information is something you can know, and or draw a conclusion from, and once it is put into code in a way suitable for storage or for transmission it becomes data”. For a different approach, see Raymond Wacks, *Personal Information: Privacy and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, para 1.4, according to whom a piece of data is a sign or action requiring interpretation before it may acquire a particular meaning, while information is data that is communicated, received and understood.

be put into circulation by credit bureaus – would theoretically be filled and satisfied by acts of legislation adopted by Member States in their national dimensions. In many of these jurisdictions, there indeed exist regimes governing the *public* credit registries, operated by the relevant central banks or supervisory authorities.¹⁴ However, the legitimation of the activity of *private* credit bureaus is only indirectly covered in personal data protection acts, national codes of conduct or legislation on the banking sector.

The EU legislature, historically, has not lacked interest in this issue. Its concern for credit bureau activities has, however, almost always been translated into regulatory interventions that have only lightly touched on the core of their activity, without ever providing a thorough or satisfactory regime.

Paradigmatically, Member State provisions, often included in national codes of conduct or similar acts, have commonly established particularized retention periods for the deletion of credit data from reporting agencies' databases. Consequently, these periods, referring to "white" or "black" customer information, are not uniform in Europe and are in fact highly divergent among Member States. The retention periods of credit information fulfill a decisive task in, for instance, the granting (or declining) of consumer or business loans. From this point of view, it can be queried whether secondary regulations or soft-law instruments¹⁵ are appropriate means for setting the retention periods for data possessed by the credit bureaus or state reporting agencies of each EU Member State, or whether this approach may potentially prove a huge bottleneck stifling the relevant market segment. The diverging retention periods endanger equal treatment among Member States' consumers, inasmuch as they create an easier or more complicated access to credit depending on the relevant national provisions of each EU country.¹⁶ In fact, **when the period for the erasure of "black" credit data stored in a reporting agency's database operating within a given EU country is shorter than that provided for by another Member State, the consumer of the former country will**

¹⁴ See for references San José Riestra, "Credit Bureaus in Today's Credit Markets", *European Credit Research Institute Research Report*, No. 4, 2002, 4–5.

¹⁵ Within the Italian legal framework, see Garante per la protezione dei dati personali, *Codice di condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti*, (hereinafter "Codice di condotta per i sistemi informativi 2019").

¹⁶ See Case C-524/06, *Heinz Huber v. Bundesrepublik Deutschland*, 2008 E.C.R. I-9705, according to which "Directive 95/46 is intended to ensure that the level of protection of the rights and freedoms of individuals with regard to the processing of personal data is equivalent in all Member States".

presumably benefit from the chance to obtain financing in a shorter time frame than the European consumer of the latter country where the same credit data is kept for longer. Similarly and inverse reasoning applies where the consumer credit data is “white”. The access to financing essentially becomes simpler in those Member States having retention periods that are comparatively shorter than those of other countries. Such a problem became increasingly crucial as a result of the COVID-19 crisis, which significantly impacted the economic activity performed by several businesses. In spite of this global pandemic, the relevant credit data are continuously stored, thereby emphasizing the question about both the lawfulness of the divergent retention periods in the Euro area as well as the potential effect of extraordinary circumstances on the storing of black information.

Interestingly, several EU countries¹⁷ have signed a “Memorandum of Understanding on the Exchange of Information among National Credit Registers for the Purpose of Passing it on to Reporting Institutions”¹⁸ precisely in order to allow the cross-border exchange of credit information¹⁹ among national central credit registers.²⁰ Also in light of this event, the unreasonableness underlying the Member States’ various and, more importantly, divergent provisions about the retention periods for both white and black credit data clearly emerges.

One might also wonder whether the expression “non-discriminatory access” as contained in the text of Directive 2008/48/EC should be interpreted as encompassing the right of “foreign lenders to be able to access domestic credit databases on the same terms as domestic lenders” and, additionally, whether this

¹⁷ Austria, Belgium, Bulgaria, Czech Republic, France, Germany, Italy, Latvia, Lithuania, Portugal, Romania, Slovenia, Slovakia and Spain.

¹⁸ European Central Bank, *Memorandum of Understanding on the Exchange of Information among National Credit Registers for the Purpose of Passing it on to Reporting Institutions*, 2, 2–18 (April 2010) <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/memoxinccreditregisters201004en.pdf>.

¹⁹ The Memorandum has been followed by the enactment of Regulation 2016/867 of the European Central Bank of 18 May 2016 on the collection of granular credit and credit risk data, 2016 O.J. (L 144) 44, 44–98 (hereinafter Anacredit Regulation), which, however, excludes natural persons from the scope of the regulated agent(s) at least for the time being. For an analysis of Anacredit (which stands for “analytical credit datasets”, providing particularized information on individual bank loans in the Euro area) Regulation, see Federico Ferretti, “Prudential Supervision and the European Central Bank Credit Data Registry (AnaCredit). Legal Basis and Democratic Accountability”, *The European Banking Union and Constitution. Beacon for Advanced Integration or Death-Knell for Democracy?*, (Eds. Stefan Grundmann and Hans-W Micklitz), Hart Publishing, Oxford, 2019, 240–244, 261–265.

²⁰ National credit registers are operated by the respective central banks.

interpretation covers the right of European lenders to deal with information handled uniformly throughout the European area.

The surfacing of systemic inconsistency becomes increasingly problematic. The dynamic resulting from the depicted distortion, determined by the various provisions on the retention periods for credit data, theoretically implies a beneficial flow of credit information related to consumers, but it simultaneously heightens the divergent treatment of this information within EU arena.

THE (REAL) SOFT-REGULATORY ROLE OF CREDIT BUREAUS:
THE NEED FOR A UNIFORM LEGISLATION OF THE RELEVANT ACTIVITY

As noted above, practice shows that the activity of credit bureaus is often laid out in contractual models drafted by legal professionals, who tend to create clauses on disclosure and (requests for) consent to the processing of personal data. Where a specific regulation is lacking, this trend would be justified by the need to identify a ground for the lawfulness of both (i) the credit data transmission made to credit bureaus by the data supplier²¹ and (ii) the subsequent data processing undertaken by the former, which also includes the data being put into circulation.

Usually, (potential) creditors, lenders or financial intermediaries stipulate consortium or membership agreements, with which they acquire the status of “participants” in the information system made available by credit bureaus databases, thereby becoming, on one side, entitled to obtain information gathered inside them and, on the other, obliged to furnish data they possess to the same reporting agencies. In addition, the periodicity of supply of data is established by the above-mentioned agreements. The data structure which has just been depicted is commonly based upon national codes of conduct or personal data acts, laying down the rules that should be complied with by professionals in order to avoid sanctions.²²

²¹ Credit bureaus should be considered as third parties with respect to the contractual relationship between data furnishers (i.e., financial intermediaries, banks) and consumers.

²² Cf., for instance, art. 5 of Codice di condotta per i sistemi informativi 2019. See also, in the German legal framework, “Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein”, *Verhaltensregeln für die Prüf- und Löschfristen von personenbezogenen Daten durch die deutschen Wirtschaftsauskunfteien vom 25.05.2018* [Code of conduct], May 25, 2018, I, II, III, IV: http://www.handelsauskunfteien.de/fileadmin/user_upload/handelsauskunfteien/doc/DW_CoC_Loeschfristen_180418_final_Logo.pdf.

However, such acts or soft law tools oftentimes appear obscure and, to some extent, lacking a more comprehensive conceptualization of the role played by reporting agencies in the credit market. In fact, as a matter of principle, credit bureau managers are called upon to verify the consistency of information through a supervision characterized by a formal and logical nature; only after having executed this supervision can they convey the credit customer information to the database of a given credit bureau, thus enabling all the participants to benefit from the new data inserted in the system.²³ The regulatory problem surrounding the above-mentioned national acts lies in the widespread normative choices that result in the underestimation of the liability of credit bureaus for the activity they ordinarily perform. The circumstance that suppliers of data²⁴ are commonly deemed the party responsible for information accuracy has led to a factual and systematic exemption from liability for credit bureaus.²⁵ Significantly, the judicial cases in which they are involved prove wholly exceptional.²⁶ Such a trend seems to symbolize the symptomatic outcome of a cultural approach envisaging the credit bureaus as mere sterile vessels of data, whose accuracy should instead always be attributed to the conveying entity. Contrariwise, the entire procedure of managing and processing credit data implies a direct and influential involvement of credit bureaus, which cannot be reduced and downgraded to simple and formal monitoring as provided by some national legal provisions.

²³ See art. 5 of Codice di condotta per i sistemi informativi 2019.

²⁴ These are the entities who transmit the information to the credit bureau.

²⁵ See Charles M. Ullman, "Liability of Credit Bureaus after Fair Credit Reporting Act: the Need for Further Reform", *Villanova Law Review*, Vol. 17, 1971, 44, 51, 54, 58. For a more recent overview, see Meredith Schramm-Strosser, "The "Not So" Fair Credit Reporting Act: Federal Preemption, Injunctive Relief, and the Need to Return Remedies for Common Law Defamation to the States", *Duquesne Business Law Journal*, Vol. 14, 2012, 165, 172, 176. From a wider perspective, focused on the liability issues engendered by big data, see Maria Lillà Montagnani, Mirta Antonello Cavallo, "Cybersecurity and Liability in a Big Data World", *Market and Competition Law Review*, Vol 11, No. 2, 2018, 71-98, 89.

²⁶ Although quite rare, most well-known cases come from English and US jurisprudence. Prior to the enactment of the FCRA, most US jurisprudence attributed a qualified privilege – grounded in the English theory of "common interest" – to consumer reporting agencies. Cf. *Altoona Clay Products, Inc. v. Dun & Bradstreet, Inc.*, 367 F.2d 625 (3rd Cir. 1966). The entry into force of the FCRA decisively relaxed a judicial *revirement* that had attenuated the protection traditionally granted to credit bureaus. One of the prominent leading cases is *Hood v. Dun & Bradstreet, Inc.*, 486 F.2d 25 (5th Cir. 1973). It should be noted that many years earlier – and in an approach diverging from the common law jurisprudence of the time – Jeremiah Smith, "Conditional Privilege for Mercantile Agencies – *MacIntosh v. Dun*", *Columbia Law Journal*, Vol. 14, No. 3, 1914, 296, had argued that credit bureaus should not be required to demonstrate a duty or interest to invoke the conditional privilege.

This represents a conception incompatible with the actual market role being played by credit reporting agencies, which, as will be discussed, conceals a soft regulatory nature. It is, however, possible to reveal in advance that empirical studies have shown how their activity is fundamental in overseeing the *per capita* indebtedness levels of the population, these levels being functionally entwined with the same credit-bureau features.²⁷ Accordingly, the managers of these agencies cannot be steadily exempted from liability when macroscopic data mistakes occur or obvious inconsistencies ensue in the relevant database, particularly if correlated, by way of example, to previous “black” or “white” information about the same data subject.

The depicted function of credit bureaus should even cause one to consider the appropriateness of a banking supervision over their activity, which – as with the activities of other credit market players – contributes to shape the information framework useful for national central banks and for financial intermediaries with a view to the market’s functioning.

THE FOR-PROFIT INTEREST OF CREDIT BUREAUS VS. THE ACCURACY INTEREST OF CONSUMERS AND THE CREDIT MARKET

The absence of any European regulation and the miscellaneous references provided for by some national acts imposing only *pro forma* data control requirements on credit reporting agencies leads to the agencies’ physiological indifference to the substantive accuracy of the information they receive and, subsequently, put into circulation.²⁸ It is no coincidence that they operate with a for-profit purpose.²⁹

²⁷ Vladimir Simović, Vojkan Vasković, Marko Ranković, Slobodan Malinić, “The impact of the functional characteristics of a credit bureau on the level of indebtedness per capita: Evidence from East European countries”, *Baltic Journal of Economics*, Vol. 11, No. 2, 2011, 101. The authors argue that “the credit bureau is one of the instruments which can limit over-indebtedness” and “together with central bank measures relating to credit policy, the characteristics of credit bureau should direct and control levels of debt”.

²⁸ Cf. “40 Million Mistakes: Is Your Credit Report Accurate?”, CBS NEWS” (Feb. 10, 2013): <https://www.cbsnews.com/news/40-million-mistakes-is-your-credit-report-accurate-10-02-2013/>; Michelle Black, *Millions of Americans have errors on their credit reports — do you?* (May 13, 2019): <https://www.bankrate.com/credit-cards/credit-report-mistakes-errors/>.

²⁹ See the graph of Association of Consumer Credit Information Suppliers (ACCIS survey 2010), according to which only 19% of the EU-surveyed credit bureaus perform their activity with non-profit aim (those offering their services in Belgium, Italy, the Netherlands, Serbia and Slovenia): <https://accis.eu/facts-and-figures/>.

Their for-profit purpose conflicts with the consumers' interests and, generally, the credit market interest in data accuracy. Although the financial intermediaries or banks can be considered as parties highly interested in the accuracy of the data, owing to which they are able to make correct credit-based decisions, it is quite evident that the main beneficiaries of accuracy are consumers and businesses (whose credit data are processed), inasmuch as the cost savings resulting from an efficient evaluation of creditworthiness is essentially passed on to the latter by lenders.³⁰ For to this reason as well, it seems undeniable that consumers and businesses have an interest opposite to that of the credit bureau industry.

The "endogenous" objective of credit bureaus, therefore, is not the circulation of exact and correct information: accuracy is, in fact, extremely expensive. A large component of the Member States' legal regimes even facilitates and encourages this objectionable mechanism premised solely on a profit-aim that is not counter-balanced with a social function. It ends up assigning to the credit bureaus the role of mere sterile vessels of information, whose exogenous purpose is oftentimes associated with a mere compliance with formalities³¹ – with the consequence that they can hardly be appraised as liable for the inaccuracy of credit reports.³² Yet precisely such inaccuracy is highly influential since it decreases the likelihood that resources circulate at efficient market prices and that they are properly allocated. Transaction costs can be significantly reduced by the immediate availability of accurate credit information. However, the existence of asymmetric information³³ "between borrowers and lenders can prevent the efficient allocation

³⁰ The concept is emphasized by Austin H. Krist, "Large-Scale Enforcement of Fair Credit Reporting Act and the Role of State Attorneys General", *Columbia Law Review*, Vol. 115, 2015, 2311, 2314.

³¹ See notably Leon Green, "The Duty to Give Accurate Information", *UCLA Law Review*, Vol. 12, 1965, 464.

³² Cases based on considering credit bureau liability are extremely rare in the US. See *supra* note 26. On this point, see for the US backdrop, G. Allan Van Fleet, "Judicial Construction of the Fair Credit Reporting Act: Scope and Civil Liability", *Columbia Law Review*, Vol. 76, 1976, 458, 461, 462. See also Virginia G. Maurer, "Common Law Defamation and the Fair Credit Reporting Act", *Georgetown Law Journal*, Vol. 72, 1983, 95.

³³ Vladimir Simović, "The Accuracy of the Information Presented in Credit Bureau Reports: Research and Comparative Analysis", *Economic Analysis*, Vol. 48, No. 3–4, 2015, 29, 31, 36, points out that the information asymmetry stands in contrast with the exchange of information, which is the main task of a credit bureau.

of credit in a market”³⁴ – paradoxically, this kind of asymmetry should in fact be countered by credit bureau activity.

Obviously, reaching total and perfect data accuracy would imply a massive expenditure of economic resources. Yet while the quantity of credit data in circulation is extremely large, the system cannot allot the responsibility for its accuracy exclusively to the data furnishers. Their responsibility should certainly be invoked for data conveyance, but all the phases of data processing – including the relevant act of putting data into circulation – are fully carried out by credit bureaus.

Although the activities performed, respectively, by the latter and by data suppliers remain distinct, it is far from easy – as already mentioned above – for a third party to identify the moment in which the information error occurred and, consequently, who must be held responsible for that event. Here, one can reflect on the positive aspects of a regime prioritizing protection of weaker parties (i.e., consumers), an approach whose aim is perhaps attainable through normative solution of imposing solidary liability on the presumptively injurious parties (credit bureaus and suppliers of data).

A further argument boosting this perspective is manifested by a feature characterizing the for-profit activity of the agency: the substantial absence of risk. This particular item will be examined at a later point, but it is worth noting how the modest competition among credit reporting agencies (due to the scarce number of them operating in each Member State) results in little attention being paid to data accuracy. Interestingly, the relevant segment of the credit reporting market constitutes an oligopolistic environment. This circumstance should induce the EU legislature to earnestly reflect upon the need to balance the for-profit purpose of this oligopolistic activity with the accountability – which perhaps needs to be increased – of such agencies given that they play a quasi-regulatory role in the credit market.

A COMPARATIVE OVERVIEW: THE US MODEL OF A CREDIT REPORTING REGULATION

In the US, consumer law falls under federal jurisdiction. The main source for the regulation of credit reporting agencies’ activity is the Fair Credit Repor-

³⁴ Amparo San José Riestra, *op. cit.*, 18. See also in economic literature, Joseph E. Stiglitz and Andrew Weiss, “Credit Rationing in Markets with Imperfect Information”, *American Economic Review*, Vol. 71, 1981, 393, 393–394; Anat R. Admati & Paul Pfleiderer, “Forcing Firms To Talk: Financial Disclosure Regulation and Externalities”, *Review of Financial Studies*, Vol. 13, 2000, 479, 479–83.

ting Act (hereinafter FCRA),³⁵ enacted on 26 October 1970³⁶ and effective from 25 April 1971. It is a prominent act of remedial legislation, having its historical justification in the more than fifty years that US common law had failed to provide adequate protection against consumer credit abuses.³⁷

The serious deficiencies in consumer protection that occurred in the period prior to the enactment of the FCRA³⁸ led the US Senate to adopt federal legislation regulating both general and detailed aspects surrounding credit reporting. Unsurprisingly, the credit bureau industry had been vehemently against such a solution. During the sensitive discussions prior to the enactment of the FCRA, the Associated Credit Bureaus of America (hereinafter ACB), which had called for a system mainly based on soft-law and self-regulation tools, reacted by elaborating a set of guidelines to discipline the activities of member bureaus. It is readily apparent how the drafting of these guidelines represented a political strategy to hamper legislation, without any real ethical concern for the content of that act. In fact, although these guidelines allowed consumers to access their information, the soft law tool prevented any legal action against credit bureaus. Ultimately, the ACB was compelled to accept a federal law which, in spite of being a compromise solution indeed influenced by the pressure exerted by credit bureaus,³⁹ pursued

³⁵ Fair Credit Reporting Act, Pub. L. 90-321, 91-508, 84 Stat. 1129 (1970) [codified as amended 15 U.S.C §§ 1681, 1681a-1681x (2009)], <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2017-title15/pdf/USCODE-2017-title15.pdf>. For an in-depth analysis of this law at the moment of its enactment, see Richard M. Koon, "Translating the Fair Credit Reporting Act", *Denver Law Journal*, Vol. 48, 1971, 51; Comment, "Protecting Consumers from Arbitrary, Erroneous, and Malicious Credit Information", *U.C. Davis Law Review*, Vol. 4, 1971, 403. For a study concerning the impact of FCRA's provisions on American consumers, see Sheldon Feldman, "The Fair Credit Reporting Act - From the Regulators Vantage Point", *Santa Clara Law Review*, Vol. 14, 1974, 459. More recently, see the Fed. Trade Commission Report, *40 Years of Experience with the Fair Credit Reporting Act. An FTC Staff Report with summary of interpretation*, at 1 (July 2011): <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/40-years-experience-fair-credit-reporting-act-ftc-staff-report-summary-interpretations/110720fcrareport.pdf>.

³⁶ Act of October 26, 1970, § 602, 84 Stat. 1136.

³⁷ At the state level, only Oklahoma had opted for a solution based on statutory controls over credit reporting; the act it passed in 1916 remained without equal in the US until 1969. See 24 Okla. Stat. Ann., § 24(81) (1955). See S. Rep. No. 517, 91st Cong., 1st Sess. 3 (1969).

³⁸ Robert M. McNamara Jr., "The Fair Credit Reporting Act: A Legislative Overview", *Journal of Public Law*, Vol. 22, 1973, 67, 71, who notes that "during the period of their phenomenal growth, credit bureaus have somehow escaped the focus of both state and federal inquiry and regulation in spite of the existence of serious abuses".

³⁹ For a depiction of the previous political discussions that preceded the enactment of FCRA, see Max A. Denny, "Federal Fair Credit Reporting Act", *Banking Law Journal*, Vol. 88, 1971, 579.

the overarching goal of establishing a functional balance in these bureaus' relations with consumers.

Nowadays, such federal legislation, precisely because of its all-encompassing nature, fulfils the valuable task of providing for a comprehensive and homogeneous regulation of the activity of credit bureaus, the management of consumer credit data and the civil liability of violators of the encompassed rules.

In order to strengthen consumer privacy and protection, the FCRA was subsequently amended by the Consumer Credit Reporting Reform Act of 1996,⁴⁰ which introduced significant procedural restrictions on the access to and use of consumer reports by employers, as well as imposing important obligations on data furnishers. Nearly two decades later, FCRA was again amended by the Fair and Accurate Credit Transactions Act⁴¹ – approved by Congress in 2003 – due to further consumer protection demands.⁴² The body that has been delegated to ensure “the implementation, oversight enforcement, and the interpretation of the FCRA”⁴³ is the Federal Trade Commission (FTC), which, following the enactment of Consumer Financial Protection Act of 2010,⁴⁴ shares these tasks, in many respects, with the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB).⁴⁵

The US federal legislature appears to have conceived the FCRA as a holistic and uniform act of legislation, its being characterized by a detailed and complete regime concerning the activity of “consumer reporting agencies”.⁴⁶ This cho-

⁴⁰ Consumer Credit Reporting Reform Act 1996, Pub. L. 104–208, 110 Stat. 3009 (1996) (codified in scattered sections of 15 U.S.C. § 1681a-1681x).

⁴¹ Fair and Accurate Credit Transactions Act 2003, Pub. L. 198-159, 117 Stat. 1952 (2003) (codified in scattered sections of 15 U.S.C. § 1681a-1681x). Subsequent to this amendment, for instance, the FCRA exempts most investigations conducted by outside third parties regarding employee misconduct from the notice, consent and disclosure requirements if specific conditions are met. On the reform and the contents of its amendments, see Michael F. McEnaney & Karl F. Kaufmann, “Fair Credit Reporting Acts Developments”, *Business Lawyer*, Vol. 59, 2004, 1215, 1215–1222.

⁴² More recently, consumer protection and financial system was markedly enhanced by the entry into force of the Dodd-Frank Act, cit., *supra* note 4. An analysis of the American regulatory provisions is offered by Howell E. Jackson, “Loan-Level Disclosure in Securitization Transactions: A Problem with Three Dimensions”, in *Moving Forward. The Future of Consumer Credit and Mortgage Finance* (Eds. Nicolas P. Retsinas and Eric S. Belsky), Brookings Institution Press, Washington D.C., 2011, 189.

⁴³ Federal Trade Commission Report, cit., at 1.

⁴⁴ See Dodd-Frank Act, cit., *supra* note 4.

⁴⁵ See Recent Legislation, “Dodd-Frank Act Creates the Consumer Financial Protection Bureau”, *Harvard Law Review*, Vol. 124, 2011, 2123, 2123-2130.

⁴⁶ These agencies follow and serve heterogeneous segments of the market, including commercial reporting, consumer reporting and credit scoring services, and marketing commi-

ice fulfills the need to establish concise duties to be observed by credit bureaus in performing their activities, with a final view to incisively protecting both customers and the credit market. The all-embracing solution acquires a greater richness of meaning when one considers that the US legal system often tends to resort to soft-law solutions – best-practices or guidelines – when regulating subjects and issues of particular detail. In this case however, despite being vigorously sought by ACB, soft-law rules have not been deemed the most adequate tool for protecting individuals and, simultaneously, ensuring market competitiveness. The federal law has thus avoided the perils associated with a fragmentation of regimes among US states. By contrast, due to the absence of relevant European legislation, the supranational legal backdrop on the European continent is scattered according to the divergent statutory acts of Member States,⁴⁷ thus unfolding negative effects on the functioning of the credit market and creating different levels of protection for EU citizens.

One can readily comprehend the great significance attributed by US lawmakers to consumer law (which significantly falls under federal competence) and, as far as the issue of this study is concerned, to the activity of credit bureaus. For instance, CRAs, pursuant to sections 605A⁴⁸ and 607(a),⁴⁹ are not entitled to put into circulation obsolete adverse information in particularized consumer reports; and under sections 604,⁵⁰ 607(a)⁵¹ and 607(b),⁵² they must adopt reasonable procedures to ensure the privacy and accuracy of consumer reports.⁵³ Thus, if a consumer disputes the accuracy of any items of information contained in her/his file, the CRAs are obliged to follow specific procedures aimed at ascertaining the correctness of the item(s) in question. Particularly, the accepted scholarly inter-

tments. See for more references Nicola Jentzsch, *Financial Privacy: An International Comparison of Credit Reporting Systems*, 2nd ed., Springer, Berlin-Hamburg, 2007, 69.

⁴⁷ See para. II.C.

⁴⁸ 15 U.S.C. § 1681c-1.

⁴⁹ 15 U.S.C. § 1681e.

⁵⁰ 15 U.S.C. § 1681e.

⁵¹ See *supra* note 49.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ See McEnaney & Kaufmann, *op. cit.*, 1215, 1220-1223. In addition to these elements, the authors claim that the Fair Credit Reporting Act, providing the duty of a data furnisher to not transmit information to a consumer reporting agency that it “knows or has reasonable cause to believe is inaccurate”, changed the prior standard. In fact, 15 U.S.C. § 1681s-2(a)1(A) of the version prior to the amendment Act of 2003 established that a data furnisher could not transmit information it “knows or consciously avoids knowing” is inaccurate.

pretation of text of § 607(b)⁵⁴ finds it to be “certain that a reporting agency would be guilty of willful non-compliance with [this] section (...) and, hence, civilly liable, if it maintained no procedures whatsoever to assure the accuracy of its reports”.⁵⁵ The fact that CRAs can be found liable surfaces plainly from the text of section 610(e)⁵⁶ as well. A particular obligation to follow specific procedures is posed by sections 611,⁵⁷ 613⁵⁸ and 614⁵⁹ in terms of reporting public record information for employment purposes or reporting adverse information other than public record information in investigative consumer reports. Moreover, sections 609,⁶⁰ 612⁶¹ and the above-mentioned 610⁶² impose duties, to be observed by CRAs, of providing certain disclosures upon request without costs or for a reasonable charge.⁶³ CRAs are also obliged to grant only limited disclosure to governmental agencies except in cases involving counterintelligence or counterterrorism. Interestingly, the FCRA entitles consumers to sue CRA’s or data furnishers for damages when they violate the Act’s provisions,⁶⁴ meaning that the US federal legislature has expressly granted consumers a very important civil remedy.

THE US-EU PARALLELS BETWEEN THE CREDIT REPORTING INDUSTRY AND THE CREDIT RATING INDUSTRY: OLIGOPOLY AND NON-COMPETITIVE MARKETS SERVING A REGULATORY PURPOSE

The significant feature uniting the US and EU credit markets is the highly oligopolistic nature of credit reporting agencies, with a small number of actors normally controlling most of the shares and space of the relevant credit envi-

⁵⁴ 15 U.S.C. § 1681e(b) reads as follows: “Whenever a consumer reporting agency prepares a consumer report it shall follow reasonable procedures to assure maximum possible accuracy of the information concerning the individual about whom the report relates”.

⁵⁵ Van Fleet, *op. cit.*, 491-492. For an analysis of the conceptual overhaul of the legislation in relation to common law libel actions, see Augusta E. Wilson, “The Future of Common-Law Libel Actions under the Fair Credit Reporting Act”, *Catholic University Law Review*, Vol. 21, 1971, 201.

⁵⁶ 15 U.S.C. § 1681h.

⁵⁷ 15 U.S.C. § 1681i.

⁵⁸ 15 U.S.C. § 1681k.

⁵⁹ 15 U.S.C. § 1681l.

⁶⁰ 15 U.S.C. § 1681g.

⁶¹ 15 U.S.C. § 1681j.

⁶² 15 U.S.C. § 1681h.

⁶³ Federal Trade Commission Report, *supra* note 35.

⁶⁴ U.S. National Consumer Law Center Report, *Big Data. A Big Disappointment for Scoring Consumer Credit Risk* 1, 21 (March 2014).

ronment.⁶⁵ In fact, in the US there are three major credit bureaus agencies⁶⁶ leading the sector; to these we can add some specialized smaller agencies, but their narrow purposes and limited recipients do not create dynamic competition. Similarly, in almost all EU Member States it is the case that very few private credit bureaus are empowered to conduct their data service in the national space, and these often coexist with the public agency.⁶⁷ And in some Member States there are in fact only state reporting agencies that operate in the national market.⁶⁸ Given that the for-profit interest of CRAs is not counter-balanced with the activity risks they should reasonably bear, as discussed above, such a wholly uncompetitive reporting market should engender serious concerns regarding the quality of the information jointly managed by data suppliers and credit bureaus.

The scarce number of credit reporting actors in the economic markets of the US and EU Member States does not create healthy competition among them, which would be required to improve the quality of data and reduce the relevant rate of errors. Considering that credit bureaus are presumably able to earn steadily higher income from the growing market demand for credit information and that they, simultaneously, benefit from the substantial absence of credit reporting competitors, they are tacitly allowed to single-mindedly satisfy their for-profit aim without regard for the equally important and more general social objective of data accuracy.⁶⁹ Accordingly, a regulatory counter-balance for this distortion is currently lacking.

⁶⁵ However, Larry Downes, “The Business Implications of the EU-U.S. ‘Privacy Shield’”, *Harvard Business Review*, (Feb. 10, 2016): <https://hbr.org/2016/02/the-business-implications-of-the-eu-u-s-privacy-shield>, depicts a significant difference between the EU and US approaches: “in Europe, the government is seen as the principal protector of personal information from abuse by non-governmental institutions — the opposite of the U.S. model”.

⁶⁶ Equifax, Experian and Transunion.

⁶⁷ In Germany, Schufa Holding Ag, owned by private banks and retailers, was created in 1927. It coexists with the first public register in Europe, established 1934, which is owned and operated by the Bundesbank. Both registries collect positive and negative information. In Italy, Portugal, Romania and Czech Republic, the structure of the credit reporting industry is very similar to the German one, inasmuch as it is based on private and public reporting agencies gathering both positive and negative information. Spain and Lithuania follow the skeleton of the above-mentioned countries’ industries, with the only difference being that private credit bureaus do not collect and manage positive information. Conversely, in Austria and Bulgaria, in which private and public credit agencies both perform these activities, the latter do not gather negative information.

⁶⁸ France is an EU country where, in respect of negative credit information, only a public registry conducts reporting activity at the national level. Similarly, in Slovenia there is one public registry as well, but it gathers positive and negative credit information.

⁶⁹ CNBC, “The real problem with credit reports is the astounding number of errors” (Sep. 27, 2017): <https://www.cnbc.com/2017/09/27/the-real-problem-with-credit-reports-is-the-astound->

Paradigmatically, the mechanisms underlying the fairly unique role played by credit rating agencies is of interest given that they have historically⁷⁰ operated in an even more pronounced oligopolistic market⁷¹ controlled by them.⁷² Even though the concrete regulatory functioning of *rating* agencies diverges from that of *reporting* ones,⁷³ inasmuch as the former seem to play a more active role than the latter – their performing an activity demanding a high degree of information processing and not only the fair and accurate collection and subsequent circulation of information – such comparison is useful. Specifically, it allows us to make certain observations based on the analogies existing in terms of the oligopolistic environments in which these two kinds of entities operate, bearing in mind that they share a common purpose (namely, the assessment of specific data subjects' creditworthiness).

It is commonly accepted that by furnishing a detailed analysis of the risks correlated with debt securities, rating agencies serve to make investors available. Theoretically, such securities⁷⁴ are strictly and rigorously evaluated by credit rating agencies, which are then entitled and called on to set the investment risk associated with these tools. In order to provide the mentioned information, they

ing-number-of-errors-equifax-commentary.html. Cf. also CBS, "40 Million Mistakes: Is Your Credit Report Accurate?", cit., at note 27. Somewhat more optimistically, the Federal Trade Commission, "Report to Congress Under Section 319 of the Fair and Accurate Credit Transactions Act of 2003" (December 2012): <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/section-319-fair-and-accurate-credit-transactions-act-2003-fifth-interim-federal-trade-commission/130211factareport.pdf>.

⁷⁰ For a historical overview of rating agencies, cf. Richard Sylla, "An Historical Primer on the Business of Credit Ratings", in *Ratings, Rating Agencies and the Global Financial System*, (Eds. Richard M. Levich et al.), Springer US, New York, 2002, 19.

⁷¹ See notably Robert J. Rhee, "On Duopoly and Compensation Games in The Credit Rating Industry", *Northwestern University Law Review*, Vol. 108, 2013, 113-126.

⁷² Asaf Eckstein, "Skin in the Game for Credit Rating Agencies and Proxy Advisors: Reality Meets Theory", *Harvard Business Law Review*, Vol. 7, 2017, 221, 228, who, analyzing the US backdrop, stresses the known crucial circumstance that "three firms currently dominate the rating industry: Moody's, Standard & Poor's, and Fitch".

⁷³ However, it is worth noting that the original role of credit rating agencies when they started to operate in 1860 could be compared to that played today by public financial reporting, as pointed out by Joshua Getzler and Alexandra Whelan, "Common Law and the Constraint of Financial Markets: Credit Rating Agencies as a Test Case", in *Private Law in 21st Century* (Eds. Kit Barker, Karen Fairweather and Ross Grantham), Hart Publishing, Oxford, 2017, 257.

⁷⁴ This category embraces many tools, such as government bonds, corporate bonds, certificates of deposit, municipal bonds, preferred stock, collateralized debt obligations (CDOs) and mortgage-backed securities.

must conduct an assessment concerning the likelihood of the debt issuer⁷⁵ failing to repay the due credit in a timely manner. The measurement results on riskiness are captured in ratings of creditworthiness, which are usually subject to publication upon request of the issuer and for a specific fee (“issuer-pays model”).⁷⁶ In the US, the rating agencies have been designated by the Security and Exchange Commission as Nationally Recognized Statistical Rating Organizations (NRSRO),⁷⁷ thus licensing their full dominance in this arena.⁷⁸ More broadly, the circumstance that a small circle of agencies dominates the global market environment with a collective share of about 97%⁷⁹ engenders a striking void of competitiveness, thereby lowering the quality of their performance.⁸⁰ Significantly, it has been argued that such oligopoly represents one of the main elements associated with crises in the rating industry.⁸¹ The oligopoly has established a “guaranteed market”,⁸² with few incentives ensuring quality in the rating process.⁸³

From a European perspective, the sovereign debt crisis and the broader financial crisis, combined with conflicts of interests concerning rating agencies as

⁷⁵ For instance, it can be a sovereign nation, local government, non-profit organization, corporation or bank.

⁷⁶ John Patrick Hunt, “Credit Rating Agencies and the “Worldwide Credit Crisis”: The Limits of Reputation, The Insufficiency of Reform, and a Proposal for Improvement”, *Columbia Business Law Review*, Vol. 2009, No. 1, 2009, 109, 152.

⁷⁷ For a detailed explanation of the process that led the Security and Exchange Commission to adopt such a decision, see Lawrence J. White, “Markets: The Credit Rating Agencies”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 24, 2010, 211, 213-214.

⁷⁸ Timothy J. Sinclair, “Credit Rating Agencies”, in *The Oxford Handbook of Business and Government* (Eds. David Coen, Wyn Grant and Graham Wilson), Oxford University Press, Oxford, 2010, 422, 432-433.

⁷⁹ Stefanie Hiß and Sebastian Nagel, “Ratingagenturen. Risikoprognostiker mit regulierungsresistentem Risikopotenzial”, in *Finanzmarktsoziologie. Entscheidungen, Ungewissheit und Geldordnung*, (Eds. Jürgen Beyer and Konstanze Senge), Springer, Berlin-Hamburg, 2018, 165: “Potenzielle Investoren werden von drei, den Markt mit 97 Prozent Marktanteil dominierenden Ratingagenturen über die relative Kreditausfallwahrscheinlichkeit potenzieller Schuldner informiert: Standard & Poor’s, Moody’s und Fitch”. Such information is also contained in *Id.*, “Credit Rating Agencies”, in *Europe and the Governance of Global Finance* 127 (Daniel Mügge ed., 2014).

⁸⁰ Rhee, op. cit., 95, who points out that “in a competitive market, reputation capital may ensure a certain level of quality and incentive, but it does not incentivize performance well when two firms have cornered the market for a necessary service”.

⁸¹ Hiß and Nagel, op. cit., 128.

⁸² The Economist, *Making Financial Markets Less Reliant on Ratings will not be Straightforward* (13 August 2011).

⁸³ Getzler and Whelan, op. cit., 260: “the unchallenged monopoly power of the Big Three led to the sloppy work”.

resulting from the issuer-pays model,⁸⁴ induced lawmakers to enact Regulation 1060/2009⁸⁵ on credit rating agencies, amended in 2013 as a result of the sudden downgrading of Greece's debt to junk status and also to ameliorate the unsolved issue of the rating agencies' conflicts of interests.⁸⁶ Recital 10 of Regulation (EU) 462/2013,⁸⁷ unchanged from the previous version of 2009, clarifies the reasons that led to the choice of a supranational legislative intervention, asserting that "credit rating agencies are considered to have failed, first, to reflect early enough in their credit ratings the worsening market conditions, and second, to timely adjust their credit ratings following the deepening market crisis". Therefore, "the most appropriate manner in which to correct those failures is by measures relating to conflicts of interest, the quality of the credit ratings, the transparency and internal governance of the credit rating agencies, and the surveillance of the activities of the credit rating agencies".

Overall, what emerges from this portrayal of credit bureaus' commitment to data accuracy and the spotlighted necessity of an in-depth risk analysis by rating agencies is that the main legal policy concern always relates to the quality of the information and the evaluations made available for the credit market. Although the roles of *reporting* and *rating* agencies differ to some extent, the final and shared exogenous purpose is facilitating a creditworthiness assessment and, from their point of view, this coexists harmoniously with their endogenous aim of for-profit interest, which has never been substantially affected thanks to their oligo-

⁸⁴ Particularly, Recital 10 of Regulation (EU) 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 amending Regulation (EC) 1060/2009 on credit rating agencies O.J. (L 146) 3 (hereinafter Regulation 462/2013), makes explicit some of the reasons for the EU legislative intervention: "relationships between the shareholders of credit rating agencies and the rated entities may cause conflicts of interest, which are not sufficiently dealt with by the existing rules". Consequently, "credit ratings issued under the issuer-pays model may be perceived as the credit ratings that suit the issuer rather than the credit ratings needed by the investor"; therefore, "it is essential to reinforce the conditions of independence applying to credit rating agencies in order to increase the level of credibility of credit ratings issued under the issuer-pays model".

⁸⁵ Regulation (EC) 1060/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on credit rating agencies, 2009 O.J. (L 302) 1, 3 (hereinafter Regulation 1060/2009).

⁸⁶ An in-depth analysis of the role of credit rating agencies (also with regard to the global financial crisis) subsequent to the entry into force of Regulation 1060/2009 is offered by Daniel Zimmer, "Rating-Agenturen: Reformbedarf nach der Reform", in *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung*, II, (Eds. Stefan Grundmann et al.), De Gruyter, Berlin, 2010, 2689, 2710, who points out that "*das grundlegende Problem, dass Rating-Agenturen im praktischen Regelfall von denjenigen ausgesucht und bezahlt werden, deren Bonität sie beurteilen sollen, wird aber in der Verordnung nicht adressiert*".

⁸⁷ Regulation 462/2013, *supra* note 84, at 3.

polistic status and the concomitant – and constantly increasing – market demand for credit information.

In the case of *rating* agencies, the EU felt the necessity to directly intervene with a comprehensive regulation designed to unify the regime and gain better control over the regulatory function of such entities. It is noteworthy that many alternative remedial tools have been suggested over time to protect the global market from low-quality ratings, inducing such agencies to avoid an underperformance of their tasks.⁸⁸

The interesting perspectives offered by some academic proposals – which envision implanting tailored, function-maximizing mechanisms in credit rating agencies – should be carefully taken into account also with a view to ascertaining if they could somehow be applied to credit bureaus. Nonetheless, the EU legislative choice welcomed and advanced a different approach. It endorsed a uniform body of regulations for credit rating agencies, regulations which, thus far, have not embraced any of the above-mentioned academic theories.

Whether this should be the way forward for credit bureaus – still largely conceived as sterile data vessels – is certainly debatable and controversial. Yet while they admittedly play a soft regulatory role in comparison with the rating industry, they nevertheless perform an activity which will prove to be increasingly relevant for the correct functioning of the credit market, as shown above. Likewise, with the recent augmentation of rating agency accountability as achieved by European intervention, aiming for a better evaluation of creditworthiness and an avoidance of conflicts of interest, the reporting industry perhaps needs to be conceptually redesigned, with greater responsibility linked to bureaus' activities. This could serve to counter-balance their legitimate for-profit endogenous purpose and sharpen the quasi-regulatory activity they perform, discouraging such agencies from disregarding the accuracy of customer information thus indirectly unfolding positive effects for the entire market.

⁸⁸ For instance, agencies could be required to disgorge profits stemming from ratings issued on specific types of new products when the rating proves to be of poor quality, unless they disclose in advance the poorly (under-)performed activity. For an in-depth analysis of “disgorgement of profits” from an EU private law perspective, see Pietro Sirena, “Towards a European Law of Unjustified Enrichment?”, *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, 2012, 113, 128-133. For a study on the global dimension of the issue, cf. Ewoud Hondius and André Janssen, “Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World”, *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*, (Eds. Ewoud Hondius and André Janssen), Springer, Berlin, 2015, 471, 471-507. See also (Eds.) Simone Degeling and Jason Ne Varuhas, *Equitable Compensation and Disgorgement of Profits*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

A PROPOSAL FOR A UNIFORM EUROPEAN REGULATION:
TOWARDS A SOLIDARY LIABILITY OF CREDIT BUREAUS AND DATA
FURNISHERS

The introduction of a uniform European law governing the activity of credit bureaus, one also identifying their potential liability,⁸⁹ would have a more emphatic and deterrent effect than that generated so far by the multiple regimes of national soft-law tools. The input provided by a holistic regulation of credit bureau activity would through its uniformity produce greater market competitiveness so as to reduce errors⁹⁰ in customers' credit data. A greater accountability of credit bureaus, whose supervision of (and responsibility for) information accuracy would be added to that already carried out by the data furnishers, would increase the likelihood of reduced errors, thereby yielding consequent collective benefits.

In any case, what seems evident is that a supervision activity jointly conducted by suppliers of data and credit bureaus would be a step toward achieving a greater accuracy in customer data. The default rule should be that of a solidary obligation,⁹¹ binding both the above-mentioned subjects, who should jointly exercise efforts to control and assess the exactitude of credit information.

Furthermore, this solution could be technically suitable, insofar as it is often not easy to detect the party in fact liable for the inaccuracy nor, more specifically, the precise moment at which it occurred (e.g. at the moment of information conveyance or, alternatively, upon its being put into circulation). The solidary nature of the monitoring obligation would primarily enhance the protection of weaker parties (namely consumers), who would be entitled to claim compensation of da-

⁸⁹ David D. Schein and James D. Phillips, "Holding Credit Reporting Agencies Accountable: How the Financial Crisis May Be Contributing to Improving Accuracy in Credit Reporting", *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 24, 2012, 329, are of the view that the litigation in which such agencies are involved is destined to significantly increase in the future because of the "continued troubled economic climate and the shifting view of liability by the courts"; they reach this conclusion based on an analysis of the US statutory framework for legal liability of CRAs in connection with a survey of pertinent federal court jurisprudence.

⁹⁰ The relevance of errors concerning credit data is emphasized by Virginia Maurer and Robert Thomas, "Getting Credit Where Credit is Due: Proposed Changes in the Fair Credit Reporting Act", *American Business Law Journal*, Vol. 34, 1997, 607. See Jan Lewis, *Credit Reporting: Paying for Others' Mistakes*, Trial 90 (Jan. 1992).

⁹¹ For an in-depth analysis of the topic, see notably Sonja Meier, "Plurality of Parties", in *Commentaries on European Contract Laws* (Eds. N. Jansen and R. Zimmermann), Oxford University Press, Oxford, 2018, 1557, 1558, 1561, and, particularly, Section 1 dedicated to "Plurality of debtors"; Id., *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010).

mage both from data furnishers and credit bureaus.⁹² Eventually, these latter parties could then determine the actual distribution of relevant liability within their internal relations and this would affect the amount of damage they are required to compensate. Therefore, it seems appropriate that the default rule just depicted be grounded on a pure solidary obligation. Particularly as regards the internal relations between co-obligors, it implies a presumption that the amount of the damage is to be divided equally, except where it is ascertained that there was an unequal degree of misconduct in relation to the inaccuracy, its having been caused – entirely or partially – by one of them. This would empower the specific co-obligor who paid out the entire compensation claim of a consumer, but whose conduct did not cause all the damages incurred, to have recourse against the other co-obligor whose activity led to all or part of the damage.

CONCLUSION

The research has followed a deductive method, with a narrative taking as its starting point the EU regulatory backdrop, one lacking uniform legislation concerning credit reporting agencies. It has been pointed out how this circumstance, in the credit market sector, can imperil the general objectives of EU legal policy, which are aimed at ensuring equal levels of protection among citizens of Member States within a unique environment underpinned by the cross-border exchange of information.

The general leaning of EU regulators towards principles-based legislation⁹³ is certainly meritorious, but one should duly recognize the unlikelihood that the intended supranational purposes can be fully achieved when the interventi-

⁹² See notably Robert Joseph Pothier, *A Treatise on the Law of Obligations, or Contracts*, vol. 1, paras 261-262, William D. Evans trans., Strahan, Butterworth & Cooke, Dublin, 1806: “[Solidarity] on the part of the debtors (...) consists in the obligation of the same thing being contracted by each for the whole, as completely as if each was the single debtor” and “each should be as completely bound for the performance of the whole, as if he alone had contracted the obligation”.

⁹³ Yehuda Adar and Pietro Sirena, “Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law”, *Rules and Principles in European Contract Law* (Eds. Jacobien Rutgers and Pietro Sirena), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, 7, 24, who argue that “principles are the norms of the Union’s law which encapsulate the common core of the laws of the Member States and (with particular regard to subsidiarity and proportionality) create the conditions for it to be applied at the European level, especially by the Court of Justice”. Furthermore, the authors point out how “principles promote the goal of European legal unity by reinforcing what national laws already share in common”. See on this point Bénédicte Fauvarque-Cosson and Denis Mazeaud (Eds.), *European contract law – Materials for a common frame of reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, De Gruyter, Berlin, 2008, p. XXXI. Cf. also Arthur S. Hartkamp, “The General Principles of EU Law and Private Law”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 75, 2011, 255.

ons that are made often end up contributing to a sharpening of the fragmentation between Member State regimes. In most cases, their legislatures are free to adopt diverging implementation mechanisms, which, on a micro level, are theoretically positive since, through such an approach, EU countries can carefully attune their individual regimes so as to interact optimally with those jurisdictions in which they are typically engaged, thus establishing reciprocal fair competition.⁹⁴ Yet in the meantime, the absence of uniform effects – which stems paradoxically from a single European act of legislation inasmuch as the Member States are singularly empowered to determine those effects – generates a glaring incongruity: essential policy objectives are fixed at EU level, but they manifest asymmetrical and multifarious socio-economic results in their national dimensions. This argument, emphasizing the negative aspects resulting from the current lack of any *ad hoc* regulation of the credit reporting sector, has thus allowed us to answer the first of the three *descriptive* questions originally posed in the introduction of the article.⁹⁵

The entirety of this work has been structured and conceived to demonstrate the need for a uniform legislative approach to the topic of the credit reporting industry. The first part is underpinned by an analysis of the quasi-regulatory role of credit bureaus, which very often operate in an oligopolistic environment facilitating their endogenous for-profit aim, without regard for the social exogenous demand for accurate data. From this perspective, the paper has stressed the desirability of a regulation aimed at rendering credit bureaus more accountable for information exactitude by holding them, as a deterrence-minded counter-measure and where specific conditions are fulfilled, jointly and severally liable along with the supplier of data for damage suffered by customers as a result of inaccuracies. The comparative perspective analyzing the US credit reporting industry has been particularly significant for two main reasons. Above all, the present research entails evaluating the practicality of a uniform EU legislative solution, and an examination of the US model suggests that one can craft a solution incorporating both principles and a detailed normative regime. Secondly, the specific approach enshrined in US federal legislation, which appears to be all-encompassing, takes on special meaning since US regulators normally tend to avoid such an attitude, generally preferring to resort to specialized soft-law tools.

The urgency of a uniform regulation has been confirmed by that part of the study which attempts to show how the heterogeneous national regimes can concretely imperil the EU objective of an effective and reciprocal exchange of data, also in light of the recent Regulation 679/2016. The discrepancies descri-

⁹⁴ See notably Pietro Sirena, “Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo”, *Rivista di diritto civile*, 2016, 653, 662–664.

⁹⁵ See *supra* para. 1.

bed above – relating, for instance, to the divergent retention periods for information stored on the credit agency databases operating in each EU country – pave the way for the creation of national barriers impeding the fulfillment of a European Single Market. In fact, in this specific segment of the credit market, the EU legislative intention is to forge a credit-reporting industry increasingly based on a mutual exchange of data among various Member State credit bureaus.⁹⁶ The future way forward for the credit-reporting sector can perhaps best be found in a reversal of the EU's traditional legislative paradigm, shifting namely from a principle-based approach to a holistic and uniform approach that embraces both principles as well as detailed regulation.

Summary

The present article advances a new conceptualization of credit bureaus. Valuing the soft-regulatory role that credit bureaus play in the credit market and acknowledging the prominence of their activity in overseeing the per capita indebtedness of the population, the paper stresses the need for a holistic and uniform regulatory approach. This new regulatory technique should be designed to make credit bureaus more accountable for information exactitude, holding them subject to solidary liability along with the supplier of data for any damage suffered by customers as a result of inaccuracies. The complementary examination of the US model for credit reporting is essential for the development of the analysis. Interestingly, the relevant US legislation appears to be all-encompassing, thereby taking on special meaning since US regulators normally tend to avoid such an approach, generally preferring to resort to specialized soft-law tools. In light of this argument as well, the future way forward for the credit-reporting sector consists of a reversal of the EU's traditional legislative approach.

LUIGI BUONANNO
Doktorand Pravnog fakulteta
Univerziteta Bocconi, Milano, Italija

KREDITNI IZVEŠTAJI EU: POTREBA ZA UNIFORMNIM REGULATORNIM PRISTUPOM

Rezime

Prema tradicionalnoj i čvrsto utemeljenoj koncepciji, kreditni biroi se shvataju kao brodovi koji čuvaju podatke o klijentima kojima raspoložu banke, posrednici i uopšte, zajmodavci. Shodno

⁹⁶ Directive 2008/48, cit.; Commission Decision 2008/542, cit.

tome, smatra se da kreditni biroji imaju "neutralnu" ulogu na kreditnom tržištu. Zbog toga u Evropi i SAD, oni uglavnom nisu odgovorni za pogrešne informacije koje puštaju u promet, uprkos tome što je kvalitet podataka presudan za pravilno funkcionisanje tržišta i za pravičnu alokaciju resursa. Ova okolnost dovodi do sukoba između tržišnog interesa za tačnim podacima i "endogenog" profitnog interesa kreditnih biroa. Konkretno, uprkos tome što obavljaju važnu aktivnost u oligopolističkom okruženju, kreditnim biroima je trenutno dozvoljeno da ostvaruju svoj profitni interes bez suštinske odgovornosti u pogledu njihove "egzogene" funkcije prenošenja tačnih podataka. Ova neravnoteža rezultira lošim rezultatima i niskim nivoom kvaliteta podataka. U radu se primenjuje deduktivni metod koji polazi od regulative EU zasnovane na postavljenim principima, koja ne podrazumeva jedinstveno zakonodavstvo relevantno za agencije za kreditno izveštavanje. Upoređujući pravila koja poznaje američki sistem kreditnog izveštavanja, rad ukazuje kako ove okolnosti u sektoru kreditnog tržišta mogu ugroziti neke ključne ciljeve pravne politike EU čije se osnovno nastojanje ogleda u obezbeđenju jednakog nivoa zaštite građana Države članice u jedinstvenom okruženju, zavisnom od prekogranične razmene informacija.

Ključne reči: kreditni podaci, netačnost podataka, prezaduženost, uniformna regulativa, solidarne obaveze

Bibliography

- Allan Van Fleet G., "Judicial Construction of the Fair Credit Reporting Act: Scope and Civil Liability", *Columbia Law Review*, Vol. 76, 1976.
- Bennett C. J., *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Cornell University Press, Ithaca, 1992.
- Cohen J. E., "What Privacy is For", *Harvard Law Review*, Vol. 126, 2013.
- Davis F., "What Do We Mean by "Right to Privacy"?", *South Dakota Law Review*, Vol. 4, 1959.
- Deckelboim S. J., "Consumer Privacy on an International Scale: Conflicting Viewpoints Underlying the EU-U.S. Privacy Shield Framework and How the Framework Will Impact Privacy Advocates, National Security, and Business", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 48, 2016.
- Degeling S., Ne Varuhas J., *Equitable Compensation and Disgorgement of Profits*, Hart Publishing, Oxford, 2017.
- Denny M. A., "Federal Fair Credit Reporting Act", *Banking Law Journal*, Vol. 88, 1971.
- Fauvarque-Cosson B. and Mazeaud D. (Eds.), *European contract law – Materials for a common frame of reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, De Gruyter, Berlin, 2008.
- Feldman S., "The Fair Credit Reporting Act - From the Regulators Vantage Point", *Santa Clara Law Review*, Vol. 14, 1974.
- Friedt C., "Privacy", *Yale Law Journal*, Vol. 77, 1968.
- Gavison R. E., "Privacy and the Limits of Law", *Yale Law Journal*, Vol. 89, 1980.
- Green L., "The Duty to Give Accurate Information", *UCLA Law Review*, Vol. 12, 1965.

- Grundmann S, et al. (Eds.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung*, II, De Gruyter, Berlin, 2010.
- Grundmann S., Micklitz H.-W. (Eds.), *The European Banking Union and Constitution. Beacon for Advanced Integration or Death-Knell for Democracy?*, Hart Publishing, Oxford, 2019.
- Hartkamp A. S., “The General Principles of EU Law and Private Law”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 75, 2011.
- Hoofnagle C. J., van der Sloot B., Zuiderveen Borgesius F., “The European Union General Data Protection Regulation: What It Is and What It Means”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 28, 2019.
- Hunt J. P., “Credit Rating Agencies and the “Worldwide Credit Crisis”: The Limits of Reputation, The Insufficiency of Reform, and a Proposal for Improvement”, *Columbia Business Law Review*, Vol. 2009, No. 1, 2009.
- Iuliani A., “Note Minime in Tema di Trattamento Dei Dati Personali”, *Europa e diritto privato*, 2018.
- Jansen N., Zimmermann R. (Eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Konvitz M. R., “Privacy and the Law: A Philosophical Prelude”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 31, 1966.
- Koon R. M., “Translating the Fair Credit Reporting Act”, *Denver Law Journal*, Vol. 48, 1971.
- Krist A. H., “Large-Scale Enforcement of Fair Credit Reporting Act and the Role of State Attorneys General”, *Columbia Law Review*, Vol. 115, 2015.
- Lever A., *On Privacy*, Routledge, New York, 2012.
- Levich M. R. et al. (Eds.), *Ratings, Rating Agencies and the Global Financial System*, Springer US, New York, 2002.
- Maurer V. G., “Common Law Defamation and the Fair Credit Reporting Act”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 72, 1983.
- McEnaney M. F., Kaufmann K.F., “Fair Credit Reporting Acts Developments”, *Business Lawyer*, Vol. 59, 2004.
- McNamara Jr. R. M., “The Fair Credit Reporting Act: A Legislative Overview”, *Journal of Public Law*, Vol. 22, 1973.
- Prosser W. L., “Privacy”, *California Law Review*, Vol. 48, No. 3, 1960.
- Rodotà S., “La Privacy tra individuo e collettività”, *Politica del diritto*, 1974.
- Rutgers J., Sirena P. (Eds.) *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015.

- Schramm-Strosser M., “The “Not So” Fair Credit Reporting Act: Federal Preemption, Injunctive Relief, and the Need to Return Remedies for Common Law Defamation to the States”, *Duquesne Business Law Journal*, Vol. 14, 2012, 165;
- Simović V., “The Accuracy of the Information Presented in Credit Bureau Reports: Research and Comparative Analysis”, *Economic Analysis*, Vol. 48, No. 3-4, 2015.
- Sirena P., “Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo”, *Rivista di diritto civile*, 2016.
- Sirena P., “Towards a European Law of Unjustified Enrichment?”, *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, 2012.
- Ullman C. M., “Liability of Credit Bureaus after Fair Credit Reporting Act: the Need for Further Reform”, *Villanova Law Review*, Vol. 17, 1971.
- Voigt P. and von dem Bussche A., *The EU General Data Protection Regulation (Gdpr)*, Springer, Berlin-Hamburg, 2017.
- Wacks R., *Personal Information: Privacy and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- Warren S. D., Louis D. Brandeis L.D., “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, 1890.
- Wilson A. E., “The Future of Common-Law Libel Actions under the Fair Credit Reporting Act”, *Catholic University Law Review*, Vol. 21, 1971.

TREĆA NAGRADA
“PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ”

PAVLE NOVEVSKI

UNIFIKACIJA PRAVA: PITANJE ODGOVORNOSTI PRODAVCA ZA SUMNJU U NEDOSTATKE ROBE PREMA PRAVILIMA BEČKE KONVENCIJE O MEĐUNARODNOJ PRODAJI I PRAVU EVROPSKE UNIJE

Sumnja u nedostatke robe tema je sa kojom se teorija i praksa sve češće susreću u kontekstu pitanja nesaobraznosti robe. Pod okriljem pravila Bečke konvencije, pojedini sudovi su prepoznali koncept potencijalnog nedostatka baziranog na sumnji i na taj način utvrdili nesaobraznost robe i odgovornost prodavca za takvu nesaobraznost. S druge strane, pred Evropskim sudom pravde postavilo se pitanje da li je proizvođač odgovoran za potencijalni nedostatak kod ugradnih medicinskih uređaja poput pejsmejкера i kardioverter defibrilatora. U ovom radu, autor analizira različite stavove u literaturi povodom ovog pitanja, ali i domašaje presuda koje su ovo pitanje prepoznale kao relevantno, kroz kontekst unifikacije prava na globalnom i regionalnom nivou.

Ključne reči: nesaobraznost robe, sumnja u nedostatak robe, odgovornost prodavca, Bečka konvencija, Evropski sud pravde

ZNAČAJ UNIFIKACIJE PRAVA U DOMENU MEĐUNARODNE PRODAJE ROBE

Unifikacija prava predstavlja proces izjednačavanja pravnih normi različitih pravnih područja. Može se razložiti na unutrašnju unifikaciju, koja teži ujednača-

Pavle Novevski, student master studija evropskih integracija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: novevskipavle@gmail.com.

vanju pravnih normi na različitim područjima unutar jedne iste zemlje; i na međunarodnu, koja se odnosi na pravne norme različitih zemalja.¹ Sledstveno, unifikacija prava jeste svojevrsan proces koji stoji nasuprot pravnom partikularizmu i kojim se olakšava funkcionisanje prava i podiže nivo njegove efikasnosti, onda kada uslovi to dozvoljavaju.²

Veliki su napori na međunarodnom planu da se unifikacija ostvari u građanskom i privrednom pravu.³ Ugovori zaključeni u različitim pravnim, ekonomskim i socijalnim sistemima nailaze na različite prepreke koje otežavaju međunarodne poslovne transakcije. U tom smislu, nacionalne granice, koje sa sobom neminovno nose i primenu različitog nacionalnog prava na svakog od učesnika u međunarodnom poslovnom prometu, predstavljaju jednu od značajnijih smetnji.⁴

U današnje vreme, međunarodna trgovina je naročito intenzivirana, podstaknuta trendovima globalizacije, koji nastoje da uspostave jedinstveno tržište na kojem će roba, usluge i faktori proizvodnje biti dostupni svima, na svakom mestu, u svakom trenutku i pod istim uslovima.⁵ S tim u vezi, donošenje uniformnih supstancijalnih pravila, barem načelno predupređuje sukob zakona i eliminiše potrebu za korišćenjem kolizione tehnike upućivanja na merodavno pravo.⁶ Kolizione norme, osim što često nisu dovoljno razumljive i pristupačne za poslovni svet, takođe potiču iz nacionalnih propisa, čime se opseg nejednakog regulisanja, a time i pravne nesigurnosti, povećava.⁷

Pravna sigurnost, odnosno pružanje garancije pravne sigurnosti svim učesnicima u međunarodnoj trgovini, upravo su glavni cilj ujednačavanja prava kojima se države vode, kako na regionalnom međunarodnom planu, pod okriljem različitih međunarodnih organizacija poput Evropske unije, tako i na globalnom planu. Posebna pažnja posvećena je ugovoru o prodaji, kao najčešćem i najvažni-

¹ Maja Stanivuković, "Instrumenti unifikacije i harmonizacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, s posebnim osvrtom na načela evropskog ugovornog prava", *Načela Evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo – prilog harmonizaciji jugoslovenskog prava* (ur. Radovan Vukadinović), Kragujevac, 2001, 59.

² Sava Aksić, "Značenje pojmova unifikacije, kodifikacije i harmonizacije pravnih propisa", *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. Milan Tomić), Istočno Sarajevo, 2013, 207.

³ M. Stanivuković, op. cit., 59.

⁴ Jelena Perović, "Potreba unifikacije i harmonizacije ugovornog prava", <http://bs.scribd.com/doc/94899654/Jelena-Perovic-Unfikacija-Ugovornog-Prava-2011>, 25.09.2020, 1.

⁵ Zlatija Jelenković, "Međunarodna trgovina i proizvodi za finansiranje trgovine: Izazovi u uslovima globalizacije i finansijske krize, *Univerzitet Singidunum*, Departman za postdiplomske studije, Beograd, 2016, 20.

⁶ M. Stanivuković, op. cit., 59.

⁷ J. Perović, op. cit., 2.

jem obliku međunarodne trgovinske razmene, a od rešenja na planu unifikacije u ovoj oblasti, umnogome zavisi nesmetano odvijanje trgovine, kao i transakcioni troškovi kojima su učesnici trgovinske razmene izloženi.⁸

Dok se na tlu Evropske unije uniformna rešenja u pogledu ugovornog prava još uvek traže, na globalnom nivou je rešenje ponuđeno još 1980. godine, donošenjem Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe⁹ (u daljem tekstu Bečka konvencija, Konvencija). Imajući u vidu broj država koji je ratifikovao Bečku konvenciju, ali i obim poslova međunarodne trgovine koji se zaključuju i obavljaju u sistemu ove konvencije,¹⁰ sa razlogom se može tvrditi da je ona najuspešniji instrument unifikacije privatnog prava.¹¹

S obzirom na dinamiku odnosa koja je karakteristična za međunarodnu prodaju robe, vremenom se otvaraju nova pitanja i dileme koje postavljaju dodatni izazov pred inače kompleksan proces unifikacije prava. Jedno od takvih pitanja jeste odgovornost prodavca za potencijalni nedostatak stvari, odnosno za onaj nedostatak za koji se opravdano sumnja da postoji. U daljem tekstu ovog rada biće više reči o tome kakav je odgovor na ovo pitanje dat na globalnom nivou, u smislu Bečke konvencije, ali i na regionalnom nivou, u okviru Evropske unije.

ODGOVORNOST PRODAVCA ZA POTENCIJALNE NEDOSTATKE STVARI PREMA BEČKOJ KONVENCIJI

Koncept nesaobraznosti robe prema članu 35. Bečke konvencije

Član 35. Bečke konvencije određuje pojam saobraznosti robe. Sam član 35 razložen je na dva dela – član 35(1) i predstavlja ugovorni standard saobraznosti robe i njemu je poklonjena jasna hijerarhijska prevlast nad članom 35(2), koji postavlja dopunske pravne standarde prema kojima se ceni da li je roba saobrazna ugovoru.¹²

Osnovna obaveza prodavca po članu 35(1) Bečke konvencije je da isporuči dobra koja su u skladu sa ugovorom u smislu kvaliteta, kvantiteta, opisa i pakova-

⁸ Milena Đorđević, "Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u srpskom pravu i praksi – iskustva i perspektive", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Tom 60, br. 2, Beograd, 2012, 257.

⁹ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 1980.

¹⁰ V. M. Đorđević, op. cit., 260 i dalje.

¹¹ *Ibidem*, 260–261.

¹² Stefan Kröll, "Article 35", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary* (ur. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Second edition, Beck/Hart/Nomos, Munich, 2018, 496.

nja.¹³ Karakteristike dobra mogu biti ugovorene eksplicitno ili implicitno, a prilikom utvrđivanja namere stranaka, u skladu sa članom 8(3) Konvencije, vodiće se računa o svim relevantnim okolnostima, uključujući pregovore stranaka, njihovu međusobnu poslovnu praksu, običaje, kao i njihovo naknadno ponašanje.¹⁴

S druge strane, član 35(2) Konvencije, uspostavlja objektivne i dodatne standarde saobraznosti robe, koji postaju relevantni ako se ugovorne strane nisu drukčije sporazumele.¹⁵ Drugim rečima, ukoliko ugovorne strane ne isključe ugovorom, bilo eksplicitno ili implicitno, primenu ovog člana, određene karakteristike robe se unapred pretpostavljaju.¹⁶ Ovaj član služi kao svojevrsan korektiv člana 35(1), imajući u vidu da strane koje stupaju u ugovor, vrlo često ne iskazuju jasno svoja očekivanja u vezi sa kvalitetom dobra, iz različitih razloga. Zato, član 35(2) uzima u obzir “ono što bi razumne strane ugovorile, da su o tome razmišljale.”¹⁷

Ukratko, član 35(2) Konvencije stavlja poseban naglasak na svrhu zbog koje je kupac stupio u ugovor sa prodavcem,¹⁸ te roba koja se isporučuje mora da ispunji određene uslove ili se neće smatrati da je saobrazna ugovoru. Konkretno, roba nije saobrazna ugovoru ukoliko: 35(2)(a) nije podobna za svrhe za koje se roba iste vrste uobičajeno koristi; 35(2)(b) nije podobna za naročitu svrhu koja je prodavcu izričito ili prećutno stavljena do znanja u vreme zaključenja ugovora, izuzev kad okolnosti ukazuju da se kupac nije oslonio, niti je bilo razumno da se osloni na stručnost i prosuđivanje prodavca; 35(2)(c) ne poseduje kvalitete robe koje je prodavac kupcu predložio u vidu uzorka ili modela; 35(2)(d) nije pakovana ili zaštićena na način uobičajen za takvu robu ili, ako takav način ne postoji, na način koji je odgovarajući da sačuva i zaštiti robu.¹⁹

Ne ulazeći detaljnije u svaki od navedenih uslova, može se zaključiti da će prodavac, ukoliko primenimo restriktivno tumačenje člana 35, odgovarati za potencijalne nedostatke robe, samo ukoliko je to ugovorom eksplicitno određeno, ili

¹³ Alastair Mullis, “Part 4: Obligations of the seller”, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (ur. Peter Huber, Alastair Mullis), Sellier, European Law Publishers, Munich, 2007, 130–131.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ S. Kröll, op. cit., 502.

¹⁶ A. Mullis, op. cit., 134.

¹⁷ Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, Berlin, 2009; S. Kröll, op. cit., 503.

¹⁸ S. Kröll, op. cit., 502.

¹⁹ Član 35. Bečke konvencije.

se iz sadržine ugovora takva odgovornost prodavca može pretpostaviti. Ipak, u literaturi se sugerije da ovaj član treba tumačiti ekstenzivno i nezavisno od uporednopravnih zakonodavnih rešenja²⁰, te da, u određenim okolnostima, i sama sumnja da nedostatak robe postoji, čini istu nesaobraznom ugovoru.²¹

Sumnja u nedostatke robe i njena uobičajena (redovna) namena

Dilema oko toga da li sumnja u nedostatke robe može dovesti do toga da se takva roba smatra nesaobraznom, datira još od šezdesetih godina prošlog veka, kada se pred vrhovnim sudom Nemačke postavilo pitanje da li je obična sumnja da je Argentinska zečatina zaražena salmonelom, dovoljna da se ustanovi odgovornost prodavca.²² Gotovo dve decenije kasnije, ovo pitanje je ponovljeno u slučaju u kojem su austrijski vinari dodali glikol u svoja vina, ne bi li ona dostigla potrebni prag da budu odlikovana kao "kvalitetna vina".²³

Načelno, obična sumnja u nedostatak robe, ne čini robu nesaobraznom ugovoru. Da bi se moglo govoriti o nesaobraznosti, roba, u najmanju ruku, mora da bude takva da ne odgovara uobičajenoj svrsi kojoj odgovaraju dobra iste vrste.²⁴ Međutim, u pojedinim slučajevima, razumna sumnja da roba nije u skladu sa ugovorom, koja se bazira na prethodnim događajima i iskustvima, može predstavljati osnov za nesaobraznost robe. Primeri takve razumne sumnje uglavnom se odnose na potencijalno opasna dobra ili dobra namenjena za ljudsku konzumaciju, koja mogu biti štetna po zdravlje ljudi. Iz tih razloga, lokalne vlasti neretko reaguju na osnovu čiste sumnje da dobra mogu dovesti do određenih posledica i zabranjuju njihovu dalju prodaju.²⁵ Međutim, nekad i bez takvih delovanja vlasti, sumnja u štetnost dobra može dovesti do toga da se roba smatra nesaobraznom ugovoru. Takav je slučaj kada prodavac nema dovoljno vremena da odagna sumnju pre nego što dobra propadnu, usled svojih prirodnih karakteristika.²⁶

Polazeći od navedenog teorijskog koncepta, da bi se pravilno odgovorilo na pitanje u kojim slučajevima potencijalni nedostatak robe može ujedno predstav-

²⁰ *Ibidem*, 489.

²¹ *Ibidem*, 513.

²² Ingeborg Schwenzer, David Tebel, "Suspicious, Mere Suspicious: Non-conformity of the Goods?", *Uniform Law Review*, Tom 19, br. 1, Oxford University Press, New York, 2014, 152.

²³ *Ibidem*.

²⁴ S. Kröll, *op. cit.*, 513

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

ljati i njenu nesaobraznost ugovoru, jasno je da se najpre mora utvrditi šta tačno predstavlja uobičajenu svrhu kojoj dobra iste vrste treba da služe. U literaturi postoje različita mišljenja o tome šta se smatra redovnom svrhom. Načelno, dobra koja odgovaraju redovnoj nameni jesu ona koja su standardnih karakteristika, odnosno, koja poseduju onakva svojstva koja se u prometu redovno očekuju od robe iste vrste. To dalje implicira i to da takva roba treba da bude oslobođena svih nedostataka koji bi osujetili redovna očekivanja, koja dobra takve iste vrste treba da zadovolje.²⁷

U literaturi postoje neslaganja u pogledu toga koji standard kvaliteta roba podobna za redovnu namenu treba da ostvari.²⁸ Opseg ponuđenih standarda preteže se od *prosečnog kvaliteta*, preko *kvaliteta koji se razumno očekuje*,²⁹ pa do *kvaliteta robe podesnog za trgovinsku razmenu*.³⁰ Mišljenje koje preteže ide u pravcu toga da dobra ne moraju da budu prosečnog kvaliteta da bi ispunjavala svoju redovnu namenu. U praksi se neretko dešava da su ona ispod nivoa prosečnog kvaliteta, ali i dalje podobna za trgovinsku razmenu, čime zadovoljavaju uobičajenu svrhu u trgovinskom prometu.³¹ Uzimajući u obzir navedeno, jasno je da se standard kvaliteta za uobičajenu svrhu koju roba treba da ispuni, vrlo često ne može dati unapred. Standard razumnog očekivanja deluje kao potencijalno dobro rešenje jer polazi od konkretnog slučaja i komercijalne ocene toga kakav bi kvalitet robe očekivala razumna osoba, kada bi se nalazila u poziciji kupca.³²

Iz priloženog proizlazi da se odgovornost prodavca za potencijalne nedostatke stvari, na koje se u datom trenutku samo sumnja, može ustanoviti jedino ukoliko kupac dokaže da isporučena roba ne odgovara uobičajenoj nameni, koja se od robe takve vrste redovno očekuje u trgovinskom prometu. Određeni autori, međutim, ovom pitanju pristupaju na drugačiji način, te šire postavljaju odgovornost prodavca u slučaju sumnje u nedostatak robe. Centralno polazište ovih autora jeste pitanje kako potencijalni nedostatak utiče na upotrebljivost robe i njenu tržišnu vrednost.

²⁷ *Ibidem*, 504.

²⁸ A. Mullis, op. cit., 135.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ S. Kröll, op. cit., 506.

³¹ V S. Kröll, op. cit., 506: Školjke, na primer, imaju prosečnu vrednost kadmijuma 0.5 mg, ali je njihova prodaja i potrošnja zabranjena tek ukoliko nivo kadmijuma dostigne 1.5 mg ili preko te vrednosti. Posledično, ukoliko se prodaje paket školjki čija vrednost kadmijuma dostiže 1 mg, njihov kvalitet jeste ispod proseka, međutim, one su i dalje podobne za korišćenje i preprodaju, te ispunjavaju svoju redovnu namenu.

³² A. Mullis, op. cit., 135.

Sumnja u nedostatke robe i njena upotrebna i tržišna vrednost

Danas se kvalitet robe, u kontekstu njene saobraznosti ugovoru, mora ceniti ne samo prema njenom fizičkom stanju, već se u obzir moraju uzeti i sve faktičke i pravne okolnosti koje utiču na odnos robe sa njenim okruženjem.³³ U nekim slučajevima, karakteristike dobra koje nisu fizičke, pretežu nad onim fizičkim, ili su barem podjednako bitne. Tako, ukoliko postoje smernice dobre proizvođačke prakse, a prodavac ne poseduje dokumentaciju kojom bi dokazao da se ovih smernica pridržavao, roba će se smatrati nesaobraznom, iako nema materijalnih nedostataka.³⁴ Bilo da se radi o fizičkom ili nefizičkom nedostatku, ukoliko taj nedostatak onemogućava da se roba koristi za svoju uobičajenu ili posebnu namenu, koja je prodavcu bila poznata u trenutku zaključenja ugovora, smatraće se da nesaobraznost robe postoji.³⁵

Dve grupe slučajeva

Postavljajući tržišnu vrednost kao polaznu tačku za procenjivanje saobraznosti robe, možemo izdvojiti dve grupe slučajeva u kojoj sumnja u nedostatak robe ima uticaja. Prvu grupu slučajeva odlikuje to da se, usled specifičnih okolnosti, kao što je to, na primer, poreklo robe, javlja sumnja da roba poseduje neku negativnu karakteristiku. Tako, ukoliko meso namenjeno za prodaju potiče iz geografske oblasti gde se pojavilo pojačan broj ljudi zaraženih salmonelom, kupci reaguju na taj način da prestaju da kupuju meso takvog porekla, iako pojedinačna isporuka može biti besprekornog kvaliteta. Dakle, sumnja se javlja pod uticajem određene spoljašnje okolnosti i menja tržišnu procenu pojedinog dobra i njegovih poznatih karakteristika.³⁶

U drugu grupu potpadaju slučajevi gde učesnici u trgovini reaguju na svojstva robe koja postoje zbog određenog događaja u prošlosti. To, primera radi, može biti polovan automobil koji je već bio korišćen na određeni način, ili je oštećen u saobraćajnoj nezgodi, ili se radi o zemljištu koje je bilo izloženo zagađenju. U ovim slučajevima, međutim, sumnja u nedostatak robe ne proizlazi iz bilo koje spoljašnje okolnosti. Naprotiv, ona potiče iz same negativne karakteristike robe,

³³ Ingeborg Schwenzer, "Article 35", *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ur. Ingeborg Schwenzer), Fourth Edition, Oxford University Press, New York 2016, 596; S. Kröll, op. cit., 493.

³⁴ I. Schwenzer, D. Tebel, op. cit., 155.

³⁵ *Ibidem*; S. Kröll, op. cit., 493.

³⁶ I. Schwenzer, D. Tebel, op. cit., 154.

koja je unapred poznata, te jedina sumnja koja postoji u ovom slučaju, jeste ona vezana za potencijalne posledice koje mogu nastati usled korišćenja ovakvih dobara. Zbog toga, kako tržišna vrednost dobara nije narušena zbog sumnje, već zbog negativnih karakteristika same stvari, u kontekstu potencijalnih nedostataka zasnovanih na sumnji, samo je prva grupa slučajeva relevantna.³⁷

Sumnja u nedostatke robe kao smetnja njenoj upotrebljivosti

Sumnja u nedostatke robe koja dovede do promene njene tržišne vrednosti, najčešće utiče i na njenu upotrebljivost. U međunarodnoj prodaji robe, najvažniji oblik upotrebljivosti robe jeste mogućnost njene dalje preprodaje, te se i sama nesaobraznost ima ceniti prema ograničenju njene upotrebne vrednosti.³⁸

Kao što je već izneto, u nemačkoj literaturi i sudskoj praksi, smatra se da nije svaka sumnja dovoljna da se ustanovi nesaobraznost robe. Naprotiv, to može biti samo ona sumnja koja je bazirana na konkretnim događajima, koja je očigledna ili koja može da proizvede štetne posledice po zdravlje ljudi.³⁹ Suprotno tome, autori koji ekstenzivnije tumače pojam sumnje u nedostatak robe, tvrde da je svaka sumnja koja utiče na njenu tržišnu vrednost, čime joj se ograničava i upotrebljivost, odnosno namena koju je kupac imao u vidu prilikom zaključenja ugovora, dovoljna da ustanovi nesaobraznost robe. S tim u vezi, ni reakcija tržišta ne mora biti zasnovana na validnim i racionalnim razlozima. Prodavac snosi odgovornost da je roba koju prodaje oslobođena svih ograničenja u smislu njene upotrebne vrednosti, a pogotovo mogućnosti njene preprodaje.⁴⁰ Zbog toga, nesaobraznost postoji već onda kada je sumnja izazvala takvu promenu na tržištu, da kupac svoje dobro ne može da koristi onako kako je prvobitno imao nameru.

U istom ovom kontekstu, nije važno ni da li sumnja može dovesti do bitne povrede ugovora ili ne. Bitna povreda ugovora značajna je na planu izbora sredstava kojim se otklanja konkretni nedostatak, te tako, ukoliko sumnja u materijalni nedostatak robe ne ustanovljava bitnu povredu ugovora, kupac neće moći da traži raskid ugovora, ali će u svakom slučaju moći da traži naknadu štete koju je morao da trpi.⁴¹

³⁷ *Ibidem*, 154.

³⁸ *Ibidem*, 156.

³⁹ S. Kröll, op. cit., 513.

⁴⁰ I. Schwenzer, D. Tebel, op. cit., 157.

⁴¹ *Ibidem*, 157.

S druge strane, relevantno je pitanje šta se dešava u slučaju kada su se kupac i prodavac sporazumeli o isporuci robe sa tačno određenim karakteristikama, a upravo je sumnja u takve karakteristike osnov za zaključivanje da je roba nesaobrazna ugovoru. Vraćajući se na primer argentinske zečetine – ukoliko se pojavila sumnja da je meso zaraženo salmonelom, a kupac je eksplicitno zahtevao da ono bude argentinskog porekla, da li se prodavac može osloboditi odgovornosti? Odgovor zavisi od trenutka u kome je ugovor zaključen. Tako, ukoliko je u momentu zaključenja ugovora već postojala bojazan da argentinska zečetine neće biti podobna za svoju redovnu upotrebu usled spoljašnjeg faktora kao što je salmonela, a kupac insistira na određenoj karakteristici robe poput njenog porekla, upravo je kupac taj koji preuzima rizik nesaobraznosti robe. Međutim, ukoliko je sumnja nastala u periodu nakon zaključenja ugovora, a pre same isporuke, upotrebljivost robe, izuzetno, preteže nad dogovorenim karakteristikama, te kupac u tom slučaju ne može snositi rizik. Da bi rizik potencijalne nesaobraznosti prešao u sferu kupca, potrebno je da on ostane pri onom svojstvu robe zbog kojeg sumnja postoji.⁴²

Teret dokazivanja

Ni pitanje tereta dokazivanja prema pravilima Bečke konvencije nije prošlo bez dileme u literaturi. Sukob mišljenja autora postoji već kod pitanja – da li Konvencija uopšte uređuje problem tereta dokazivanja? Mišljenje koje prevladuje ide u pravcu toga da Konvencija ovo pitanje uređuje barem implicitno.⁴³ Stoga, osnovno pravilo vezano za teret dokazivanja jeste da strana ugovornica koja nešto tvrdi, odnosno koja želi da se okoristi određenim članom Konvencije, mora svoju tvrdnju i da dokaže.⁴⁴ Dakle, kada kupac fizički preuzme robu, dalje je na njemu da, po pravilima člana 35. Bečke konvencije, dokaže da roba nije saobrazna ugovoru.⁴⁵

Kada je u pitanju samo potencijalni nedostatak na koji se sumnja, jedino što kupac treba da dokaže jeste da je upotrebljivost robe ograničena, usled sumnje na negativna svojstva robe. Nekad je to veoma lako postići – ukoliko su donete mere javne vlasti kojima se zabranjuje promet određenom robom, ukoliko posto-

⁴² *Ibidem*, 158.

⁴³ Burden of proof under article 35 CISG, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/linne.html>, 23.09.2020.

⁴⁴ *Ibidem*. Peter Huber, "Part I: Introduction and general issues", *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (ur. Peter Huber, Alastair Mullis), Sellier, European Law Publishers, Munich, 2007, 37.

⁴⁵ I. Schwenzer, op. cit., 495.

je zvanična upozorenja vlasti da promet takvom robom nije dozvoljen, ali i ukoliko medijski izveštaji ukazuju na potencijalni nedostatak, što izaziva negativnu reakciju učesnika u prometu.⁴⁶

Nemački sudovi često ovu situaciju posmatraju na taj način da se teret dokazivanja vraća sa kupca na prodavca, te prodavac sada ima obavezu da odagna sumnju koja je nastala. Međutim, pojedini autori⁴⁷ ističu da se na pitanje tere- ta dokazivanja kod sumnje u nedostatak robe, može jedino odgovoriti ako se na pravilan način posmatra šta zapravo predstavlja nedostatak. Kao što je to napred navedeno, nedostatak nije određeno negativno svojstvo robe na koje se sumnja. Naprotiv, to je ograničena upotrebljivost robe, ili nemogućnost njene upotreblji- vosti na planirani način usled sumnje u nedostatak. Zbog toga, teret dokazivanja ostaje na kupcu nakon što preuzme robu bez ikakvih primedbi, te ne postoji razli- ka između alokacije tereta dokazivanja u slučaju sumnje u nedostatke robe i svih drugih slučajeve kada kupac dokazuje da roba nije saobrazna ugovoru. Jedina ra- zlika postoji na planu toga šta se dokazuje, a to je u ovom slučaju ograničena upo- trebna vrednost.⁴⁸

Ograničenje odgovornosti prodavca

Konačno, iako upotrebljivost dobra usled sumnje u potencijalni nedostatak može biti smanjena, odgovornost prodavca je ograničena i to dvostruko – terito- rijalno i vremenski.⁴⁹

Načelno, usled sumnje, upotreba određenog proizvoda može biti ograni- čena na globalnom nivou, ili u najmanju ruku – na regionalnom nivou, tj. u dr- žavi prodavca i kupca. U današnjoj eri globalizacije i interneta, koja podrazume- va brz protok informacija, teritorijalni domašaj potencijalnog nedostatka robe je sve veći.⁵⁰

To, međutim, ne znači da će prodavac biti odgovoran u svakom delu sve- ta za svaku sumnju koja postoji u vezi sa konkretnom robom. Na primer, u proi- zvodnji odeće, sumnja da je ona izrađena uz korišćenje dečje radne snage, može izazvati burne reakcije u zemljama “zapadnog” sveta, dok će takva reakcija izo-

⁴⁶ I. Schwenzer, D. Tebel, op. cit., 162.

⁴⁷ Na primer, Ingeborg Schwenzer, profesor privatnog prava na Univerzitetu u Bazelu, bivša predsednica Savetodavnog veća za primenu Bečke konvencije i jedan od glavnih autora vodećeg ko- mentara Konvencije, a takođe i Florian Faust, profesor na Pravnom fakultetu Bucerijus, Hamburg.

⁴⁸ *Ibidem*, 162.

⁴⁹ *Ibidem*, 159.

⁵⁰ *Ibidem*.

stati u nekim državama u Aziji, Africi ili Južnoj Americi.⁵¹ Takođe se smatra da prodavac neće snositi odgovornost za nesaobraznost robe, u slučaju da ona ne ispunjava zahteve postavljene javnopravnim odredbama kupčeve države.⁵² Ovakvu je odluku doneo Savezni vrhovni sud Nemačke, u slučaju u kojem je švajcarski prodavac isporučio kupcu u Nemačkoj novozelandske školjke, koje su sadržavale koncentraciju kadijuma iznad granice preporučene od strane nemačke zdravstvene organizacije.⁵³ Sud je smatrao da povišena koncentracija kadijuma ne predstavlja kršenje ugovora, s obzirom na to da su školjke i dalje bile jestive.⁵⁴ Sud je stoga zaključio da prodavac u ovakvom slučaju neće snositi odgovornost, osim ukoliko postoji istovetnost javnopravnih propisa u državi prodavca i državi kupca, ukoliko je kupac eksplicitno obavestio prodavca o takvim propisima, ili je prodavac posedovao takvo znanje usled drugih okolnosti.⁵⁵ Imajući u vidu to da je u predmetnom slučaju dokazano da roba nije u skladu sa javnopravnim propisima države kupca, a sud je rezonovao na prethodno iznet način, sledstveno proizlazi i to da će prodavac biti izuzet od odgovornosti i u slučaju kada postoji samo sumnja u neusaglašenost robe sa takvim propisima.

Vremensko ograničenje odgovornosti prodavca regulisano je člalom 36. Bečke konvencije, koji određuje da će ovaj biti odgovaran “za svaki nedostatak saobraznosti koji je postojao u trenutku prelaska rizika na kupca”. Sam trenutak prelaska rizika zavisi od konkretnog slučaja, ali član 69. Konvencije načelno određuje da rizik prelazi na kupca od časa kada on preuzme robu ili, ako to ne učini blagovremeno, u času kad mu je roba stavljena na raspolaganje.⁵⁶ Oslanjajući se na član 35(2), odnosno na saobraznost robe u skladu sa njenom redovnom namenom (posebno u smislu njene trajnosti i izdržljivosti u poređenju sa robom iste vrste), član 36(1) još utvrđuje i da će prodavčeva odgovornost postojati “*čak i ako je nedostatak saobraznosti postao očit kasnije*”.⁵⁷ Prema tome, sumnja u nedosta-

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Article 35 Conformity of the Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo35.html>, 25.09.2020.

⁵³ BGH, 8 March 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>, 25.09.2020.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Član 69 Konvencije se primenjuje onda kada prethodna dva člana nisu primenljiva, tj. kada prema ugovoru nije potrebno izvršiti prevoz robe, odnosno kada se ne radi o robi koja je prodana u toku prevoza, The UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-69.html#ud*, 25.09.2020.

⁵⁷ Article 36 Damage to Goods: Effect on Conformity, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ho36.html>, 25.09.2020.

tak robe koja nastane pre trenutka prelaska rizika i time umanju njenu upotrebnu vrednost (na primer, mogućnost dalje preprodaje) stvara nesaobraznost za koju je odgovoran prodavac, osim u onim slučajevima već pomenutim, gde kupac insistira na određenim svojstvima robe.⁵⁸

Problematičniji je onaj slučaj u kojem sumnja nastaje tek nakon što je rizik prešao na kupca. Prema jezičkom tumačenju člana 36(1) Konvencije, prodavac bi bio odgovoran i za ovaj vid nesaobraznosti, imajući u vidu da je negativna karakteristika robe postojala već u samom trenutku prelaska rizika.⁵⁹

Ovaj stav je potvrđen presudom Saveznog vrhovnog suda Nemačke u slučaju belgijskog smrznutog svinjskog mesa. Belgijski prodavac je zaključio ugovor o prodaji svinjskog mesa sa nemačkim kupcem. Dogovoreno je da meso direktno bude isporučeno kupčevom klijentu, koji će isto proslediti do krajnjeg kupca u Bosni i Hercegovini. Roba je isporučena u tri dela, a poslednja isporuka je stigla u Bosnu i Hercegovinu 4. juna 1999. U istom mesecu te godine, u Nemačkoj i Belgiji se pojavila sumnja da je belgijska svinjetina kontaminirana dioksinom. Dana 11. juna, u Nemačkoj je donesena uredba kojom je belgijska svinjetina proglašena nepodesnom za stavljanje u promet, osim ukoliko nije praćena potvrdom o zdravstvenoj ispravnosti, koje bi dokazalo da je meso bez dioksina. Slična uredba je donesena i u Belgiji u julu iste godine, a odnosila se i na ono meso koje je već bilo izvezeno u inostranstvo.⁶⁰

Sud je pronašao da je sumnja u ovom slučaju dovoljna da se ustanovi nesaobraznost robe i doneo nekoliko zaključaka važnih za ovu problematiku:

1) U međunarodnoj veleprodaji i posredničkoj trgovini, mogućnost preprodaje robe jedan je od najvažnijih aspekata kod odmeravanja toga da li je roba podobna za svoju redovnu namenu, u smislu člana 35(2)(a) Bečke konvencije. Kada je u pitanju hrana namenjena za ljudsku upotrebu, mogućnost preprodaje podrazumeva to da roba, u najmanju ruku, nije štetna po zdravlje.

2) U međunarodnoj veleprodaji i posredničkoj trgovini, sama sumnja da dobra mogu biti štetna po zdravlje predstavlja nesaobraznost robe i kršenje ugovora, *ukoliko* je sumnja rezultovala merama javnopravne prirode koji zabranjuju trgovinu takvim dobrom.

3) U skladu sa članom 36(1), sud je našao da je nesaobraznost robe već postojala u trenutku kada je rizik prešao na kupca, iako je to postalo očigledno tek nakon prelaska rizika. Naime, svojstva svinjskog mesa koja su uticala na to da

⁵⁸ Pod uslovom da upravo ta svojstva predstavljaju uzrok nesaobraznosti, V. I. Schwenzer, D. Tebel, op. cit., 160.

⁵⁹ BGH, 2 March 2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>, 25.09.2020.

⁶⁰ *Ibidem*.

ono više nije podobno za preprodaju, inherentna su bila samom dobru u trenutku prelaska rizika, s obzirom na to da je poznata bila činjenica da svinjetina potiče od životinja za koje je postojala sumnja da su zaražene dioksinom.⁶¹

Međutim, i sami pobornici širokog tumačenja sumnje u nedostatak robe, ističu da bi, u slučajevima kada sumnja nastane nakon prelaska rizika, kupac trebalo da bude taj koji snosi rizik za sve promene u tržišnoj i upotrebnoj vrednosti koje dobro pretrpi usled sumnje. Razlog tome je što je u trenutku prelaska rizika roba bila bez nedostataka, te nije bilo nikakvog ograničenja njene upotrebljivosti. U suprotnom, prodavac bi bio neograničeno odgovoran za sve potencijalne nedostatke koji mogu nastati u budućnosti, što je neprihvatljivo.⁶² Ono što odlikuje gore navedeni slučaj sa belgijskom svinjetinom i što objašnjava konkretnu odluku suda, jeste postojanje javnopravnih propisa, odnosno uredbi, koje su sumnju u nedostatak robe podigle na viši nivo. Sud je time ograničio domet ove odluke, te ostaje nejasno da li sumnja koja nije praćena ovakvim propisima takođe može predstavljati osnov za nesaobraznost.

ODGOVORNOST PROIZVOĐAČA ZA POTENCIJALNI NEDOSTATAK U PRAVU EVROPSKE UNIJE

Slično pitanje postavilo se i pred Evropskim sudom pravde 2015. godine u slučaju *Boston Scientific Medizintechnik*, ovoga puta u kontekstu odgovornosti proizvođača za potencijalni nedostatak. Presuda donesena u ovom slučaju važna je zbog toga što proširuje primenu Direktive o odgovornosti za proizvod sa nedostatkom i uspostavlja koncept objektivne odgovornosti proizvođača u vezi sa ugradnim medicinskim uređajima poput pejsmejкера i kardioverter defibrilatora. Ova presuda je od uticaja i na srpsko pravo, s obzirom na to da postoji ustavna obaveza Republike Srbije da zaštiti potrošače, kao i zakonska obaveza da unutrašnje standarde vezane za zaštitu potrošača usaglasi sa standardima Evropske unije.⁶³

Činjenično stanje je vezano za dva predmeta koja su pred Evropskim sudom spojena. Proizvođač srčanih elektrostimulatora i ugradnih kardioverter defibrilatora, plasirao je svoje proizvode na nemačko tržište. Oba uređaja se ugrađu-

⁶¹ *Ibidem*; Compliance with local law; seller's obligations and liability, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem7.html>, 25.09.2020.

⁶² I. Schwenzer, D. Tebel, op. cit., 161.

⁶³ Marija Karanikić Mirić, "Odgovornost proizvođača za potencijalni defekt", *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, VIII deo, Beograd, 2018, 194.

ju u telo pacijenta hirurškom intervencijom i služe da regulišu ubrzani, odnosno usporeni rad srčanog mišića, radi održavanja normalnog srčanog ritma.⁶⁴ U junu 2005. godine, proizvođač je obavestio lekare da je, nakon sprovedene unutrašnje kontrole kvaliteta, utvrđeno da na defibrilatore može štetno uticati neispravnost jednog njegovog dela. Preciznije, tehnička analiza je pokazala da magnetni prekidač ugradnih defibrilatora može ostati zaglavljen u zatvorenom položaju, što dalje znači da defibrilator ne može da registruje poremećaje srčanog ritma, a samim tim ni da emituje električne impulse koji služe uspostavljanju normalnog srčanog ritma.⁶⁵ U julu iste godine, proizvođač je obavestio lekare da deo uređaja, koji se koristi za hermetičko zatvaranje srčanih elektrostimulatora, odnosno pejsmejke-
ra, može ubrzano početi da propada, što za posledicu ima preuranjenu ispražnjenost baterije, a što dalje izaziva prestanak telemetrije i/ili srčane stimulacije, bez prethodnog upozorenja.⁶⁶

Uređaji su zamenjeni kod pojedinih pacijenata, a troškove je u svim slučajevima snosila organizacija za obavezno zdravstveno osiguranje, koja je naknadno pokrenula regresnu parnicu protiv proizvođača pred nemačkim sudom. Tužbeni zahtev je usvojen, žalba proizvođača odbijena, a u postupku po reviziji, Savezni vrhovni sud Nemačke zastao je sa postupkom i uputio Evropskom sudu pravde zahtev za odlučivanje o prethodnom pravnom pitanju.⁶⁷

U kontekstu potencijalnog nedostatka, Evropski sud je našao da, kada se utvrdi da u jednoj grupi ili proizvodnoj seriji proizvoda kao što su pejsmejkeri ili ugradni defibrilatori postoji potencijalni nedostatak, samim tim što pojedinačni proizvod potpada pod takvu grupu ili proizvodnu seriju, on se može smatrati proizvodom sa nedostatkom, bez potrebe da se utvrdi da li nedostatak postoji u konkretnom slučaju.⁶⁸ Štaviše, u predmetu *Boston Scientific*, ugradni medicinski uređaji su bačeni nakon što su izvađeni iz tela pacijenta, bez provere, ili barem bez dokumentovane provere da li je nedostatak zaista postojao. Na taj način, nedostatak je zauvek ostao samo potencijalan.⁶⁹

Međutim, kao i kod analiziranih slučajeva gde je Bečka konvencija predstavljala pravni okvir i ovde možemo postaviti pitanje domašaja ove presude.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ CJEU, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH*, C-504/13, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-503/13>, 25.09.2020.

⁶⁶ CJEU, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH*, C-503/13, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-503/13>, 25.09.2020.

⁶⁷ M. Karanikić Mirić, op. cit., 199.

⁶⁸ *Ibidem*, 202.

⁶⁹ *Ibidem*, 205.

Da li se ona može primeniti na svaki proizvod sa potencijalnim nedostatkom, ili samo na ugradne medicinske uređaje, ili samo na uređaje kao što su pejsmejker i ugradni defibrilator.⁷⁰

Jedno od tumačenja ove presude, dovodi nas do sledećih zaključaka. Da bi se jedan proizvod smatrao kao proizvod sa nedostatkom, potrebno je da kumulativno budu ispunjeni sledeći uslovi: 1) proizvod mora poticati iz abnormalno rizične serije.⁷¹ Ovo implicira to da je u konkretnoj proizvodnoj seriji već otkriven neuobičajeno veliki broj neispravnih jedinica, ili je to utvrđeno na neki drugi način; 2) da nije utvrđeno da proizvod koji potiče od abnormalno rizične serije zaista i poseduje predmetni nedostatak; 3) da utvrđivanje da li predmetni nedostatak postoji, zahteva hirurško odstranjivanje ugradnog uređaja iz ljudskog tela, ili na drugi način dovodi do povrede telesnog integriteta oštećenika, na koji on nije dužan da pristane; 4) da bi materijalizacija rizika ozbiljno ugrozila život, telo ili zdravlje pacijenta koji poseduje ugradni uređaj. Kada su ovi uslovi ispunjeni, sud bi morao da nađe da se radi o proizvodu sa nedostatkom i da primeni nacionalna pravila kojima su norme iz Direktive transponovane u unutrašnji pravni poredak.⁷²

ZAKLJUČAK

Jasno je da ni Bečka konvencija ni pravo Evropske unije, ne pružaju jasne odgovore na pitanje u kojim će sve slučajevima prodavac biti odgovoran za potencijalne nedostatke robe. Sudska praksa je do sada pokazala da se ovakva odgovornost može utvrditi u pojedinačnim slučajevima, onda kada činjenično stanje opravdava takvu odluku. Iako pojedini autori smatraju da nije samo sumnja koja dovodi do štetnih posledica po zdravlje ljudi ona koja čini robu nesaobraznom, već suprotno, da to treba da bude svaka sumnja koja utiče na tržišnu vrednost dobra,⁷³ i dalje stoji činjenica da je u svakom konkretnom slučaju u kojem je sumnja bila relevantna za ustanovljavanje nesaobraznosti, ona bila usko povezana sa zdravljem i životom ljudi.

⁷⁰ Dok nemački sud koristi izraz “ugradni medicinski uređaji”, Evropski sud pravde govori o “proizvodima kao što su pejsmejker ili ugradni defibrilator”. Međutim, ostaje nejasno koje je zajedničko svojstvo svih uređaja na koje se ovo pravilo odnosi. *Ibidem*, 206.

⁷¹ U konkretnom slučaju, radilo se o pejsmejkerima iz proizvodne serije u kojoj je rizik neispravnosti uređaja od 17 do 20 puta veći nego u normalnim serijama. Što se tiče kardioverter defibrilatora, oni su poticali iz serije u kojoj je već bio ustanovljen veliki broj neispravnih jedinica. *Ibidem*, 206.

⁷² *Ibidem*, 206.

⁷³ I. Schwenzer, D. Tebel, op. cit., 43.

Presuda *Boston Scientific*, iako je van konteksta Bečke konvencije i bavi se odgovornošću proizvođača, takođe prati logiku presuda koje su donete u okviru pravila Konvencije, te i pojedini autori, komentarišući članove Konvencije, ističu da ona može izvršiti svojevrsan uticaj na buduću primenu Konvencije.⁷⁴ Stoga se može zaključiti da u ovoj temi, iako postoji dosta dilema koje mogu dovesti do različitih pravnih rešenja i shvatanja, za sada, barem načelno ne postoji kolizija regionalnih napora na planu unifikacije prava prodaje robe sa onima na globalnom nivou, pod okriljem Konvencije. Ovakvo stanje stvari ohrabruje, budući da bi, u suprotnom, bila ugrožena dalja unifikacija ugovornog prava na međunarodnom nivou.⁷⁵

Kao zadatak za budući period ostaje da se preciziraju uslovi pod kojima će prodavac biti odgovoran za potencijalne nedostatke stvari, kako bi se dostigla pravna sigurnost u ovoj oblasti. Pravne regulative i njihovo tumačenje se moraju menjati u skladu sa dinamikom društvenih odnosa koje regulišu. Ukoliko bi se pravni instituti "okamenili u večnosti", "*pravo bi izdalo sebe i svoju vokaciju koju ima u društvu*".⁷⁶ Stoga je važno stremiti uniformnom rešenju ovog pitanja u praksi, kako bi učesnici u međunarodnoj trgovini znali šta mogu da očekuju ukoliko se nađu pred problemom potencijalnog nedostatka robe.

PAVLE NOVEVSKI

LL.M. candidate, master in European integration
Faculty of Law, University of Belgrade

UNIFICATION OF LAW: THE SELLER'S LIABILITY IN CASE OF SUSPICION OF A DEFECT UNDER THE RULES OF THE VIENNA CONVENTION AND EU LAW

Summary

Suspicion of a defect as a basis of non-conformity is becoming a relevant topic in legal theory and practice. Under the rules of Vienna convention, certain courts have recognized the concept of a potential defect based on suspicion and thus determined the existence of non-conformity and established the liability of the seller. On the other hand, there was a question posed before the European Court of Justice whether the manufacturer is responsible for a potential defect in case of pacemakers and implantable cardiac defibrillators. In this paper, the author analyses different views in

⁷⁴ S. Kröll, op. cit., 513.

⁷⁵ M. Đorđević, op. cit., 23.

⁷⁶ Slobodan Perović, "Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja", *Pravni život*, Tom 1, br. 9, Beograd, 2014, 125.

the literature on this issue, with special emphasis on the judgments that have recognized this issue as relevant and in the context of unification of law both at the global and regional level.

Key words: non-conformity, suspicion of a defect, the seller's liability, Vienna Convention, European Court of Justice

Literatura

- Aksić S., "Značenje pojmova unifikacije, kodifikacije i harmonizacije pravnih propisa", *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. Milan Tomić), Istočno Sarajevo, 2013.
- Article 35 Conformity of the Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo35.html>, 25.09.2020
- Article 36 Damage to Goods: Effect on Conformity, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ho36.html>, 25.09.2020.
- Burden of proof under article 35 CISG, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/linne.html>, 23.09.2020.
- Compliance with local law; seller's obligations and liability, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem7.html>, 25.09.2020.
- Dorđević M., "Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u srpskom pravu i praksi – iskustva i perspektive", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Tom 60, br. 2, Beograd, 2012.
- Huber P, Mullis A., *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (ur. Peter Huber, Alastair Mullis), Sellier, European Law Publishers, Munich, 2007.
- Jelenković Z., "Međunarodna trgovina i proizvodi za finansiranje trgovine: Izazovi u uslovima globalizacije i finansijske krize", *Univerzitet Singidunum*, Departman za postdiplomske studije, Beograd, 2016.
- Kröll S., "Article 35", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary* (ur. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Second edition, Beck/Hart/Nomos, Munich, 2018.
- Karanikić Mirić M., "Odgovornost proizvođača za potencijalni defect", *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, VIII deo, Beograd, 2018.
- Perović J., "Potreba unifikacije i harmonizacije ugovornog prava", <http://bs.scribd.com/doc/94899654/Jelena-Perovic-Unfikacija-Ugovornog-Prava-2011>, 25.09.2020.
- Perović S., "Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja", *Pravni život*, br. 9, Tom 1, Beograd, 2014, 125.
- Schlechtriem P, Butler P., *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, Berlin, 2009.
- Schwenzer I., "Article 35", *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ur. Ingeborg Schwenzer), Fourth Edition, Oxford University Press, New York, 2016.

- Schwenzer I., Tebel D., "Suspicious, Mere Suspicious: Non-conformity of the Goods?", *Uniform Law Review*, Tom 19, br. 1, Oxford University Press, New York, 2014.
- Stanivuković M., "Instrumenti unifikacije i harmonizacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, s posebnim osvrtom na načela evropskog ugovornog prava", *Načela Evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo – prilog harmonizaciji jugoslovenskog prava* (ur. Radovan Vukadinović), Kragujevac, 2001.
- The UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-69.html#ud*, 25.09.2020.

**RADOVI PREMA KATEDRAMA
KOPAONIČKE ŠKOLE PRIRODNOG PRAVA
– SLOBODAN PEROVIĆ**

**KATEDRA
PRAVO NA SLOBODU**

Sekcija

“Krivično-pravna i procesna zaštita ličnosti”

IVANA RADISAVLJEVIĆ

KRIVIČNO DELO ZLOUPOTREBA U VEZI SA JAVNOM NABAVKOM

Javna nabavka je postupak u kojem država, njeni organi ili drugi subjekti koje država finansira nabavljaju dobra, usluge ili radove radi zadovoljenja javnih potreba. Kako se za potrebe javnih nabavki izdvajaju značajna sredstva u budžetu svake države, ne iznenađuje podatak da se radi o jednoj od oblasti koja je najpodložnija korupciji. Jedan od načina očuvanja zakonitosti i pravilnosti postupka javne nabavke, pa time i sprečavanja neracionalnog trošenja javnih sredstava, svakako jesu i mehanizmi krivičnog prava, odnosno propisivanje krivičnih dela i kažnjavanje njihovih učinilaca. Autorka se u radu bavi upravo analizom krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom koje je propisano odredbom člana 228 Krivičnog zakonika. Daje detaljan prikaz zakonskog opisa svih oblika ovog krivičnog dela, koji dopunjuje razmatranjima određenih spornih pitanja koja se javljaju prilikom njihovih tumačenja. Autorka razmatra i pitanje opravdanosti propisivanja drugog osnovnog oblika krivičnog dela predviđenog u stavu 2 člana 228 Krivičnog zakonika. Na kraju ukazuje na problem odnosa prekršaja iz Zakona o javnim nabavkama i krivičnog dela čiju analizu vrši, otvarajući daleko složeniju problematiku odnosa krivičnog dela i prekršaja kao dve forme delikata kaznenog prava.

Ključne reči: javne nabavke, krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom, Zakon o javnim nabavkama, korupcija, odnos krivičnog dela i prekršaja

U V O D

Regulativa u oblasti javnih nabavki predstavlja set pravila kojima se uređuje nabavljanje robe, usluga ili radova od strane države i njenih organa, odnosno od

Ivana Radisavljević, saradnik u nastavi i doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ivana.radisavljevic@ius.bg.ac.rs.

strane drugih subjekata koje finansira država. Budući da se radi o oblasti u kojoj se dešava možda i najveća interakcija privatnog i javnog sektora, razumljivo je nastojanje države da adekvatnom regulativom obezbedi racionalno trošenje javnih sredstava, promovise konkurenciju i onemogući, ili barem svede na minimum sve vrste zloupotreba, a naročito korupciju.

S druge strane, ne iznenađuje podatak da upravo javne nabavke predstavljaju deo javnog sektora koji je najpodložniji korupciji, pre svega zbog broja i učestalosti transakcija, različitih interesa učesnika u postupku javnih nabavki, složenosti samog procesa, ali i pomenute bliske interakcije privatnog i javnog sektora. U literaturi se kao faktor koji najviše doprinosi postojanju korupcije često označava privatni interes. Lica koja su u naručiocu angažovana na poslovima javnih nabavki raspoložu sredstvima koja se ne nalaze u njihovom vlasništvu – javnim sredstvima, te ne mogu trpeti štetne posledice njihovog neracionalnog trošenja. Samim tim, podložniji su da ovlašćenja kojima raspoložu zloupotrebe zarad ostvarenja vlastitih interesa.¹

Osnovni zakon kojim se uređuje postupak javnih nabavki jeste Zakon o javnim nabavkama² (u daljem tekstu: ZJN), čija je primena otpočela 01. jula 2020. godine. Njime se uređuju pravila postupaka javnih nabavki koje sprovode naručioc i drugi subjekti, radi zaključenja ugovora o javnoj nabavci dobara, usluga ili radova, okvirnog sporazuma, kao i sprovođenja konkursa za dizajn (čl. 1, st. 1 ZJN). Jedan od razloga za donošenje novog zakona bila je potreba da se zakonodavstvo Republike Srbije usaglasi sa relevantnim aktima Evropske unije u ovoj oblasti, i to sa Direktivom 2014/24/EU od 26. februara 2014. godine o javnim nabavkama i Direktivom 2014/25/EU od 26. februara 2014. godine o nabavkama naručilaca koji obavljaju delatnosti u oblasti vodoprivrede, energetike, saobraćaja i poštanskih usluga. Takođe, novi zakon trebalo bi da doprinese efikasnosti i transparentnosti javnih nabavki i ostvarivanju bolje interakcije države i privrednih subjekata.³

Krivičnopravna zaštita u oblasti javnih nabavki postiže se propisivanjem relevantnih krivičnih dela u ovoj oblasti, kao i gonjenjem njihovih učinilaca i izricanjem propisanih sankcija. Osnovno krivično delo kojim se sankcionišu nedozvoljena ponašanja u ovoj oblasti jeste Zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom,

¹ Jelena Budak, "Korupcija u javnoj nabavi: trebamo li novi model istraživanja za Hrvatsku?", *Ekonomski pregled*, Tom 67, br. 4, 2016, 310.

² *Službeni glasnik RS*, br. 91/2019.

³ Predlog Zakona o javnim nabavkama, 163.

propisano čl. 228 Krivičnog zakonika⁴ (u daljem tekstu: KZ). Takođe, Zakon o javnim nabavkama predviđa brojne prekršaje kojima se sankcioniše nepostupanje učesnika u postupku javne nabavke prema imperativnim odredbama tog zakona.⁵

ZAKONSKI OPIS KRIVIČNOG DELA

Ovo krivično delo propisano je u čl. 228 KZ, u grupi krivičnih dela protiv privrede. Grupni zaštitni objekt ove grupe krivičnih dela je tržišna privreda, odnosno obezbeđenje slobode privređivanja i ravnopravnosti tržišnih subjekata.⁶ Krivično delo ima dva osnovna oblika i jedan teži oblik, dok je u st. 4, čl. 228 propisan poseban osnov za oslobođenje od kazne.

Prvi osnovni oblik krivičnog dela

Prvi osnovni oblik krivičnog dela vrši onaj ko u vezi sa javnom nabavkom podnese ponudu zasnovanu na lažnim podacima, ili se protivno zakonu dogovara sa ostalim ponuđačima, ili preduzme druge protivpravne radnje u nameri da time utiče na donošenje odluka naručioca javne nabavke.

Krivično delo može se ostvariti na tri načina: podnošenjem ponude koja se zasniva na lažnim podacima, dogovaranjem sa ostalim učesnicima protivno zakonu ili preduzimanjem drugih protivpravnih radnji u nameri da se time utiče na donošenje odluke naručioca.

Najpre, krivično delo može se izvršiti podnošenjem ponude zasnovane na lažnim podacima.⁷ Zakon o javnim nabavkama poznaje sedam različitih postupaka

⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

⁵ Sve do izmena Zakona o prekršajima iz 2019. godine, prvostepeni prekršajni postupak vodila je Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki. Međutim, nijedan prekršajni postupak koji je Republička komisija pokrenula nije pravnosnažno okončan (o tome detaljnije v. Branimir Blagojević i dr., *Komentar Zakona o javnim nabavkama*, Beograd, 2020, 371), što je i bio jedan od razloga da se nadležnost za vođenje prekršajnog postupka prepusti isključivo sudovima.

⁶ Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2018, 727.

⁷ Ova radnja izvršenja predstavlja u izvesnom smislu posebni oblik prevare, budući da lice koje podnosi ponudu zasnovanu na lažnim podacima dovodi u zabludu naručioca javne nabavke. U teoriji se zato ističe da bi primerenije bilo da ovaj oblik krivičnog delo nosi naziv Prevara u postupku javne nabavke, budući da pojam zloupotreba koji je deo naziva krivičnog dela više odgovara delima koja se manifestuju u nezakonitom korišćenju ovlašćenja, što kod prvog oblika krivičnog dela nije slučaj, Šime Pavlović, "Kriminološki pregled i kaznenopravna zaštita postupaka javne nabave", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Tom 21, br. 2, 2014, 558, 559.

ka javne nabavke: otvoreni postupak, restriktivni postupak, konkurentni postupak sa pregovaranjem, konkurentni dijalog, pregovarački postupak sa objavljivanjem javnog poziva, partnerstvo za inovacije i pregovarački postupak bez objavljivanja javnog poziva. U gotovo svim postupcima (izuzev u slučaju otvorenog postupka i pregovaračkog postupka bez objavljivanja javnog poziva), privredni subjekti koji su zainteresovani za učešće u postupku javnih nabavki dužni su da najpre podnesu *prijavu* za učešće. Blagovremeno podnete prijave za učešće naručilac ocenjuje na osnovu kriterijuma za kvalitativni izbor privrednih subjekata, koji se mogu odnositi na ispunjenost uslova za obavljanje profesionalne delatnosti, finansijski i ekonomski kapacitet ili na tehnički i stručni kapacitet. Samo privredni subjekti koji ispunjavaju pozivom određene uslove (što se ceni na osnovu podataka dostavljenih u prijavi) biće pozvani da podnesu *ponudu*. Prostim jezičkim tumačenjem zaključuje se da inkriminacijom nije obuhvaćeno podnošenje prijave koje sadrže neistinite podatke, za šta, čini nam se, nema opravdanja, budući da su i podaci koji se navode u prijavi (ne samo u ponudi) relevantni za konačan izbor ponuđača.

Lažni podaci mogu se odnositi na bilo koji aspekt same ponude, ali je bitno da oni budu relevantni, odnosno, da mogu biti odlučujući prilikom izbora ponude za zaključenje ugovora o javnoj nabavci. Tako, moguće je da se ti podaci odnose na cenu dobara, usluga ili radova koji se nude, na fingiranje (ne)postojanja uslova koje propisuje zakon (npr. da lice nije osuđivano⁸) ili na posebne uslove koje je zahtevao naručilac javne nabavke (npr. u pogledu kadrovske politike privrednog subjekta) i slično.

Drugi oblik radnje izvršenja ostvaruje se dogovaranjem sa drugim učesnicima⁹, protivno zakonu. Dogovaranje sa ostalim ponuđačima (*collusive bidding*) podrazumeva da se ponuđači između sebe unapred dogovaraju u pogledu toga ko će podneti prijavu, ko će podneti najpovoljniju ponudu i slično. Najčešće, oni koji odustanu od podnošenja ponude ili tendenciozno podnesu nepovoljniju ponudu bivaju kompenzovani na određeni način, npr. davanjem naknade (koja se može dobiti i od previsokih cena koje dobije pobeđnički ponuđač), dodelom pod-

⁸ Ovo može biti problematično u situacijama kada se kao ponuđač pojavljuje strano fizičko ili pravno lice, budući da je, po pravilu, teško proveriti autentičnost inostranog izvoda iz kaznene evidencije, odnosno, isti pribaviti radi provere, (OECD, *Bribery in public procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, France, 2007, 68).

⁹ Po pravilu će se raditi o tzv. horizontalnim sporazumima sa drugim učesnicima postupka, budući da se radi o ponuđačima koji obavljaju delatnost na istom tržištu (Adriana Almasan, "Anti-competitive Agreements in Public Procurement Procedures: Does Criminal Law Prevail over the Administrative Law or Vice Versa", *Romanian Public-Private Partnership Law Review*, Tom 13, 2015, 19).

izvođačkih ugovora¹⁰, ili se pak ustanovljava rotirajući sistem javljanja na tendere (*bid rotation*).¹¹ Postoje brojni oblici dogovaranja,¹² ali je svima zajedničko to da onemogućavaju ostvarenje osnovnog načela javnih nabavki – dobijanje najpovoljnije ponude za najmanje novca. Na ovaj način se konkurencija umanjuje ili pak potpuno eliminiše,¹³ što često omogućava pobjedničkom ponuđaču da nametne neopravdano visoke cene.¹⁴

Da bi ovaj oblik radnje izvršenja mogao postojati, neophodno je da se dogovaranje vrši protivno zakonu, odnosno protivno pravilima tržišne utakmice.¹⁵ Privredni subjekti se, načelno govoreći, mogu povezivati u određeni pravni oblik kako bi podneli zajedničku ponudu (čl. 135, st. 4 ZJN). U određenim situacijama, pogotovo kada je predmet javne nabavke složen, ponuđači na ovaj način mogu da, smanjujući troškove, predlože bolje uslove ili nižu cenu, što istovremeno može biti od koristi i samom naručiocu. Nedoželjni oblici dogovaranja privrednih subjekata detaljnije su regulisani Zakonom o zaštiti konkurencije¹⁶ (u daljem tekstu: ZZK), koji povredu konkurencije definiše kao akte ili radnje učesnika na tržištu koje za cilj ili posledicu imaju, ili mogu da imaju, značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije (čl. 9 ZZK). Dogovaranje privrednih subjekata koje ima za cilj manipulaciju ponudama smatra se restriktivnim sporazumom u smislu čl. 10, st. 1 i st. 2, tač. 1 i 5 ZZK.¹⁷ Restriktivni sporazum je

¹⁰ OECD, Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement, Helping governments to obtain best value for money, 1, <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>, 20.09.2020.

¹¹ Evangelos Mantzaris, “Public procurement, tendering and corruption: Realities, challenges and tangible solutions”, *African Journal of Public Affairs*, Tom 7, br. 2, 2014, 71.

¹² Gian Luigi Albano, Paolo Buccirossi, Giancarlo Spagnolo, Matteo Zanza, “Preventing collusion in procurement”, *Handbook of Procurement* (eds. Nicola Dimitri, Gustavo Piga, Giancarlo Spagnolo), United States of America, 2006, 348–349.

¹³ Prema izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije, prosečan broj ponuda po tenderu u 2018. godini iznosio je 2,5 (u 2017. godini taj broj bio je tri), što je najniže u poslednjih pet godina (Izveštaj Evropske komisije o Republici Srbiji za 2019. godinu, 66, https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/20190529-serbia-report_SR_-_REVIDIRANO.pdf, 20.09.2020.).

¹⁴ Li Huang Joyce Tan, *An analysis of internal controls and procurement fraud deterrence*, 34, https://calhoun.nps.edu/bitstream/handle/10945/39022/13Dec_Tan_Li_Huang_Joyce.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 20.09.2020.

¹⁵ Š. Pavlović, op. cit., 558.

¹⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 51, 2009 i 95, 2013.

¹⁷ Komisija za zaštitu konkurencije, *Uputstvo za otkrivanje nameštenih ponuda u postupku javne nabavke*, 3, <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Uputstvo-za-otkrivanje-nameštenih-ponuda-u-postupku-javnih-nabavki.pdf>, 20.09.2020.

sporazum između učesnika na tržištu koji imaju za cilj ili posledicu značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije na teritoriji Republike Srbije (čl. 10, st. 1 ZZK). Njime se, posredno ili neposredno, utvrđuju kupovne ili prodajne cene ili drugi uslovi trgovine (čl. 10, st. 2, tač. 1 ZZK), odnosno, dele tržišta ili izvori nabavki (čl. 10, st. 2, tač. 5 ZZK). U tom smislu, za pravilno tumačenje ovog oblika radnje izvršenja neophodno je utvrditi da li se radi nezakonitom dogovaranju, odnosno o zabranjenom sporazumu u kontekstu prethodno navedenih odredaba.

Na kraju, krivično delo je moguće izvršiti i preduzimanjem drugih protivpravnih radnji. Reč je o generalnoj klauzuli koja upućuje da su prve dve radnje izvršenja navedene samo *exempli causa*, kao tipične ili u praksi najčešće radnje kojima se krivično delo može izvršiti, bez namere da se krivično delo samo na njih ograniči. S druge strane, dve prethodno navedene radnje treba da, u izvesnom smislu, služe kao putokaz, tako što te druge radnje njima moraju biti slične i jednako ozbiljne. Zakonodavac naglašava da one moraju biti protivpravne, čime je protivpravnost postala element bića krivičnog dela.¹⁸ Iako će u praksi protivpravnost podrazumevati upravo kršenje propisa koji se odnose na javne nabavke (ZJN ali i drugih zakona i podzakonskih akata), ona nije samo na tu vrstu propisa ograničena (za razliku od drugog osnovnog oblika krivičnog dela gde se zahteva upravo kršenje propisa o javnim nabavkama).

Subjektivno obeležje bića čine direktni umišljaj i namera da se preduzimanjem radnje izvršenja utiče na donošenje odluke naručioca javne nabavke. Iako je odredba krivičnog dela formulisana tako da je namera eksplicitno vezana samo za poslednji oblik radnje izvršenja,¹⁹ u teoriji se smatra da je ona neophodna za postojanje sva tri oblika radnje izvršenja.²⁰ Prema opštem pravilu, namera ne mora biti ostvarena, ali je za postojanje krivičnog dela nužno da njeno postojanje bude nesumnjivo utvrđeno u svakom konkretnom slučaju. Namera može biti od posebnog značaja za tumačenje poslednjeg oblika radnje izvršenja, budući da je ista

¹⁸ To, između ostalog, znači da protivpravnost mora biti obuhvaćena umišljajem učinioaca (Nataša Delić, "Zloupotreba položaja odgovornog lica – sudska praksa i doktrinarni stavovi", *Priredna krivična dela* (ur. Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Beograd, 2017, 58).

¹⁹ Kada kod određenih krivičnih dela propisuje veći broj alternativno postavljenih radnji izvršenja, zakonodavac najčešće eksplicitno previđa da se za postojanje svakog od tih oblika zahteva postojanje namere (v. na primer, krivično delo Poreska utaja iz čl. 225 KZ, krivično delo Falsifikovanje znakova, odnosno državnih žigova za obeležavanje robe, merila i predmeta od dragocenih metala iz čl. 244a KZ).

²⁰ Z. Stojanović, op. cit., 2018, 762.

veoma neodređena, te bi postojanje namere trebalo da suzi široko postavljenu zonu kažnjivosti.

Izvršilac ovog oblika može biti svako lice koje, u skladu sa ZJN, može učestvovati u postupku javne nabavke. Za učesnike u postupku ZJN koristi termin privredni subjekti, pod kojim se podrazumevaju sva lica ili grupe lica koja na tržištu nude dobra usluge ili radove (čl. 2, tač. 7 ZJN).

Drugi osnovni oblik krivičnog dela

Drugi oblik krivičnog dela može izvršiti lice koje u naručiocu javne nabavke iskorišćavanjem svog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granice svog ovlašćenja, ili nevršenjem svoje dužnosti krši zakon ili druge propise o javnim nabavkama i time prouzrokuje štetu javnim sredstvima.

Radnja izvršenja propisana je na sličan način kao kod nekih drugih krivičnih dela (npr. Zloupotreba položaja odgovornog lica iz čl. 227 KZ, Zloupotreba službenog položaja iz čl. 359 KZ), zbog čega nam upravo odredbe tih dela i način na koji se one u doktrini i praksi tumače mogu biti značajne za razumevanje krivičnog dela koje je predmet naše analize.

Iskorišćavanje položaja ili ovlašćenja se najčešće označava zloupotrebom u subjektivnom smislu, budući da radnje koje izvršilac preduzima same po sebi nisu nedozvoljene, odnosno spadaju u delokrug njegovih ovlašćenja, ali ih karakteriše nedozvoljeni motiv preduzimanja.²¹ Za ovaj oblik karakteristično je da izvršilac ostaje u granicama svog ovlašćenja, ali svoj položaj ne koristi, odnosno ovlašćenja ne vrši u interesu službe, već zarad ostvarenja vlastitog interesa, ili interesa nekog trećeg lica, odnosno u cilju pričinjavanja štete drugome.²² U konkretnom slučaju, lice u naručiocu javne nabavke mora postupati u skladu sa načelom ekonomičnosti i efikasnosti (čl. 6, st. 1 ZJN), koje ga obavezuje da nabavlja dobra, usluge ili radove odgovarajućeg kvaliteta imajući u vidu svrhu, namenu i vrednost javne nabavke, odnosno ekonomično trošenje javnih sredstava. U tom smi-

²¹ Upravo se situacije kada postoji mogućnost diskrecionog odlučivanja prepoznaju kao plodno tle za razvoj korupcije u javnim nabavkama (Marija Koshevaslika, "Corruption in Public Procurement", *Iustinianus Primus Law Review*, Tom 8, br. 1, 2017, 13). Posmatrajući celokupan proces javne nabavke, diskreciona moć odlučivanja najviše je prisutna u fazi izbora ponuđača (Vinicio Brigante, "Law Enforcement Against Corruption in Italian Public Procurement, Between Hetero-Imposed Measures and Procedural Solutions", *Italian Journal of Public Law*, Tom 11, br. 1, 2019, 348.

²² N. Delić, op. cit., 2017, 51; Milan Škulić, "Zloupotreba položaja odgovornog lica, *ratio legis* i neki nedostaci postojeće inkriminacije", *Privredna krivična dela* (ur. Ivana Stevanović, Vladimir Colović), Beograd, 2017, 77.

slu, ovaj oblik radnje izvršenja će postojati kada izvršilac ne štiti interese naručioca javne nabavke, već odluke donosi vođen koristoljubivim motivima. Iako nije privredni subjekt *stricto sensu*, odgovorno lice u naručiocu mora se voditi načelima privrednog poslovanja (pre svega, dobijanja najviše vrednosti za novac) prilikom zaključenja ugovora o javnoj nabavci.²³

Prekoračenje granica ovlašćenja podrazumeva da izvršilac preduzima radnje za koje nije nadležan, odnosno ovlašćen, čime izlazi iz delokruga svojih ingerencija. Za razliku od prethodnog oblika, ovde izvršilac objektivno preduzima radnje koje spadaju u nadležnost drugih lica ili organa, koji su više ili niže instance.²⁴

Nevršenje dužnosti je po svojoj prirodi radnja nečinjenja, što znači da izvršilac ne preduzima radnje koje je bio dužan da preduzme. Radi se o tzv. pravom krivičnom delu nečinjenja, budući da zakonodavac propuštanje da se preduzme određeno činjenje predviđa kao krivično delo (čl. 15, st. 1 KZ), što znači da je neophodno u svakom konkretnom slučaju utvrditi sadržinu radnje koju je učinilac bio dužan da preduzme.

Da bi krivično delo postojalo, neophodno je da se preduzetim radnjama krše propisi iz oblasti javnih nabavki. Zakonodavac upućuje da to mogu biti zakonski ili drugi propisi, ali je, za razliku od prvog oblika krivičnog dela, naglašeno da to moraju biti propisi kojima se regulišu javne nabavke. To može biti Zakon o javnim nabavkama, ali i podzakonski akti koji su doneti u skladu sa zakonom.²⁵

Ovaj oblik krivičnog dela u svom zakonskom opisu sadrži posledicu – da bi krivično delo postojalo, neophodno je da je usled preduzimanja neke od opisanih radnji prouzrokovana šteta javnim sredstvima. Postojanje štete kao i njen iznos moraju biti utvrđeni u svakom konkretnom slučaju, što je nesporno. Šteta bi, tako, mogla postojati u slučaju da je sprovedena tzv. nepotrebna javna nabavka.²⁶ Treba, međutim, imati u vidu da je kriterijum za odabir ponuđača po ZJN definisan kao ekonomski najpovoljnija ponuda, odnosno: “ugovor se dodeljuje

²³ J. Budak, op. cit., 309–310.

²⁴ Nataša Deliđ, “Krivičnopravni aspekt borbe protiv korupcije”, *Finansijski kriminalitet i korupcija*, Beograd, 2019, 12. Nailazimo na shvatanje da ovaj oblik radnje izvršenja može postojati samo ukoliko učinilac preduzima radnju koja je u nadležnosti višeg, odnosno pretpostavljenog organa, ili pak donese akt koji bi mogao doneti samo nadređeni; Zoran Perović, “Zloupotreba službenog položaja”, *Privredni kriminal i korupcija* (ur. Dobrivoje Radovanović, Đorđe Mihaljević), Beograd, 2001, 212.

²⁵ Detaljan pregled podzakonskih akata dostupan je na portalu Kancelarije za javne nabavke, <http://www.ujn.gov.rs/propisi/podzakonski-akti/>, 20.09.2020.

²⁶ Reč je o nabavkama koje ne služe namirenju potreba naručioca, ili pak o nabavkama koje “po obimu i tehničkim karakteristikama prevazilaze realne potrebe naručioca” (Saša Varinac, “Ulo-

ekonomski najpovoljnijoj ponudi na osnovu cene ili troškova primenom pristupa troškovne efikasnosti ili odnosa cene i kvaliteta”.²⁷ Kriterijum za izbor ponuđača nije više (samo) najniža ponuđena cena. U tom smislu, ukoliko je određeni ponuđač izabran uzimajući u obzir i neke druge kriterijume (npr. brzina izvođenja radova, kvalitet proizvoda i slično²⁸) postojanje štete po javne resurse biće gotovo nemoguće dokazati, odnosno precizno utvrditi tačan ili barem približan iznos štete.²⁹

Iako zakonodavac prilikom određivanja učinioca krivičnog dela koristi formulaciju “ko”, koja upućuje da izvršilac može biti svako lice, sistematskim tumačenjem dolazi se do zaključka da izvršilac može biti samo službeno ili odgovorno lice u naručiocu javne nabavke.³⁰ Postupak javne nabavke sprovodi posebna komisija za javnu nabavku koju imenuje naručilac (čl. 92, st. 1 ZJN), osim ukoliko procenjena vrednost javne nabavke ne prelazi iznos od 3.000.000 dinara, u kom slučaju postupak sprovodi lice koje naručilac imenuje (čl. 92, st.2 ZJN).

Odnos sa drugim krivičnim delima. – Zakonski opis navedenog krivičnog dela gotovo se u potpunosti poklapa sa krivičnim delom Zloupotreba položaja odgovornog lica iz čl. 227 KZ, kao i sa opisom krivičnog dela Zloupotreba službenog položaja iz čl. 359 KZ, te se može postaviti pitanje da li je uopšte bilo neophodno posebno ga propisivati, ili je bilo dovoljno slučajeve koji se odnose na zloupotrebu u postupku javnih nabavki podvoditi pod već postojeće inkriminacije. Zakonski opisi ovih krivičnih dela razlikuju se u pogledu nekoliko obeležja. Najpre, zloupotrebu u vezi sa javnom nabavkom prema zakonskom tekstu može izvršiti svako lice, dok izvršilac krivičnog dela zloupotreba službenog položaja može biti samo službeno lice, odnosno, odgovorno lice u slučaju zloupotrebe položaja odgovornog lica.

Međutim, kako je to već objašnjeno, bez obzira na činjenicu da kod krivičnog dela iz čl. 228 zakonodavac koristi formulaciju “ko”, sistematskim tumačenjem dolazi se do zaključka da to ipak, u krajnjoj liniji mogu biti samo službena ili od-

ga nadležnih organa u borbi protiv korupcije i sankcionisanju nepravilnosti u javnim nabavkama”, *Uređene javne nabavke za manje korupcije u Srbiji* (ur. Milan Aksentijević), Prokuplje, 2013, 19).

²⁷ Predlog Zakona o javnim nabavkama, 164.

²⁸ Poseban problem mogu predstavljati tzv. “nemerljivi aspekti” koje naručioci uzimaju u obzir prilikom izbora ponuđača, kao što su “skladni odnosi” sa privrednim subjektom, J. Budak, op. cit., 313.

²⁹ Zato su neka zakonodavstva ovaj uslov izbrisala iz obeležja bića krivičnog dela, Bijan Nowrousian, “Combating public procurement criminality or simple rules for complex cases”, *Journal of Financial Crime*, Tom 26, br. 1, 2019, 206.

³⁰ Tako i Z. Stojanović, op. cit., 2018, 762.

govorna lica. Dalje, zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom podrazumeva da se radnjom izvršenja krše propisi iz oblasti javnih nabavki, dok zakonski opisi zloupotrebe položaja odgovornog lica odnosno zloupotrebe službenog položaja ne sadrže takav opis. Štaviše, u teoriji je sporno da li potonja krivična dela treba smatrati delima sa blanketnom dispozicijom.³¹ Na kraju, bića krivičnih dela razlikuju se prema vrsti posledice – posledica krivičnog dela zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom je šteta po javna sredstva, dok je kod krivičnog dela zloupotreba položaja odgovornog lica i zloupotreba službenog položaja posledica šire postavljena i može se sastojati u pribavljanju sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu protivpravne imovinske koristi ili nanošenjem imovinske štete drugome, odnosno u pribavljanju kakve koristi, pričinjavanju štete ili težoj povredi prava drugoga.³²

Prema našem mišljenju, razlike koje postoje u zakonskom opisu ovih krivičnih dela nisu u dovoljnoj meri značajne da opravdaju propisivanje posebnog krivičnog dela (u ovom slučaju posebnog oblika krivičnog dela) samo zbog činjenice da se zloupotreba dešava u postupku javne nabavke. Jedina razlika koja u opisima ovih dela postoji, a koja se tiče vrste posledice, pre bi se mogla okarakterisati kao pitanje forme nego suštine. Šteta koja se nanosi javnim sredstvima u krajnjoj liniji jeste šteta koju trpi naručilac javne nabavke, odnosno predstavlja “nanošenje štete drugome” u smislu posledice krivičnog dela zloupotreba položaja odgovornog lica, odnosno “pričinjavanje štete drugome” u smislu posledice krivičnog dela zloupotreba službenog položaja. Poseban oblik krivičnog dela bilo bi smislenije propisati ukoliko se za njegovo postojanje ne bi tražilo nastupanje posledice, za šta, takođe, ima opravdanja.

Teži oblik krivičnog dela

U stavu 3 čl. 228 propisan je teží oblik koji postoji ukoliko je delo iz st. 1 i 2 učinjeno u vezi sa javnom nabavkom čija vrednost prelazi iznos od sto pedeset miliona dinara. Okolnost koja delu daje karakter težeg, odnosi se na procenjenu vrednost javne nabavke. Odredbama čl. 29–35 ZJN detaljno je uređen način na koji se određuje vrednost javne nabavke. U svakom slučaju, za potrebe utvrđivanja postojanja krivičnog dela merodavna je stvarna vrednost javne nabavke, koja se ne mora poklapati sa vrednošću koju je naručilac iskazao. Imajući u vidu da se

³¹ O tome v. N. Delić, op. cit., 2017, 64–65.

³² VKS u odluci KZZ 73/2019 od 13. marta 2019. godine i KZZ 704/2019 od 11. jula 2019. godine zaključuje da će se, ukoliko je okrivljeni drugome pribavio korist, raditi o krivičnom delu Zloupotreba službenog položaja, a ne o krivičnom delu Zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom.

radi o okolnosti koja delu daje karakter težeg, trebalo bi smatrati da ona mora biti obuhvaćena krivicom učinioca.

Poseban osnov za oslobođenje od kazne

Na kraju, stavom 4 čl. 228 propisan je poseban osnov oslobođenja od kazne koji se odnosi na oblik krivičnog dela predviđen u st. 1. Naime, učinilac dela iz st. 1 koji dobrovoljno otkrije da se ponuda zasniva na lažnim podacima ili na nedozvoljenom dogovoru sa ostalim ponuđačima, ili da je preduzeo druge protivpravne radnje u nameri da utiče na donošenje odluka naručioca pre nego što on donese odluku o dodeli ugovora, može se osloboditi od kazne. Ova odredba predstavlja oblik stvarnog kajanja.

Prema opštem pravilu, sud može osloboditi od kazne učinioca krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora do pet godina, ako posle izvršenog krivičnog dela, a pre nego što je saznao da je otkriven, otkloni posledice dela ili nadoknadi štetu prouzrokovanu krivičnim delom (čl. 58, st. 3 KZ). Shodno navedenim odredbama, da bi se učinilac mogao osloboditi od kazne, neophodno je da se ispune sledeći uslovi: 1) stvarno kajanje može se primeniti posle izvršenog krivičnog dela – radi se o delu iz st. 1 koje je u potpunosti dovršeno; 2) učinilac otklanja posledicu dela ili nadoknađuje štetu – učinilac je shodno navedenoj odredbi dužan da delo prijavi, što se može smatrati otklanjanjem štetnih posledica, u smislu “otklanjanju nastale opasnosti, ili u stvaranju uslova i omogućavanju drugima da to učine”³³; 3) to čini pre nego što je saznao da je otkriven, i 4) dato postupanje mora biti dobrovoljno. Ukoliko su ispunjeni svi navedeni uslovi, učinilac se može osloboditi od kazne. To znači da krivično delo postoji i da se donosi osuđujuća presuda, ali da kažnjavanje učinioca izostaje. Pored toga što učinioca može osloboditi od kazne (u pitanju je mogućnost, ne i obaveza), sud učiniocu kaznu može i neograničeno ublažiti (čl. 57, st. 4 KZ).

ODNOS KRIVIČNOG DELA I PREKRŠAJA IZ ZAKONA O JAVNIM NABAVKAMA

Zakon o javnim nabavkama u odredbama čl. 236 i 237 propisuje prekršaje kojima se sankcionišu učesnici postupka javne nabavke koji postupaju protivno imperativnim odredbama ZJN. Analizirajući obeležja bića pomenutih prekršaja,

³³ N. Delić, “Delo malog značaja i stvarno kajanje u Krivičnom zakoniku”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Tom 62, br. 1, 2014, 31.

da se zaključiti da je moguće da učinilac, preduzimajući radnju izvršenja krivičnog dela, istovremeno ostvari i obeležja ove vrste delikata.

Preklapanje zakonskih opisa kaznenih delikata deo je daleko složenije problematike razlikovanja krivičnih dela i prekršaja. Iako se o ovom pitanju može promišljati na više nivoa³⁴, za potrebe naše analize prevashodno je značajno razlikovanje koje proizlazi iz suštine ove dve forme ponašanja, a koje bismo mogli označiti pravno-dogmatskim.

Pravno-dogmatsko razlikovanje počiva na pretpostavci da postoji takav kriterijum koji bi omogućio distinkciju između ove dve forme ponašanja na suštinskom nivou, koja bi prethodila kategorizaciji ponašanja kao krivičnog dela ili prekršaja od strane zakonodavca. Pitanje je, dakle, postoje li takve osobine životnih događaja koje nam nesumnjivo ukazuju da se radi o jednoj ili drugoj formi kažnjivog ponašanja. U literaturi su učinjeni brojni pokušaji da se jedan takav kriterijum razlikovanja uspostavi,³⁵ ali se čini da uloženi naponi nisu srazmerni postignutim rezultatima. Razlog leži u činjenici da pitanje koja će ponašanja neko društvo smatrati štetnim i nepoželjnim, te ih proglasiti zabranjenima, zavisi, pored ostalog, i od kulturno-istorijskih i nekih drugih vanpravnih činilaca. Samim time su i granice između raznih formi zabranjenih ponašanja "istorijski (...) veoma pokretne i uslovne".³⁶

Nezavisno od toga postoji li u biti kaznenih delikata osobina koja bi ih svrstala u prekršaje ili krivična dela, savremeno kazneno pravo prepoznalo je potrebu da se ipak takvo razlikovanje uspostavi, i to prevashodno na proceduralnom planu.³⁷

³⁴ Daleko veću pažnju naučne misli proteklih nekoliko godina probudilo je pitanje praktičnog aspekta problematike razgraničenja dve forme delikata, koje se manifestuje u (ne)mogućnosti paralelnog ili sukcesivnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka povodom istog životnog događaja iz kojeg proizlaze obeležja bića i prekršaja i krivičnog dela. Povod za to bila je presuda Evropskog suda za ljudska prava *Milenković protiv Srbije* u kojoj je Srbija oglašena odgovornom za povredu pravila zabrane dvostrukog suđenja (*ne bis in idem*) zbog suđenja učinioocu za isto delo u prekršajnom i krivičnom postupku.

³⁵ Za pregled tih učenja v. Miroslav Đorđević, Aleksandar Mihajlovski, *Delikti kaznenog prava*, Beograd, 1978, 195–219. Od novijih shvatanja pomenućemo ono koje zastupa Stojanović, prema kojem, prekršajima za razliku od krivičnih dela, nedostaje etička zasnovanost prekora (Zoran Stojanović, "Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo", *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1–2, Beograd, 2012, 27.

³⁶ M. Đorđević, A. Mihajlovski, op. cit., 194.

³⁷ Na materijalnom planu primetno je svojevrсно usklađivanje instituta prekršajnog prava sa institutima krivičnog prava. O tome detaljnije v. Đorđe Đorđević, "Problem međusobnog usa-

Prekršajni postupak karakteriše načelo ekonomičnosti i efikasnosti,³⁸ pa je tako moguće odluku doneti i bez saslušanja okrivljenog, nema obaveze održavanja pretresa, većina rokova je određena u kraćem trajanju nego što je to slučaj u krivičnom postupku, postoji mogućnost da novčanu kaznu izrekne organ uprave (putem izdavanja prekršajnog naloga) i slično. Odustajanje od procesnih garantija svojstvenih kaznenim postupcima opravdava se manje ozbiljnim posledicama koje po okrivljenog mogu nastupiti osudom u prekršajnom postupku, nego što je to slučaj sa osudom za krivična dela.³⁹ Ozbiljnost posledica osude trebalo bi, barem načelno, da ide u korak sa ozbiljnošću samog ponašanja koje je bilo povod za osudu.

Drugim rečima, moglo bi se reći da uprošćena procedura implicira i manju opasnost delikta o čijem se postojanju u takvoj proceduri raspravlja. Time bismo, u krajnjoj liniji, došli do zaključka da ipak na supstancijalnom planu postoji kakva razlika između prekršaja i krivičnog dela koja bi se ogledala u stepenu njihove štetnosti, ili drugim rečima, u kvantumu njihove društvene opasnosti. Međutim, samo isticanje ovakve razlike ne znači automatski da nam ona uistinu može koristiti prilikom prethodne kategorizacije delikata u jednu od dve pomenute grupe. Društvena opasnost je vrednosna kategorija, što znači da njena sadržina umnogome zavisi od subjekta koji vrednovanje vrši, ali i od istorijskog, kulturnog, političnog, sociološkog momenta u koje se nešto vrednuje. Ponašanje koje se danas ne smara u dovoljnoj meri društveno štetnim može to postati zbog povećane učestalosti njegovog vršenja, drugačijih socio-ekonomskih ili životnih uslova, promene političkog uređenja i slično.

Čak i ako bismo društvenu štetnost ponašanja formalno označili demarkacionom linijom, suštinski ne bismo dobili upotrebljivi kriterijum razlikovanja. Pored načelnog problema utvrđivanja njene sadržine, bilo bi potrebno precizno utvrditi koji je to kvantum opasnosti ponašanja koji ga podiže na rang krivičnog dela, što je gotovo nemoguće, pogotovo za forme ponašanja koje se inače smatra-

glašavanja odredaba prekršajnog i krivičnog prava”, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd, 2015, 14–152.

³⁸ U teoriji se ističe da je, u odnosu na četrnaest načela postupka koje zakon poznaje, načelo efikasnosti ipak najzastupljenije, Dragiša Drakić, Ivan Milić, “Utvrđivanje istine u prekršajnom postupku – utvrđivanje prekršajne odgovornosti”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2018, 124.

³⁹ Ima i mišljenja da je neosnovano prekršaje označavati bagatelnim delima, upravo zbog posledica koje trpi učinilac prekršaja. O tome detaljno, v. Ivan D. Milić, “Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (I deo)”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, Novi Sad, 2016, 937–955.

ju graničnima i za koje nema konsenzusa u pogledu toga u koju bi ih kategoriju delikata trebalo svrstali.

S druge strane, ne možemo negirati da zakonopisci ipak moraju poći od koliko-toliko odredivog kriterijuma prilikom tvorenja zakonskih propisa, te verovatno i sami polaze od štetnosti određenog ponašanja, ili bolje rečeno, od vlastitog poimanja te štetnosti. Sud o tome da li se njihova ocena poklapa sa većinskim shvatanjima društva, moguće je dati nakon usvajanja zakona, po pravilu u formi kritike naučne i stručne javnosti.⁴⁰

ZAKLJUČAK

Jedan od razloga koji oblast javnih nabavki čini primamljivim tлом za zloupotrebe čisto je ekonomske prirode.⁴¹ Javne nabavke su značajan činilac u budžetu svake države – prema nekim procenama čak 30 procenata godišnjeg državnog budžeta bude opredeljeno i utrošeno za potrebe javnih nabavki⁴². U zemljama članicama Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) javne nabavke čine 12 procenata bruto domaćeg proizvoda i 29 procenata javnih troškova.⁴³ Pored toga što doprinosi neracionalnom trošenju budžetskih sredstava, korupcija u oblasti javnih nabavki utiče i na poverenje građana u javne službe, ugrožava vladavinu prava i urušava ekonomski sistem države.⁴⁴

Problem korupcije u javnim nabavkama identifikovan je i na nivou Evropske unije. Prema izveštaju Evropske kancelarije za borbu protiv prevara (OLAF) u 2010. godini u samo 8 država članica Evropske unije gubici nastali kao posledica korupcije u ovoj oblasti iznosili su između 1,4 i 2,2 milijarde evra.⁴⁵ Evropska

⁴⁰ Ne odričući značaj javne rasprave, kao i rasprave koja se u Narodnoj skupštini tim povodom može povesti, moramo konstatovati da prilikom skorijih izmena propisa iz oblasti kaznenog prava pisci zakona nisu bili posebno naklonjeni kritikama koje su se pre usvajanja zakona mogle čuti na račun novih rešenja. Eklatantni primer svakako predstavljaju izmene Krivičnog zakonika s kraja 2019. godine.

⁴¹ Caterina Mazza, "How criminals infiltrate public procurement: Organised Crime and Corruption in Legal Markets and Public Sectors", *Central European Journal of International and Security Studies*, Tom 10, br. 1, 2016, 19.

⁴² OECD, Preventing corruption in public procurement, 2016, 6, <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>, 20.09.2020.

⁴³ *Ibidem*, 5.

⁴⁴ Ada-Iuliana Popescu, "Public Procurement Corruption In The European Union", *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Special Issue 1, 2014, 8.

⁴⁵ Public Procurement: costs we pay for corruption, Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU, https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/pwc_olaf_study_en.pdf, 20.09.2020.

komisija, koja je zadužena za nadzor nad implementacijom propisa kojima se regulišu javne nabavke, najviše nepravilnosti zabeležila je u oblastima koje se odnose na izgradnju putne infrastrukture, zdravstva, energetike, kao i u IT sektoru.⁴⁶

Sve prethodno navedeno ukazuje na potrebu da se rešavanju ovog kompleksnog problema pristupi korišćenjem više metoda, a među njima svakako treba svrstati i pojačanu aktivnost nadležnih organa krivičnog i prekršajnog postupka. Uvažavajući činjenicu da puka represija i kažnjavanje učinilaca krivičnih dela ne mogu biti osnovni mehanizmi na kojima bi se borba protiv nepoželjnih društvenih pojava, uključujući i korupciju, zasnivala, rezultati rada u ovom segmentu su ispod očekivanja. U izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2019. godinu ocenjeno je da: "Srbija hitno treba da poboljša svoje rezultate u otkrivanju i krivičnom gonjenju krivičnih dela korupcije, na osnovu povećane tehničke stručnosti i bolje koordinacije i razmene podataka između svih uključenih institucija".⁴⁷ Podaci Republičkog zavoda za statistiku pokazuju da je u 2019. godini svega pet učinilaca osuđeno za krivično delo Zloupotreba u vezi sa javom nabavkom, a osuđenima su izrečene tri uslovne osude i dve kazna zatvora, pri čemu je određeno da se jedna izvršava u prostorijama u kojima okrivljeni stanuje.⁴⁸

Pored rigorozne primene kaznenih zakona, u literaturi se, kao mera koja može da doprinese suzbijanju koruptivnih radnji u javnim nabavkama navodi jačanje sistema unutrašnjih uzbunjivača.⁴⁹ Takođe, budući da nezakonite aktivnosti izvršioci često preduzimaju za račun poslodavca, korporacija ili drugih organizacija, predlaže se da se krivičnopravna reakcija usmeri prevashodno na pravna umesto na fizička lica.⁵⁰

Imajući u vidu prethodno rečeno, ostaje da se vidi da li će eventualno donošenje novog Zakona o javnim nabavkama i predviđanje čak dvadeset tri prekršaja u ovoj oblasti, kao i činjenica da je prekršajni postupak sada poveren sudovima, a ne Republičkoj komisiji za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, doprineti makar i umerenom napretku u ovoj oblasti.

⁴⁶ A. Popescu, op. cit., 12.

⁴⁷ Izveštaj Evropske komisije o Republici Srbiji za 2019. godinu, op. cit., 21–22.

⁴⁸ Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2019, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2020/Pdf/G20201202.pdf>, 20.09.2020.

⁴⁹ A. Popescu, op. cit., 10.

⁵⁰ Susan Rose-Ackerman, "Corruption and the Criminal law", *Forum on Crime and Society*, Tom 2, br. 1, 2002, 4.

IVANA RADISAVLJEVIĆ

Assistant Lecturer, Ph.D. candidate

Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINAL ACT OF ABUSE IN THE PROCESS OF PUBLIC PROCUREMENT

Summary

Public procurement is a procedure in which the state, its bodies or other entities procure goods, services or works to meet the public needs. One of the ways to preserve the legality and regularity of the public procurement procedure, and thus prevent the irrational spending of public funds are certainly the mechanisms of criminal law: prescribing criminal acts and punishing their perpetrators. In this paper, author analyzes the criminal act of Abuse in the process of public procurement, described in the article 228 of the Criminal Code. Author gives a detailed presentation of legal description of this criminal offence, but also considers certain problems that arise during its interpretation. Presented conclusion that the form prescribed in article 228, section 2 could have easily been omitted comes from the fact that its legal description is almost identical to the legal description of criminal acts regulated in the article 227 and 359 of the Criminal Code. In the end, by comparing legal definition of this criminal act with misdemeanors prescribed in the Law on public procurement, author tackles much serious problem of relation between criminal acts and misdemeanors as the two forms of punishable behavior.–

Key words: public procurement, abuse in the process of public procurement, Law on public procurement, corruption, misdemeanor

Literatura

Ackerman, S. R., “Corruption and the Criminal Law”, *Forum on Crime and Society*, Tom 2, br. 1, 2002.

Albano Luigi, G., Buccirossi, P., Spagnolo, G., Zanza, M., “Preventing collusion in procurement”, *Handbook of Procurement* (eds. Dimitri, N., Piga, G., Spagnolo, G.), United States of America, 2006.

Almasan, A., “Anticompetitive Agreements in Public Procurement Procedures: Does Criminal Law Prevail over the Administrative Law or Vice Versa”, *Romanian Public-Private Partnership Law Review*, Tom 13, 2015.

Brigante, V., “Law Enforcement Against Corruption in Italian Public Procurement, Between Hetero-Imposed Measures and Procedural Solutions”, *Italian Journal of Public Law*, Tom 11, br. 1, 2019.

Blagojević, B., et. al., *Komentar Zakona o javnim nabavkama*, Beograd, 2020.

Budak, J., “Korupcija u javnoj nabavi: trebamo li novi model istraživanja za Hrvatsku?”, *Ekonomski pregled*, Tom 67, br. 4, 2016.

- Delić, N., "Delo malog značaja i stvarno kajanje u Krivičnom zakoniku", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Tom 62, br. 1, 2014.
- Delić, N., "Krivičnopravni aspekt borbe protiv korupcije", *Finansijski kriminalitet i korupcija*, Beograd, 2019.
- Delić, N., "Zloupotreba položaja odgovornog lica – sudska praksa i doktrinarni stavovi", *Privredna krivična dela* (ur. Stevanović, I., Čolović, V.), Beograd, 2017.
- Drakić, D., Milić, I., "Utvrđivanje istine u prekršajnom postupku – utvrđivanje prekršajne odgovornosti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2018.
- Đorđević, M., Mihajlovski, A., *Delikti kaznenog prava*, Beograd, 1978.
- Đorđević, Đ., "Problem međusobnog usaglašavanja odredaba prekršajnog i krivičnog prava", *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Ignjatović, Đ.), Beograd, 2015.
- Izveštaj Evropske komisije o Republici Srbiji za 2019. godinu, https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/20190529-serbia-report_SR_-_REVIDIRANO.pdf, 20.09.2020.
- Komisija za zaštitu konkurencije, *Uputstvo za otkrivanje nameštenih ponuda u postupku javne nabavke*, <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Uputstvo-za-otkrivanje-namestjenih-ponuda-u-postupku-javnih-nabavki.pdf>, 20.09.2020.
- Koshevasliska, M., "Corruption in Public Procurement", *Iustinianus Primus Law Review*, Tom 8, br. 1, 2017.
- Mantzaris, E., "Public procurement, tendering and corruption: Realities, challenges and tangible solutions", *African Journal of Public Affairs*, Tom 7, br. 2, 2014.
- Mazza, C., "How criminals infiltrate public procurement: Organised Crime and Corruption in Legal Markets and Public Sectors", *Central European Journal of International and Security Studies*, Tom 10, br. 1, 2016.
- Milić, D., I., "Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (I deo)", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, 2016.
- Nowrousian, B., "Combating public procurement criminality or simple rules for complex cases", *Journal of Financial Crime*, Tom 26, br. 1, 2019.
- OECD, *Bribery in public procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, France, 2007.
- OECD, *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement, Helping governments to obtain best value for money*, <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>, 20.09.2020.
- OECD, *Preventing corruption in public procurement*, 2016, <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>, 20.09.2020.
- Pavlović, Š., "Kriminološki pregled i kaznenopravna zaštita postupaka javne nabave", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Tom 21, br. 2, 2014.

- Perović, Z., “Zloupotreba službenog položaja”, *Privredni kriminal i korupcija* (ur. Radovanović, D., Mihaljević, Đ.), Beograd, 2001.
- Popescu, A. “Public Procurement Corruption In The European Union”, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Special Issue 1, 2014.
- Public Procurement: costs we pay for corruption, Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU, https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/pwc_olaf_study_en.pdf, 20.09.2020.
- Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2019, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2020/Pdf/G20201202.pdf>, 20.09.2020.
- Stojanović, Z., “Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1–2, Beograd, 2012.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2018.
- Škulić, M., “Zloupotreba položaja odgovornog lica, *ratio legis* i neki nedostaci postojeće inkriminacije”, *Privredna krivična dela* (ur. Stevanović, I., Čolović, V.), Beograd, 2017.
- Varinac, S., “Uloga nadležnih organa u borbi protiv korupcije i sankcionisanju nepravilnosti u javnim nabavkama”, *Uređene javne nabavke za manje korupcije u Srbiji* (ur. Aksentijević, M.), Prokuplje, 2013.

GORDANA KRSTIĆ

DOPRINOS JAVNOG TUŽILAŠTVA UNIFIKACIJI PRAVA

U vršenju funkcije javni tužilac neposredno primenjuje prvenstveno zakonske, ali i ustavne odredbe i susreće se sa različitim krivičnopravnim događajima, koje treba pravno da kvalifikuje i filtrira šta jeste, a šta nije krivično, ili drugo kažnjivo delo. To je početna faza prilikom preuzimanja krivičnog gonjenja, nakon čega slede predistražni i istražni postupak, kojima rukovodi javni tužilac. Potom se iz organa krivičnog postupka javni tužilac preobražava u stranku, koja zastupa optužni akt pred sudom i izjavljuje redovne i vanredne pravne lekove. Kako je reč o odgovornom i dinamičnom poslu, koji zahteva efikasno i aktivno delovanje i interakciju sa drugim državnim organima, javni tužilac se često susreće sa izazovima u vidu tumačenja pravnih pitanja, radi njihove pravilne primene i zaštite prava drugih učesnika u krivičnom postupku. U radu su analizirani različiti segmenti nadležnosti javnog tužilaštva, koji otvaraju dileme i zahtevaju interpretaciju pravnih instituta i termina na sličan ili isti način i postepeno napuštanje ustaljenog i konformističkog funkcionisanja javnog tužilaštva.

Ključne reči: javno tužilaštvo, unifikacija, samostalnost, hijerarhija, istraga

U V O D

U skladu sa Ustavom javno tužilaštvo je samostalan državni organ, koji goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti.¹ U vršenju ovih funkcija pretežne aktivnosti javnog tužilaštva usmerene su na preduzimanje krivičnog gonjenja u javnom interesu, odnosno na ot-

Gordana Krstić, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: grkrstic@gmail.com.

¹ Čl. 156 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98, 2006.

krivanje krivičnih dela i prikupljanje dokaza, sprovođenje istrage i zastupanje optužnog akta pred sudom. Reč je o izvornim kompetencijama javnog tužilaštva, koje su izraz načela oficijelnosti krivičnog gonjenja.

Pored toga, javno tužilaštvo je čuvar ustavnosti i zakonitosti jer je ovlašćeno da podnosi vanredne pravne lekove u krivičnom, upravnom i građanskom postupku, odnosno pravna sredstva u postupku pred Ustavnim sudom. Za ovu drugu vrstu ovlašćenja se može reći da suštinski deriviraju iz funkcije krivičnog gonjenja, jer se prilikom aktivnog angažmana javnog tužioca na procesuiranju učinilaca krivičnih dela mogu pojaviti sporna normativna pitanja, ili pravne praznine, ili pak povrede zakona, koje dovode do potrebe za tumačenjem, radi pravilne primene odredaba, odnosno do pokretanja sudskog postupka s ciljem razrešenja relevantnog pravnog pitanja.

Centralna tema rada biće usmerena na razmatranje postupanja javnog tužilaštva u slučajevima kada postoji odstupanje od načela zakonitosti u krivičnom pravu, odnosno od segmenta *lex certa*,² kada je nakon izmena Zakonika o krivičnom postupku javni tužilac morao da primenjuje nove zakonske odredbe, da ustanovljava smernice za determinisanje krivičnih sankcija prilikom zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela itd. Na ovom putu javno tužilaštvo obavezuje vladavina prava, koja uživa epitet univerzalne vrednosti i zapovest kategoričkog imperativa.³ Kao fundamentalno načelo domaćeg pravnog sistema pretpostavlja postojanje pravne sigurnosti, princip legaliteta, čija suština leži u vladavini objektivne volje, izražene u Ustavu i zakonima, koji unapred propisujući pravila ponašanja nosilaca vlasti isključuju samovolju pojedinca i voluntarizam,⁴ kao i ustavna jemstva ljudskih i građanskih prava. Kroz samostalan praktični rad javno tužilaštvo, s jedne strane, osnažuje sopstveno funkcionisanje u pravnom poretku, a s druge strane, doprinosi unifikaciji krivičnog materijalnog i procesnog prava.

IZAZOVI U POSTUPANJU JAVNOG TUŽILAŠTVA

Kada vrši ustavna ovlašćenja, javno tužilaštvo je dužno da obavi detaljne provere, razmotri i analizira konkretno činjenično stanje i postupke učesnika i donese meritornu odluku. Događaji su često složeni i zahtevaju obazrivost i profesionalnu posvećenost u postupanju, kao i efikasno i ažurno delovanje i spremnost za primenu često novih zakonskih odredaba, a neretko i nejasnih, koje pružaju prostor za različita tumačenja. Krivični progon osumnjičenih ne vrši se po

² Zoran Stojanović, *Krivično pravo: opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2005, 40.

³ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2017, 1057.

⁴ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 510.

automatizmu, već se javni tužioci prve instance suočavaju sa različitim izazovima, normativne ili praktične prirode, koje često zbog prirode posla moraju hitno i promptno da rešavaju. U nastavku su analizirani pojedini aspekti rada javnog tužioca, u kojima dominiraju materijalni i procesni izazovi, koji treba da se rasprave tako da garantuju primenu uniformnih pravila.

Materijalni izazovi

Krivični zakonik. – Od donošenja Krivični zakonik⁵ (u daljem tekstu: KZ) je izmenjen deset puta i izmene su u većini slučajeva bile značajne i ozbiljne. *Exempli causa*, u novembru 2016. godine uveden je veći broj novih krivičnih dela, dok su neka dekriminalizovana, a data je nova sistematika krivičnih dela protiv prirede i njihov zakonski opis je značajno promenjen.⁶ U maju 2019. godine zakonodavac je ponovo intervenisao u zakonski tekst uvodeći doživotni zatvor, strože uslove za izricanje uslovne osude itd. Među tim izmenama nalazi se i jedna izuzetno važna, koja se tiče čl. 246a st. 2 KZ, gde je prvi put inkriminisano neovlašćeno držanje supstanci ili preparata koji su proglašeni za opojne droge u velikoj količini, ali nije striktno definisano šta se podrazumeva pod velikom količinom. Time se javni tužilac prve instance dovodi u nezavidan položaj, jer po pronalasku opojne droge kod osumnjičenog treba da preduzme krivično gonjenje za krivično delo koje je po zaprećenju kazni teže i višestruko nepovoljnije za okrivljenog u odnosu na neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl. 246a st. 1 KZ, kod kog se radnja izvršenja sastoji u držanju nedozvoljenih supstanci u manjoj količini za sopstvenu upotrebu uz zaprećenu kaznu zatvora do tri godine. Procesne posledice ovakve neodređene norme su različite, jer se za osnovni oblik krivičnog dela vodi skraćeni postupak, a za kvalifikovani oblik redovni postupak, pošto je propisana kazna zatvora od tri do deset godina. S obzirom na značaj zaštićenog dobra, a to je zdravlje ljudi, sa posledicama dela koje se odnose na ugrožavanje zdravlja, kao i činjenice da je osim posebnog zaštitnog objekta povređen i opšti zaštitni objekat, koji obuhvata društvene odnose i društvene vrednosti,⁷ prilikom davanja ocene da li je u pitanju manja ili velika količina opojne droge, treba biti naročito oba-

⁵ Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

⁶ Zoran Stojanović, Olgica Miloradović, Miljko Radisavljević, Aleksandar Trešnjev, *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminala i korupcije*, Ministarstvo pravde SAD, Kancelarija za međunarodnu pomoć, usavršavanje i profesionalnu obuku u pravosuđu, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2017, 25.

⁷ Vanja Bajović, "Zloupotreba opojnih droga i legitimnost krivičnopravne zaštite", *Crimen*, br. 3, Beograd, 2017, 533.

zriv i isključiti svaki oblik paušalnog i arbitrarnog zaključivanja.⁸ Teret dokazivanja da je u pitanju velika količina opojne droge je na javnom tužiocu koji mora da zauzme jasan stav, baziran na objektivnim i uporedivim kriterijumima, i da ostane konzistentan tokom celog postupka. Sud, kao ni javni tužilac, nema čvrst parametar kojim bi se vodio prilikom donošenja presude, što pogađa pravnu sigurnost, jer koliko o toj okolnosti mora da vodi javni tužilac prilikom preduzimanja krivičnog gonjenja, toliko o njoj mora da vodi i sud kod meritornog odlučivanja. Ekstenzivno tumačenje velike količine opojne droge može negativno uticati na položaj i prava okrivljenog u krivičnom postupku, a restriktivan stav je latentna opasnost za pravni sistem, generalnu i specijalnu prevenciju i valjan način suzbijanja kriminaliteta.

U SR Nemačkoj posebna naučna služba u okviru Bundestaga, odnosno donjeg doma nemačkog parlamenta, izdala je tumačenje o količinskim izrazima korišćenim za opojne droge u Zakonu o opojnim drogama, u kom su date precizne kvantitativne vrednosti u zavisnosti od vrste opojne droge o tome šta se smatra malom količinom, čije držanje je dozvoljeno, i šta se smatra nemalom količinom opojne droge, čije držanje je uvek kažnjivo,⁹ koje je obavezujuće i za javno tužilaštvo i za sud. U domaćem sistemu bi trebalo da autentično mišljenje o manjoj i velikoj količini opojne droge zauzmu istaknuti stručnjaci i da formiraju model, koji bi ustanovio jedinstvena pravila za sva javna tužilaštva i sudove i otklonio svaku vrstu nedoumice.

Oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela. – Javni tužilac je rukovodilac finansijske istrage i u primeni Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela postoji niz nedoslednosti, koje dolaze do izražaja u praksi javnog tužioca. Tu spada npr., materijalni uslov za aktiviranje instituta oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela, koji se ogleda u tome da mora biti pokrenut krivični postupak za krivično delo koje je taksativno predviđeno zakonom.¹⁰ U katalogu krivičnih dela ne nalazi se npr. neosnovano iskazivanje iznosa za povraćaj

⁸ Zaključak o tome da je u konkretnom slučaju u pitanju manja količina opojne droge za sopstvenu upotrebu trebalo bi donositi na osnovu ocene okolnosti datog slučaja, a pre svega uzevši u obzir vrstu opojne droge, zatim, da li je reč o zavisniku od opojne droge, kao i s obzirom na način i mesto na kome se opojna droga drži. V. Nataša Delić, "Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi, sudska praksa", *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), edicija Crimen, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011, 186.

⁹ Mengenbegriffe für Betäubungsmittel im Betäubungsmittelstrafrecht, <https://www.bundestag.de/resource/blob/651086/7eeb6d484fac0ec36ee5cb467cfd4240/WD-7-084-19-pdf-data.pdf>, 25.08.2020.

¹⁰ Čl. 2 Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, *Službeni glasnik RS*, br. 32/2013, 94/2016, 35/2019.

poreza i poreski kredit iz člana 173a st. 3 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji,¹¹ kod kog iznos protivpravne imovinske koristi prelazi 10.000.000 dinara, što je ogroman iznos i štete za budžet Republike. Izostavljanjem mogućnosti pokretanja finansijske istrage protiv vlasnika kada postoje osnovi sumnje da poseduje znatnu imovinu proisteklu iz ovog krivičnog dela onemogućeno je javnom tužiocu da prati sumnjive ili fiktivne transakcije i tokove novca, ali i da podnese zahtev za privremeno oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela. Time se osumnjičeni dovodi u lagodan položaj i on, i pored pokretanja krivičnog postupka, sporna novčana sredstva može dalje da reinvestira u legalne tokove. Nakon što ustanovi ovakve zakonske nedoslednosti, javni tužilac bi trebalo na to da ukaže nadređenima kako bi inicirali postupak za njihovo otklanjanje i *de lege ferenda* proširenje kataloga krivičnih dela.

Vanredno stanje. – U vanrednom stanju ovlašćenja krivičnog progona javnog tužioca zahtevala su pojačanu pažnju i fleksibilnost zbog novih i čestih izmena propisa i mera, koje je donosila izvršna vlast i primarnu kontrolu eksplozije odredaba, kojima se odstupalo od ljudskih i manjinskih prava i sloboda s ciljem savladavanja kriznog stanja. Dakle, javno tužilaštvo je bilo pozvano da primarno uspostavi protivtežu između krivičnog progona i zaštite pravnog poretka.

Nakon ukidanja vanrednog stanja postavilo se i pitanje kako rešavati krivične prijave koje su podnete protiv osumnjičenih za krivično delo nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije iz čl. 248 st. 1 KZ, učinjeno kršenjem policijskog časa. Čl. 2 st. 2 Zakona o važenju uredaba koje je Vlada uz supotpis predsednika Republike donela za vreme vanrednog stanja i koje je Narodna skupština potvrdila,¹² bilo je predviđeno da se na učinioce prekršaja propisanih uredbama, koje su prestale da važe danom ukidanja vanrednog stanja, odnosno od dana 06.05.2020. godine, i nakon ukidanja vanrednog stanja primenjuju odredbe tih uredaba, što podrazumeva i iniciranje prekršajnih postupaka od strane javnog tužioca nakon odbacivanja krivične prijave. Međutim, kako je prestala da važi Uredba o merama za vreme vanrednog stanja,¹³ koja je regulisala uslove za ograničenje slobode kretanja tokom vanrednog stanja i ukinuto je vanredno

¹¹ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019.

¹² Zakon o važenju uredaba koje je Vlada uz supotpis predsednika Republike donela za vreme vanrednog stanja i koje je Narodna skupština potvrdila, *Službeni glasnik RS*, br. 65, 2020.

¹³ Uredba o merama za vreme vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020, 58/2020 i 60/2020.

stanje, ne bi bilo zakonito goniti učinioce za prekršaje, koji nisu deo pravnog sistema na osnovu jedne odredbe iz podzakonskog akta. Javni tužioci su sve relevantne propise morali da cene i nakon toga da donesu rešenje o odbacivanju krivične prijave bez podnošenja zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, čime štite zakonitost, kao i prava osumnjičenih.

Procesni izazovi

Javni tužilac kao organ predistražnog i istražnog postupka. – Izmene Zakonika o krivičnom postupku¹⁴ (u daljem tekstu: ZKP) modifikovale su procesnu ulogu javnog tužioca, koji je iz pasivnog organa sa pretežno kancelarijskim tipom posla postao rukovodilac predistražnog postupka, kontrolor preduzimanja radnji i mera od strane policije i organ istrage. Javni tužilac ima i pravo imperativnog usmeravanja drugih državnih organa, prvenstveno policije, koji su dužni da postupaju po njegovom zahtevu.¹⁵ Veća ovlašćenja javnog tužioca u predistražnom postupku nisu značila pasivizaciju policije, već stavljanje pod monitoring i uspostavljanje funkcionalne povezanosti¹⁶ i koordinacije u radu, uz subordiniranost policije javnom tužiocu, radi prikupljanja jake dokazne građe. Komplementarno tome, policija operativnim radom prikuplja podatke, u konsultaciji sa javnim tužiocem otkriva i obezbeđuje tragove krivičnog dela i predmete koji mogu biti korišćeni kao dokaz¹⁷ i dužna je da ga redovno izveštava o rezultatima, radi staranja o zakonitom prikupljanju dokaza. To za posledicu ima i podnošenje obrazloženih i utemeljenih krivičnih prijava od strane policije, kao i pružanje zaštite osumnjičenima od policijske torture.

U isključivu nadležnost javnog tužioca prešlo je određivanje *zadržavanja* osumnjičenom, kao oblika lišenja slobode. Na nivou javnog tužilaštva date su preporuke za postupanje u kontekstu da bi trebalo zadržavati učinioce teških krivičnih dela, povratnike, one koji su prilikom izvršenja krivičnog dela ispoljili naročitu drskost ili su opasni po žrtvu i sl., što nedvosmisleno ukazuje da je javni tužilac pozvan da napravi praktični okvir za standardizovano postupanje. Imajući u vidu pravne posledice neosnovanog lišenja slobode i osude, javni tužilac nije du-

¹⁴ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019.

¹⁵ Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 104.

¹⁶ Borba protiv organizovanog kriminala u Republici Srbiji – Od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme, UNICRI, Beograd, 2008, 187.

¹⁷ Čl. 286 ZKP.

žan da zbog pukog javnog interesa zadržava i goni svako sumnjivo lice, već samo ono za koje pronade i otkrije dokaze koji ga kompromituju.

Za razliku od predistražnog postupka, sprovođenje istrage je nova ingerencija javnog tužioca kao organa krivičnog postupka. Tokom sprovođenja istrage javilo se niz spornih procesnih pitanja. *Prvo*, istraga se pokreće naredbom javnog tužioca protiv koje žalba nije dozvoljena.¹⁸ *Drugo*, rok i trenutak računanja roka za donošenje naredbe o sprovođenju istrage nisu egzaktni, jer se vezuju za obaveštenje javnog tužioca o prvoj dokaznoj radnji koju je preduzela policija u predistražnom postupku. Faktički, računanje roka je skupčano sa ovlašćenjima policije, koja npr., može da preduzme radnju pretresanja stana i drugih prostorija i na taj način “prisili” javnog tužioca da otvori istragu bez obzira na njegov stav.¹⁹ *Treće*, pokretanje istrage protiv nepoznatog učinioaca kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo²⁰ je u protivrečnosti sa rukovodećom ulogom javnog tužioca u predistražnom postupku, kada prikuplja dokaze i nastoji da u saradnji sa policijom otkrije identitet učinioaca krivičnog dela. U praksi javni tužioci donose naredbe o sprovođenju istrage samo protiv poznatih učinilaca, te u predmetima u kojima je poznat identitet jednog saokrivljenog, protiv njega sprovode istragu, a protiv drugog eventualno mogu doneti naredbu o proširenju istrage ako u međuvremenu bude otkriven. *Četvrto*, stepen sumnje koji se traži za pokretanje istrage svodi se na osnove sumnje da je osumnjičeni učinio krivično delo koje mu se stavlja na teret, odnosno na postojanje posrednih dokaza. Nelogično je da se isti stepen sumnje traži i za vođenje predistražnog postupka, te se ne vidi praktična potreba za razdvojenosti od istrage pogotovo ako se uzme u obzir da skoro sve radnje koje se preduzimaju u istrazi, mogu se preduzeti i u predistražnom postupku.²¹ Osim toga, istraga se pokreće za teža krivična dela i često se predlaže sudiji za prethodni postupak određivanje pritvora osumnjičenom, za šta se traži osnovana sumnja da je osumnjičeni učinio krivično delo. *Peto*, javni tužilac je organ istražnog postupka, ali ne može novčano da kazni svedoke koji ne pristupe na ispitivanje, a uredno su pozvani i svoj izostanak nisu opravdali, već to mora

¹⁸ Milan Škulić, “Novi srpski Zakonik o krivičnom postupku kao primer štetnog raskida sa osnovnim principima kontinentalno-evropskog krivičnoprocesnog modela”, *Kopra*, br. 1, Beograd, 2017, 54.

¹⁹ Goran Ilić, “Položaj javnog tužioca prema novom ZKP Srbije”, *Savremene tendencije krivičnoprocesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)* (ur. Ana Petrović i Ivan Jovanović), Beograd, 2012, 67.

²⁰ Čl. 295, st. 1, tač. 2 ZKP.

²¹ Vojislav Đurđić, “Uređenje prethodnog krivičnog postupka Srbije – *de lege lata, de lege ferenda*”, *Krivično zakonodavstvo – de lege lata et de lege ferenda* (ur. Marko Pavić), Prijedor, 2015, 79.

da to traži od sudije za prethodni postupak.²² Nije sporno da sudija za prethodni postupak treba da odlučuje o težim merama za obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetano vođenje krivičnog postupka, ali novčano kažnjavanje svedoka, kao i davanje saglasnosti za ispitivanje svedoka u slučajevima kada je okrivljeni nedostupan organima gonjenje, destabilišu ulogu javnog tužioca i vode odugovlačenju istrage. Šesto, među osnovima za prekid istrage postoji jedna kontradiktornost, koja se ogleda u propisivanju da javni tužilac može naredbom da prekine istragu kada je osumnjičeni u bekstvu ili inače nije dostižan državnim organima, a potom da predloži da se prema osumnjičenom odredi pritvor.²³

Sušтина prekida istrage jeste da su prethodno preduzete sve procesne radnje, a suprotno postupanje moglo bi dovesti do gubitka određenih dokaza koji nakon nastavka istrage više ne bi bilo moguće prikupiti.²⁴ Javni tužilac zaustavlja svaki dalji rad na predmetu do prestanka smetnji koje su prouzrokovale prekid, te bi bilo logično prvo predložiti određivanje pritvora osumnjičenom, sačekati da sudija za prethodni postupak o tome odluči, a zatim prekinuti istragu, zbog čega je zakonska postavka netačna i neprecizna. Sedmo, osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze, čime se uvode elementi tzv. paralelne istrage, ali to nema veći praktični značaj, jer oni imaju pravo da predlažu dokaze, kao i da dostavljaju dokumentaciju u prilog odbrani, a i javni tužilac to od njih može da traži²⁵ kako bi odredio plan izvođenja dokaznih radnji. Osim toga, javni tužilac je dužan da pozove okrivljenog i njegovog branioca da prisustvuju svakoj dokaznoj radnji, koju u istrazi preduzima, i da obavesti o tome punomoćnika oštećenog.

Čini se da je i sam zakonodavac bio nepoverljiv prema rešenju da javni tužilac sprovodi istragu, te ga je opteretio različitim procesnim obavezama, među kojima je i postavljanje branioca za krivična dela za koja je zaprećena kazna zatvora od 8 godina, a koje suštinski samo prolongiraju istragu i umesto efektivne zaštite prava okrivljenog na odbranu, otežava se ostvarivanje principa efikasnosti i procesne ekonomije, posebno kad se ima u vidu i konstantno pooštavanje zaprećenih kazni i izmene materijalnog krivičnog zakonodavstva. U literaturi postoje stavovi da je javnom tužiocu nemoguće da zadrži nepristrasnost u postupku koji je stranački koncipiran sa obrazloženjem da su funkcije optužbe i nepristra-

²² Čl. 101, st. 1 ZKP.

²³ Čl. 307, st. 3 ZKP.

²⁴ Goran P. Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2012, 659.

²⁵ Čl. 303, st. 2 ZKP.

snog utvrđivanja činjeničnog stanja psihološki nespojive.²⁶ Ipak, kao organ postupka javni tužilac treba da bude objektivni istražitelj, koji je dužan da nepristrasno i nezavisno sprovodi dokazne radnje u korist i na štetu osumnjičenog,²⁷ da prikupi više različitih dokaza hitno i bez odugovlačenja. Cilj istrage mora se sastojati u kredibilnoj dokaznoj građi, iz koje se potpuno i argumentovano može utvrditi tačan sled događaja koji su prethodili spornom krivičnopravnom događaju, kao i postupci učinioca. Ona mora biti podobna da se na njoj zasnue meritorna javnotužilačka odluka, bilo da je reč o rešenju o odbacivanju krivične prijave, naredbi o obustavi istrage ili pak optužnom aktu. Isključivo kroz objektivno i delotvorno postupanje i utvrđivanje merodavnog smisla zakona javni tužilac može dati doprinos progresivnom razvitku krivičnog procesnog prava i jačanju svog položaja.

Oportunitet. – Oportunitet, kao sumarna forma za rešavanje krivičnog postupka, podrazumeva ocenu celishodnosti krivičnog gonjenja kod lakših krivičnih dela.²⁸ Javni tužilac je snabdeven diskrecionim ovlašćenjem da odluči da li će protiv konkretnog osumnjičenog preduzeti krivično gonjenje ili će mu pak dati priliku da se na alternativni način iskupi za protivpravno postupanje. Odlaganje krivičnog gonjenja jeste svrsishodno kod situacionih krivičnih dela, ili kod onih gde je stepen krivice učinioca nizak, ali kod umišljajnih krivičnih dela ili za povratnike nije. *Stricto sensu*, nije dozvoljen ni kod krivičnih dela kod kojih je predviđena kumulativno novčana kazna i kazna zatvora ili druga krivična sankcija. Dodatna procesna, ali i faktička vlast javnog tužioca predstavlja okosnicu načela oportuniteta, materijalizovanja tendencije snaženja ideja resocijalizacije i diverzionog reagovanja na kriminalitet²⁹ i u javnotužilačkoj praksi se moraju postaviti instrumenti pravne harmonizacije i standardizacije u primeni uslovnog odlaganja krivičnog gonjenja, što je odgovoran i slojevit zadatak.

Sporazum o priznanju krivičnog dela. – Sporazum o priznanju krivičnog dela je bitan procesni institut, kojim je omogućeno pregovaranje i usaglašavanje volje javnog tužioca i okrivljenog u pogledu krivične sankcije i krivičnih dela za koja će okrivljeni biti osuđen.³⁰ Premda se prigovara ovom institutu angloamerič-

²⁶ Jeffrey D. Jackson, "Two Methods of Proof in Criminal Procedure", *The Modern Law Review*, Tom 51, br. 5, London, 1988, 559.

²⁷ Venice Commission, *Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning prosecutors*, CDL-PI (2018)001, 8.

²⁸ Čl. 283 ZKP.

²⁹ Saša Knežević, *Osnovna načela krivičnog procesnog prava*, Studentski kulturni centar, Niš, 2012, 56–58.

³⁰ Čl. 314 ZKP.

kog prava da ima za posledicu da javni tužilac postaje i glavni “presuditelj” i stvarni nosilac vlasti kažnjavanja,³¹ njegova suština je, s jedne strane, brže okončanje postupka, a s druge strane, davanje ustupaka okrivljenom u vidu blaže sankcije, kako bi se stimulisao da prihvati saradnju sa javnim tužilaštvom.³² Pregovaračku ulogu ima i okrivljeni, koga obavezno zastupa branilac, koji ulaze u pregovore sa javnim tužiocem oko krivičnih dela i vrste krivične sankcije zbog postojanja dokaza da je okrivljeni učinio krivična dela za koje se tereti, s ciljem da izbegne iscrpno suđenje. Sud raspolaže prerogativama da proveri i oceni da li je priznanje okrivljenog potkrepljeno i drugim dokazima pre nego što donese presudu kojom prihvata sporazum, uz mogućnost da odbaci sporazum ako javni tužilac ili okrivljeni ne pristupe na ročište za odlučivanje.³³ Često predlog krivične sankcije stavlja javni tužilac, koji mora da poštuje zakonska ograničenja prilikom sporazumevanja sa okrivljenim oko krivične sankcije, kako bi bila zakonita i pravična, srazmerna okolnostima konkretnog slučaja. Kada je u pitanju mera kazne, primarno je moguća ona mera koja je u okviru konkretnog zakonskog raspona kažnjavanja, tj. posebnog zakonskog minimuma i maksimuma, a supsidijarno izuzetno, dolazi u obzir i mera kazne koja je ispod posebnog zakonskog minimuma.³⁴ Od velike važnosti je usaglasiti tužilačku praksu u ovom domenu, radi izbegavanja da pojedina javna tužilaštva utvrđuju preblagu, a pojedina strožu kaznu, ili pak da podležu kaznenom populizmu, koji izlazi u susret represivnim težnjama javnosti.³⁵

HIJERARHIJSKI OBLICI ZA POSTIZANJE JEDNOOBRAZNOSTI U POSTUPANJU JAVNOG TUŽILAŠTVA

S obzirom na to da organizaciju javnog tužilaštva karakteriše načelo organizacionog jedinstva i vertikalne povezanosti tzv. hijerarhijsko načelo svih organizacionih nivoa javnog tužilaštva kao jedinstvenog organa za obezbeđenje zakonitosti,³⁶ niži javni tužilac je subordiniran neposredno višem, a niže javno

³¹ Vanja Bajović, “Položaj i odgovornost javnog tužioca u raspravnom procesnom modelu”, *Pravni život*, Tom I, br. 9, Beograd, 2019, 550.

³² Ivan Duzlevski, Nikola Pantelić, *Priručnik za krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 250.

³³ Čl. 316, st. 1, tač. 2 ZKP.

³⁴ Milan Škulić, “Sporazum o priznanju krivice”, *Pravni život*, Tom II, br. 10, Beograd, 2009, 293–294.

³⁵ Zoran Stojanović, “Kazneni rasponi i represivnost krivičnog zakonodavstva – uporedno-pravna analiza”, *Crimen*, br. 1, Beograd, 2020, 9.

³⁶ R. Marković, op. cit., 529–530.

tužilaštvo neposredno višem. Republički javni tužilac (u daljem tekstu: RJT) se nalazi na vrhu piramidalne strukture javnog tužilaštva i vrši hijerarhijski intervencije nad radom svakog javnog tužioca, kao što neposredno viši javni tužilac takve radnje može preduzeti u odnosu na nižeg javnog tužioca. Postoje dve vrste hijerarhijskih intervencija, a to su: obavezno uputstvo i opšte obavezno uputstvo.

Obavezno uputstvo se izdaje u pismenoj formi i za predmet ima nalog za rad i postupanje³⁷ u pojedinačnom predmetu ili pak u sličnim predmetima. Dok obavezna uputstva u pojedinačnim predmetima predstavljaju potencijalnu opasnost za prodor nezakonitih i neosnovanih pritisaka unutar javnotužilačke organizacije ili prikrivenih uticaja na rad zamenika javnog tužioca, ona koja se odnose na postupanje u sličnim predmetima imaju instruktivni karakter i korisna su nižim javnim tužiocima u radu. RJT je izdao svim okružnim javnim tužilaštvima obavezno uputstvo,³⁸ koje je sadržalo dužnost izjavljivanja žalbe na osuđujuću presudu, kojom je izrečena krivična sankcija ispod ili blizu zakonskog minimuma, iz razloga što je žalba javnog tužioca zakonom predviđeni korektiv kaznene politike kojom se traži preispitivanje odluke prvostepenog suda o krivičnoj sankciji i javna tužilaštva treba da doprinesu pooštavanju kaznene politike sudova u predmetima za krivična dela sa povećanom društvenom opasnošću.

Opšte obavezno uputstvo se izdaje u pismenoj formi, ali isključivo od strane RJT-a, radi postizanja zakonitosti, delotvornosti i jednoobraznosti u postupanju.³⁹ Sadrži smernice javnim tužilaštvima za obrađivanje predmeta i ima pozitivan efekat. Donosi se radi bržeg i efikasnijeg implementiranja odredaba novih zakona, operacionalizovanja saradnje sa drugim državnim organima, ispunjenja obaveza na međunarodnom planu i sl. RJT je doneo npr. opšte obavezno uputstvo o korišćenju podataka za pokretanje postupaka zbog krivičnog dela pranje novca, sa predlogom da nadležna javna tužilaštva proaktivno postupaju i sistematično prikupljaju podatke o sumnjivim transakcijama,⁴⁰ opšte obavezno uputstvo o načinu postupanja Službe za informisanje i podršku oštećenima i svedocima u javnim tužilaštvima,⁴¹ koje detaljno uređuje način postupanja navedene Službe, razrađuje načela rada, sistem rada i opis poslova, saradnju sa drugim institucijama i vođenje evidencije itd. Od velike važnosti je i opšte obavezno uputstvo o prime-

³⁷ Čl. 24, st. 1 Zakona o javnom tužilaštvu, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011, 101/2011, 38/2012, 121/2012, 101/2013, 111/2014, 117/2014, 106/2015, 63/2016.

³⁸ A. br. 147/09 od 22.05.2009. godine.

³⁹ Čl. 25, st. 1 Zakona o javnom tužilaštvu.

⁴⁰ A. br. 668/17 od 20.09.2017. godine.

⁴¹ O. br. 2/16 od 05.12.2016. godine.

ni metodologije za istragu u slučajevima zlostavljanja,⁴² gde je RJT imao intenciju sprovođenja delotvorne istrage u slučajevima navodnog mučenja i surovog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od strane policije.

Manifestacioni izraz staranja o zakonitosti u domaćem pravnom poretku jeste ovlašćenje RJT da uloži *zahtev za zaštitu zakonitosti*.⁴³ Reč je o vanrednom pravnom leku, kod kog su osnovi pobijanja sudske odluke širi od žalbenih osnova.⁴⁴ Pravilo je da niža javna tužilaštva dostave inicijativu za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti neposredno višem javnom tužilaštvu, koje daje mišljenje o osnovanosti inicijative i spise prosleđuje RJT-u na razmatranje i dalje postupanje, ali to može da učini i drugo zainteresovano lice.⁴⁵ Uprkos dominantnoj ulozi RJT-a prilikom podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti, okrivljeni raspolaže preferencijalnim tretmanom, iz razloga što se postupak po ovom pravnom leku, kada je pokrenut na štetu okrivljenog, može okončati samo deklarativnom presudom⁴⁶ zbog dejstva zabrane *reformatio in peius*. Međutim, utvrđena povreda zakona u konkretnom slučaju trebalo bi da bude isključena u svim drugim predmetima, te i ovaj vanredni pravni lek ima preimućstvo da spreči iste vrste povreda u budućim odlukama.

ODNOS IZMEĐU JAVNOG TUŽILAŠTVA I SUDA I GARANCIJE PRAVNE SIGURNOSTI

Javno tužilaštvo je u organizacionom smislu samostalni državni organ, dok je u funkcionalnom smislu ono nosilac posebnih ovlašćenja u obavljanju sudske vlasti.⁴⁷ Samostalnost javnog tužilaštva je svojstvo uže od nezavisnosti sudova i obuhvata zasebnu organizacionu strukturu, odvojenu od drugih državnih organa, koja ima svoje utemeljenje u ustavnim i zakonskim normama, ekskluzivnu nadležnost u vidu krivičnog gonjenja učinilaca krivičnih i drugih kažnjivih dela i odsustvo spoljnih uticaja na rad u pojedinačnim predmetima. Javno tužilaštvo je

⁴² O. br. 3/17 od 26.09.2017. godine

⁴³ Čl. 483 ZKP.

⁴⁴ Čl. 485 st. 1 ZKP.

⁴⁵ Prema podacima iz godišnjeg izveštaja o radu Republičkog javnog tužilaštva za 2017. godinu, to tužilaštvo je u krivičnoj materiji primilo 1489 inicijativa za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, od čega je 364 inicijativa odbijeno, a 59 je podneto, i od toga je od strane suda usvojeno 40, http://www.rjt.gov.rs/docs/SKMBT_C65218033011140_2.pdf, 17.07.2020.

⁴⁶ Saša Knežević, "Preimućstva odbrane" u postupcima preistitivanja pravnosnažne presude", *Pravni život*, Tom II, br. 10, Beograd, 2009, 655.

⁴⁷ Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, IPD Justinijan, Beograd, 2005, 657.

deo pravosudnog sistema, *dominus littis* predistražnog i istražnog postupka⁴⁸ i institucionalni činilac za ostvarivanje krivičnopravne zaštite društva i za suzbijanje kriminaliteta.

Prilikom vršenja svojih kompetencija ono nije izolovano iz pravnog sistema, već funkcioniše u interaciji sa drugim državnim organima, a među njima vitalnu ulogu ima sud. Krajnju potvrdu adekvatne kvalifikacije krivičnog dela i zakonitosti izvedenih dokaza u istrazi javni tužilac dobija adjudikacijom, odnosno nakon presuđenja od strane suda. Analogno tome, javnotužilačka praksa je u kauzalnoj vezi sa sudskom praksom, jer stavovi o postupanju zauzeti od strane javnog tužilaštva, bez obzira na instancu, neće imati praktični efekat ako ne budu verifikovani i prihvaćeni u sudskim odlukama, bilo u odlukama prvostepenog, drugostepenog suda ili Vrhovnog kasacionog suda po zahtevu za zaštitu zakonitosti.

Često se dešava da sudije i javni tužioci nemaju jedinstveno gledište o određenom pravnom pitanju. Ipak, ovi nosioci javnih funkcija imaju obavezu da svoju funkciju vrše na osnovu Ustava, zakona, potvrđenog međunarodnog ugovora i propisa donetog na osnovu zakona. Kada su zakonske odredbe sporne, suprematija Ustava treba da prevlada i javno tužilaštvo, kao i sud ovlašćeni su da vrše poslove iz svoje nadležnosti i neposredno primenjujući ustavne odredbe, što će doprineti i široj autonomiji ovih pravosudnih organa. To je suštinski retko u praksi i sudova i javnih tužilaštava, jer najčešće zauzimaju konformistički stav, prilagođavaju se okolnostima bez ispoljavanja interpretativne inicijative. Upravo odluke koje su pojedine sudije redovnih sudova oblikovale tumačenjem zakona polazeći od ustavnih odredaba o ljudskim pravima, ili pak od ustavnih principa i načela još uvek su sporadične, mada bi njihovo češće donošenje istovremeno vodilo bržoj konstitucionalizaciji ukupnog pravnog sistema zemlje, s jedne strane, a s druge strane, radikalno bi promenile ulogu i odgovornost sudova, jer svaki sudija pre donošenja odluke mora utvrditi sadržaj relevantnih izvora prava, što traži simultanu primenu ne samo zakonskih, već i ustavnih, pa i supranacionalnih odredaba.⁴⁹

Jasno je da javni tužilac ima obavezu krivičnog progona učinilaca krivičnih dela i da ponekad usled intenzivne legislativne aktivnosti i reforme krivičnog zakonodavstva eksperimentalno postupa u primeni novih instituta prebacujući teret njihovog rešavanja na sud. To ne implicira da je sud u obavezi da meritorno odluči onako kako je javni tužilac činjenično i pravno opisao krivično delo u optužnici, već da je dužan da ceni sve relevantne okolnosti i odmeri pravičnu kaznu.

⁴⁸ Čl. 608 ZKP.

⁴⁹ Bosa M. Nenadić, "O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova", *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava 1963–2013*. (ur. Bosa M. Nenadić), Ustavni sud, Beograd, 2013, 90–91.

Sudije svojom stručnošću i savešću nose i donose glas zakona, ali ne po načinu pozitivističkog mehanizma i automatizma, već po neophodnosti primene i interpretacije zakona u smislu legitimne pravde i tako postaju akteri dosuđene pravičnosti kao univerzalne pravde i stožerne vrline čoveka i svih njegovih asocijacija. Njihove odluke moraju da prežive vreme, ne samo ono u kome su donete, već i svako drugo vreme, jer je to slika (možda i spomenik pravde) spornog odnosa koji je rešen.⁵⁰

Ipak, dijamentralno suprotstavljeni stavovi suda i javnog tužilaštva narušavaju integritet pravosudnog sistema. Nije moguće formirati jedan apsolutno uniforman način postupanja, niti je to cilj, ali je nužno afirmisati pravnu sigurnost. Odnos javnog tužilaštva i suda treba da karakterišu jednakost, uzajamno poštovanje i poverenje. Oba državna organa uvek moraju biti sigurni da ih drugi neće zlostavljati, obmanjivati ili čak prevariti. Takav odnos se najbolje razvija na osnovu preciznog, pažljivog i odgovarajućeg rada na slučaju.⁵¹

U tom kontekstu, bitno je usaglasati javnotužilačku i sudsku praksu i postići primereni stepen izvesnosti prilikom odlučivanja. Kada se pokrene krivični postupak, okrivljenom mora biti stavljeno u izgled da postoje realne prilike i da bude osuđen imajući u vidu prikupljene dokaze, a sud ne sme proizvoljno тумачити pojedine odredbe i paušalno odlučivati. Ukoliko javni tužilac prikupi jaku dokaznu građu i ospori pretpostavku nevinosti okrivljenog, a sud to ne prepozna ili ne prihvati, izostaće zaštita žrtve, ali i reakcija države na kriminalitet, što vodi urušavanju vladavine prava i javnog poretka.

ZAKLJUČAK

Dok su se godinama razni imanentni stručnjaci bavili pitanjima ima li javno tužilaštvo kapacitet da bude i organ gonjenja i organ istrage, ono je moralo da se nosi sa ozbiljnim i odgovornim izazovima, kako materijalnim, tako i procesnim. I jedni i drugi, nezavisno od vrste, izvršili su snažni efekat i doveli su do transformacije javnotužilačke funkcije i postepenog razvitka samostalnosti njenih nosilaca.

Materijalni izazovi svoj koren imaju u čestim legislativnim izmenama, pre svega KZ-a, ali i sporednog zakonodavstva, koja nameću obavezu javnom tužiocu da interpretira zakonski tekst, da primenjuje neodređene norme, činjenično stanje podvodi pod nova krivična dela ili da ga upodobi izmenama. Procesni izazovi

⁵⁰ S. Perović, op. cit., 195–196.

⁵¹ Gerhard Zuberbier, *Einführung in die staatsanwaltliche Praxis*, Richard Boorberg Verlag, Boorberg, 1991, 28.

postavili su pred javnog tužioca osim uloge rukovodioca predistražnog postupka, kada mora da prati dinamiku kriminaliteta i nastoji da deluje i ispred kriminalnih struktura i zadatak da bude organ istrage, efikasno sprovodi dokazne radnje, da odlučuje o celishodnosti krivičnog gonjenja ili sa okrivljenim zaključni sporazum o priznanju krivičnog gonjenja.

Konstruktivnu ulogu u pravcu rešavanja pravnih nedoumica imaju nadređena javna tužilaštva i RJT saglasno hijerarhijskom ustrojstvu i principu monokratskog uređenja. S tim u vezi, putem obaveznih uputstva i opšte obaveznih uputstva utiče se na oblikovanje javnotužilačke prakse i formiranje jednoobraznosti u postupanju. Kada javna tužilaštva osnovne instance kroz redovne pravne lekove ne uspeju da odbrane svoj pravni stav pred sudom, RJT je ovlašćen da podnese zahtev za zaštitu zakonitosti i predupredi buduće povrede zakona.

Nakon analize svih pravaca postupanja javnog tužioca, može se istaći da zbog njegove primarne uloge u početnoj fazi krivičnog postupka i ustavne funkcije zaštite ustavnosti i zakonitosti, ostvaruje značajan doprinos na izgradnji i unapređenju normi krivičnog materijalnog i procesnog prava i samim tim unifikaciji prava, koja je od izuzetne važnosti u kontekstu građenja jakog i stabilnog pravosudnog sistema. Pretpostavlja ujednačenu javnotužilačku i sudsku praksu, radi obezbeđivanja doslednosti u tumačenju zakonskih odredaba, koja se odražava i na predvidljivost u pogledu krivičnog gonjenja i kažnjavanja okrivljenih. Analogno tome, kvalitetno zakonodavstvo i usaglašena praksa javnog tužilaštva i suda su ujedno glavni elementi pravne sigurnosti, koja mora biti zajednički poduhvat državnih organa i multidisciplinarni pristup je od velike važnosti za identifikovanje zajedničkog jezgra spornih pravnih pravila, iznalaženje adekvatnih rešenja i harmonizaciju prakse i jedini odgovor države protiv savremenih oblika kriminala.

GORDANA KRSTIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

CONTRIBUTION OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE TO THE UNIFICATION OF LAW

Summary

The object of analysis is related to the role of the public prosecutor in criminal proceedings with special impact of his duty to apply primarily legal, but also constitutional provisions in concrete cases. During his work the public prosecutor faces material and procedural challenges, which

have important influence on pre-investigation and investigation procedure, which is conducted by the public prosecutor. Also, he is allowed to represent the indictment before the court and submit ordinary and extraordinary legal remedies. The author also puts focus of discussion on the relationship between public prosecutor's office and court, because the final confirmation of the adequate qualification of the criminal offense and the legality of the evidence presented in the investigation, gives court by adjudication. The public prosecutor makes a significant contribution to the construction and improvement of the norms of criminal substantive and procedural law and thus the unification of law. That is extremely important in the context of building a strong and stable judicial system, because it presupposes uniform public prosecutorial and court practice in order to ensure consistency in the interpretation of legal provisions and predictability in terms of criminal prosecution and punishment of defendants.

Key words: public prosecutor's office, unification, independence, hierarchy, investigation

Literatura

- Bajović V., "Položaj i odgovornost javnog tužioca u raspravnom procesnom modelu", *Pravni život*, Tom I, br. 9, Beograd, 2019.
- Bajović V., "Zloupotreba opojnih droga i legitimnost krivičnopravne zaštite", *Crimen*, br. 3, Beograd, 2017.
- Delić N., "Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi, sudska praksa", *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), edicija Crimen, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011.
- Duzlevski I., Pantelić N, *Priručnik za krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Đurđić V., "Uređenje prethodnog krivičnog postupka Srbije – de lege lata, de lege ferenda", *Krivično zakonodavstvo – de lege lata et de lege ferenda* (ur. Marko Pavić), Prijedor, 2015.
- Ilić P. G., Majić M, Beljanski S, Trešnjev A, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2012.
- Ilić G., "Položaj javnog tužioca prema novom ZKP Srbije", *Savremene tendencije krivičnoprocesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)* (ur. Ana Petrović i Ivan Jovanović), Beograd, 2012.
- Jackson D. J., "Two Methods of Proof in Criminal Procedure", *The Modern Law Review*, Tom 51, br. 5, London, 1988.
- Knežević S., *Osnovna načela krivičnog procesnog prava*, Studentski kulturni centar, Niš, 2012.
- Knežević S., "'Preimućstva odbrane' u postupcima preistitivanja pravnosnažne presude", *Pravni život*, Tom II, br. 10, Beograd, 2009.
- Marković R., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Marković M., *Ustavno pravo i političke institucije*, IPD Justinijan, Beograd, 2005.

- Nenadić M. N., “O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova”, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava 1963–2013*. (ur. Bosa M. Nenadić), Ustavni sud, Beograd, 2013.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2017.
- Stojanović S., “Kazneni rasponi i represivnost krivičnog zakonodavstva – uporednopravna analiza”, *Crimen*, br. 1, Beograd, 2020.
- Stojanović Z., *Krivično pravo: opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2005.
- Stojanović Z., Miloradović O., Radisavljević M., Trešnjev A., *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminala i korupcije*, Ministarstvo pravde SAD, Kancelarija za međunarodnu pomoć, usavršavanje i profesionalnu obuku u pravosuđu, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2017.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
- Škulić M., “Novi srpski Zakonik o krivičnom postupku kao primer štetnog raskida sa osnovnim principima kontinentalno-evropskog krivičnoprocesnog modela”, *Kopra*, br. 1, Beograd, 2017.
- Škulić M., “Sporazum o priznanju krivice”, *Pravni život*, Tom II, br. 10, Beograd, 2009.
- Zuberbier G., *Einführung in die staatsanwaltliche Praxis*, Richard Boorberg Verlag, Boorberg, 1991.

**KATEDRA
PRAVO NA IMOVINU
Sekcija A.
“Opšta pitanja – kodifikacije”**

ALEKSA ŠKUNDRIĆ

GRAĐANSKOPRAVNI POJAM IMOVINE

U radu je učinjen još jedan pokušaj da se odredi pojam imovine u nauci građanskog prava. Najpre se izlažu dve osnovne teorijske koncepcije imovine, a zatim i autorova gledišta oko funkcija i karakteristika imovine. Tako, autor je mišljenja da je osnovna funkcija imovine njena tzv. garantna funkcija odnosno da je glavni cilj imovine kao takve, konstituisanje opšte zaloge za naplatu hirografernih poverilaca pravnog subjekta o čijoj se imovini radi. Iz toga proizlazi da imovinu čine samo subjektivna građanska prava, a nikako i obaveze. Dalje, prema stavu autora u imovinu pravnog subjekta ne ulaze ni sva subjektivna građanska prava, već samo neka od njih. U nju najpre ne ulaze neimovinska (lična) prava, ali ni neprenosiva imovinska prava, budući da su i ona nepodobna za namirenje poverilaca. Na kraju, razmatraju se i teorijske koncepcije tzv. imovinskih fondova. Koncept imovinskih fondova prihvatljiv je jedino ukoliko pod njima podrazumevamo celine unutar jedinstvene imovine, koje potpadaju pod različite pravne režime.

Gljučne reči: imovina, subjektivna građanska prava, obaveze, građanskopravna odgovornost

U V O D

Pravni pojam imovine jeste jedan od najkontroverznijih pojmova nauke građanskog prava. To je zapravo konstatacija oko koje se slaže većina pravnih pisaca, bez obzira na to kojoj se teorijskoj koncepciji imovine priklanjaju.¹ Naime,

Aleksa Škundrić, student master akademskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: skundricaleksa5@gmail.com.

¹ Tako, Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd, 2007, 141; Dragoljub Stojanović, Oliver Antić, *Uvod u građansko pravo*, Pravni fakultet Univerzite-

dok u svakodnevnom životu i laičkom govoru imovina označava ekonomsko bogatstvo pojedinca (i takvo njeno značenje je opšteprihvaćeno), u građanskopravnoj teoriji postoji konkurencija shvatanja o imovini. Pri tom, prihvatanje bilo kojeg od njih povlači za sobom drugačije pravne posledice. Istovremeno, važno je teorijski shvatiti i izložiti imovinu, budući da pozitivnopravni propisi ni Republike Srbije, ni uporednopravno ne sadrže definiciju tog pojma.²

Postojanje imovine kao pravnog instituta opravdano je jedino ukoliko taj pojam u pravu ima nekakvu funkciju. Sledstveno tome, jedino je opravdano shvatanje imovine kao skupa imovinskih prenosivih subjektivnih građanskih prava. Bilo koje drugo shvatanje imovine bilo bi nepotrebno, jer bi ono ili dovelo do konfuzije instituta imovine sa nekim drugim institutima (pre svega sa institutom pravne sposobnosti) ili bi bilo nedosledno, s obzirom na garantnu funkciju imovine kao njenu glavnu funkciju (ako bismo u imovinu ubrajali, npr., i neprenosiva imovinska prava). U radu, dakle, polazimo od pretpostavke da je garantna funkcija imovine zapravo i jedina njena *sui generis* funkcija, dok su sve ostale funkcije imovine izvedene i da bi one postojale u pogledu građanskopravnog položaja pravnog subjekta nije neophodno konstruisati pojam imovine, već je za to dovoljan pojam subjektivnih građanskih prava.

NAJVAŽNIJE TEORIJE O IMOVINI

Pre nego što predjemo na teorijsko analiziranje pojma imovine, ukratko ćemo izneti dve glavne teorijske koncepcije o imovini, klasičnu i modernu. Pri tom, valja napomenuti da obe koncepcije, nezavisno od toga da li u imovinu uključuju i obaveze pravnog subjekta, u imovinu svrstavaju isključivo subjektivna građanska prava (npr. pravo svojine), a ne njihove objekte (npr. kuća). Ovo je posledica shvatanja imovine kao pravne, a ne ekonomske kategorije kada se o njoj raspravlja u okviru pravne nauke.³

ta u Beogradu, Beograd, 2004, 401; Martin Vedriš, Petar Klarić, *Osnove imovinskog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983, 79; Radmila Kovačević Kuštrimović, "Podela subjektivnih prava i njen značaj", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 23, Niš, 1983, 185.

² Saša Nikšić, "Imovina u građanskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Tom 62, br. 5–6, Zagreb, 2012, 1600.

³ Prof. Gams tako jasno povlači razliku između imovine (koju, u zavisnosti od faze njegovog rada, čine i prava i obaveze ili samo prava) i imovinske mase, koju sačinjavaju stvari koje su predmet imovine odnosno prava koja u nju spadaju. Po njemu, imovinska masa je zapravo pravno-tehnički termin za ekonomska dobra koja pripadaju jednom licu. Drugim rečima, imovina je pravna, a imovinska masa ekonomska kategorija, Andrija Gams, Ljiljana Đurić, *Uvod u građansko pravo, Opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd, 1982, 173–174. Vedriš i Klarić razlikuju pak tri različite defini-

Klasična (subjektivna) teorija

Tvorci klasičnog, starijeg shvatanja o imovini, su francuski pravni pisci, Obri i Ro (*Aubry et Rau*), koji su ga prvi put uobličili u svom delu *Cours de droit civil francais*, u prvoj polovini XIX veka.⁴ Prema ovoj teoriji, imovina jeste skup prava i obaveza određenog lica (fizičkog ili pravnog).⁵ Dakle, imovina se sastoji iz aktive (prava koja pripadaju licu) i pasive (obaveze tog lica), pri čemu i u slučaju da je pasiva veća od aktive, imovina postoji. Takođe, lice ima imovinu i kada nema niti jedno subjektivno građansko pravo niti obavezu, što je posledica ideje da su prava i obaveze koje ulaze u imovinu prenosivi, dok imovina sama po sebi nije prenosiva, budući da pravo na imovinu suštinski nije imovinsko, već lično pravo.⁶ Zapravo, imovina je slikovito zamišljena kao “jedna prazna posuda, koja može biti puna novca, prazna ili sadržavati samo priznanice na dugovane sume”.⁷

Ova teorija počiva na pretpostavci da imovina proizlazi iz pravnog subjektiviteta, budući da su objekti koji čine imovinu pravnog subjekta podvrgnuti volji tj. vlasti subjekta kome ta volja pripada (iz ovog razloga se ova teorija naziva još i subjektivnom teorijom).⁸ Imovina je shvaćena kao emanacija (pravne) ličnosti, a pošto je (pravna) ličnost jedinstvena i nedeljiva, i sama imovina je jedinstvena (svako lice ima samo jednu imovinu) i nedeljiva (imovina jednog lica se ne može izdeliti na više različitih imovina). Ipak, ovako shvaćena imovina se praktično poistovećuje sa pravnom sposobnošću i tako postaje suvišan pojam.⁹ Jer, ako prihvatimo koncept da imovina postoji bez obzira na njen sadržaj, sve dok postoji pravni subjekt kojem ona pripada kao pravo ličnosti, onda dolazi do konfuzi-

cije imovine: u pravnom, ekonomskom i knjigovodstvenom smislu. Po njima, u pravnom smislu imovina jeste skup subjektivnih imovinskih prava koja pripadaju jednom subjektu; u ekonomskom smislu ona je skup svih ekonomskih dobara (stvari) koja pripadaju određenom (ekonomskom) subjektu; u knjigovodstvenom smislu imovina predstavlja srazmeru (odnos) između aktive (prava) i pasive (obaveza) jednog subjekta, M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., 79–82.

⁴ Iscrpno o klasičnoj teoriji, kao i o njenim kritikama, O. Stanković, V. Vodinić, op. cit., 142–158.

⁵ Henri Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, A. Pedone, Paris, 1927, 19; Tako i Đurđević, kada izjednačava zaostavštinu sa imovinom fizičkog lica koja u momentu smrti ostavio prelazi na njegove naslednike i koju čine sva ostaviočeva nasleđivanju podobna prava (aktiva) i obaveze (pasiva) koja su mu pripadala u momentu smrti, Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 49.

⁶ S. Nikšić, op. cit., 1610.

⁷ O. Stanković, V. Vodinić, op. cit., 153.

⁸ *Ibidem*.

⁹ S. Nikšić, op. cit., 1609.

je pojmova imovine i pravne sposobnosti¹⁰, te imovina ne bi više imala razloga da postoji kao poseban pravni pojam.

Moderna teorija

Suština moderne teorije jeste da se imovina sastoji isključivo iz subjektivnih građanskih prava, dok su obaveze samo tereti imovine.¹¹ Pri tom, pravni pisci se razlikuju u pogledu toga koja subjektivna građanska prava ulaze u sastav imovine.¹² Ova teorija je nastala na temelju kritike klasične teorije¹³ i na prihvatanju garantne funkcije imovine kao njene ključne funkcije. Imovina se zapravo izjednačava sa opštom zalogom hirografernih ("običnih") poverilaca,¹⁴ tj. služi kao garant ispunjenja obaveza dužnika, budući da on za njihovo ispunjenje odgovara celokupnom svojom imovinom. Tada bi bilo besmisleno smatrati i obaveze delom imovine, budući da se (svojim) obavezama ne može odgovarati za (svoje) druge obaveze.

Moderna teorija omogućava jasno razdvajanje pravne sposobnosti i imovine. Ovo zbog toga što se pravna sposobnost označava kao kvalitet (danas već sva-

¹⁰ Jer i pravna sposobnost znači mogućnost da se bude imalac subjektivnih građanskih prava i obaveza, O. Stanković, V. Vodinečić, op. cit., 51; D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 133. Pravna sposobnost ne znači i dužnost da se prava i obaveze doista i imaju, pa sledi da su pojmovi pravne sposobnosti i imovine, shvaćene kroz klasičnu teoriju istovetni.

¹¹ D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 402; Vojislav Spaić, *Osnovi građanskog prava, Opšti deo*, Veselin Masleša, Tom 1, Sarajevo, 1957; Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019; Radmila Kovačević Kuštrimović, *Imovina u građanskom pravu i u sistemu društvene svojine*, Narodne novine, Niš, 1986.

¹² Tako, prema nekima u sastav imovine ulaze sva imovinska prava, i prenosiva i neprenosiva, H. Capitant, op. cit., 92; V. Spaić, op. cit.; 233. Drugi pak, ovde postavljaju ograničenja, npr. imovinu čine samo stvarna i autorska imovinska prava, a od obligacionih samo pravo na novčanu naknadu koja se dosuđuje za povrede ličnih prava, Radmila Kovačević Kuštrimović, *Građansko pravo: Opšti deo*, Narodne novine, Niš, 1991, 105. Drugačije, neki u sastav imovine ubrajaju samo relativna prava (ali ovde i obaveze), Andrija Gams, "Svojina i imovina", *Analni Pravnovog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 1953, Beograd, 1953, 17. i 25. Inače, profesor Gams je najpre prihvatao klasičnu (subjektivnu) teoriju (tako u: Andrija Gams, "O pojmu imovine u privatnom pravu", *Pravna misao*, br. 9–10, Beograd, 1938, 384), da bi se kasnije načelno priklonio modernoj koncepciji imovine, A. Gams, Ljiljana Đurić, op. cit., 173. Međutim, u istom delu prof. Gams, samo dve stranice kasnije, kaže kako "u stvari aktiva i pasiva ne postoje u imovini nego u imovinskoj masi. U imovini postoje samo prava i obaveze". *Ibidem*, 175, što je sa stanovišta doslednosti bilo i kritikovano u novijoj literaturi, D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 403, fn. 560.

¹³ S. Nikšić, op. cit., 1600.

¹⁴ V. Spaić, op. cit., 233.

kog) pravnog subjekta da bude imalac prava i obaveza¹⁵, dok je imovina shvaćena samo kao totalitet prava koje taj pravni subjekt ima. Dakle, pravna sposobnost je uslov postojanja imovine, ona je širi pojam od pojma imovine.¹⁶

FUNKCIJE IMOVINE

Imovina mora imati neku funkciju ukoliko želi opstati kao pravna kategorija. Upravo kroz određivanje njene funkcije, dolazi se, posrednim putem, i do njene istinske pravne prirode i sadržine. Glavna funkcija imovine u savremenim pravnim porecima jeste njena garantna funkcija.¹⁷ Naime, imovina svoju primenu nalazi usled činjenice da dužnik celokupnom svojom imovinom odgovara za svoje obaveze, bilo da je reč o fizičkom, bilo da je reč o pravnom licu. Dužnik ne može da konstruiše u okviru svoje imovine posebne imovine kojima bi izbegao zahtev za namirenje potraživanja od strane svojih poverilaca. Neki autori¹⁸ ovoj funkciji dodaju i tzv. prometnu funkciju imovine, koja se sastoji u mogućnosti da određena prava stalno ulaze i izlaze iz imovine. Međutim, principijelno je i prometna funkcija "u funkciji" garantne, jer ne bi bilo ni prometa bez garantne funkcije imovine.

Prema tome, garantna funkcija imovine je neophodnost pravnog prometa, pa bi, ukoliko nje ne bi bilo, preduzimanje svih teretnih pravnih poslova bilo znatno otežano, gotovo i nemoguće. U takvom, hipotetičkom slučaju, prilikom zaključivanja svakog (teretnog) ugovora, ugovorne strane bi morale da preciziraju čime koja od njih odgovara za neispunjenje svoje obaveze, što bi bilo skupčano sa nesagledivim rizicima i teškoćama.

PRAVNE OSOBINE IMOVINE

Osnovne karakteristike imovine kao takve jesu njena jedinstvenost i nedeljivost. Ove karakteristike važe kako u slučaju prihvatanja klasične, tako i u slučaju prihvatanja moderne koncepcije imovine. Njihova suština ogleđa se u tome da svaki subjekt prava može imati samo jednu imovinu kojom (u celini) odgovara u pravnom prometu za svoje obaveze. Ovo važi kako za fizička, tako i za pravna

¹⁵ D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 133; O. Stanković, V. Vodinić, op. cit., 51.

¹⁶ D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 404.

¹⁷ Pravnoistorijski, sam pojam imovine u smislu dobara koja pripadaju nekoj osobi, javlja se u vezi sa odgovornošću dužnika poveriocu za dugove, Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1966, 105.

¹⁸ D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 407.

lica, čija je imovina u potpunosti nezavisna od imovine njihovih osnivača, odnosno vlasnika udela ili akcija.¹⁹ Nedeljivost je samo druga strana načela njene jedinstvenosti i označava nemogućnost da lice od svoje imovine načini više imovina kako bi eventualno izbeglo ispunjenje neke svoje obaveze.

U skladu sa klasičnom teorijom o imovini, važno je i načelo njene neprenosivosti.²⁰ Naime, budući da je smatrano da je imovina neraskidivo povezana sa ličnošću pravnog subjekta, ona se nije mogla otuđivati pravnim poslom *inter vivos*, već su se samo mogla otuđivati pojedina prava iz te imovine uz primenu pravila o realnoj subrogaciji. Međutim, u slučaju doslednog sprovođenja moderne teorije o imovini, kao i u slučaju prihvatanja teorijske koncepcije imovine izložene u ovom radu, trebalo bi smatrati da je i imovina kao celina prenosiva. Jer, imovina nije ništa drugo do prosti skup svih subjektivnih imovinskih prenosivih građanskih prava koja u određenom momentu pripadaju određenom pravnom subjektu. Kako su ta prava prenosiva, sasvim je zamislivo i da se pravnim poslom *inter vivos* izvrši otuđenje čitave imovine, tj. da se otuđe sva prava koja pripadaju određenom licu, pa čak i bez naknade (poklon). U tom slučaju, takvo lice više neće imati imovinu. Uz ovakav, donekle posredan način raspolaganja imovinom između živih, moguće je naravno raspolaganje čitavom imovinom i generalnim pravnim poslom *inter vivos* (ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života²¹), kao i pravnim poslom *mortis causa* (testament). Na kraju, moguće je raspolaganje celokupnom imovinom i pravnim poslom *inter vivos* sa pravnim dejstvima *mortis causae* (ugovor o doživotnom izdržavanju).

Na kraju, u literaturi se kao karakteristika imovine navodi i istovetnost (identitet) imovine.²² Ako zanemarimo istovetnost imovine shvaćene prema klasičnoj teoriji o imovini (koja postoji po prirodi stvari, jer imovina u apstraktnom smislu svakako postoji, bez obzira na to šta je sačinjava), ovakvo shvatanje u okvi-

¹⁹ U slučaju osnivanja privrednog društva, kao novog i posebnog subjekta prava u odnosu na svoje osnivače, u imovinu tog privrednog društva ulaze osnivački ulozi svakog od osnivača, dok zauzvrat u imovinu osnivača ulaze odgovarajući udeli tj. akcije privrednog društva. V. M. Vasiljević, op. cit., 91–93.

²⁰ D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 409.

²¹ Ovim ugovorom se ustupilac imovine obavezuje da svojim potomcima besplatno ustupi svoju imovinu koju poseduje u momentu zaključenja ugovora (čl. 182 Zakona o nasleđivanju). Ovu odredbu treba razumeti tako da ustupilac može na svoje potomke preneti imovinska prava koja poseduje (tako, D. Đurđević, op. cit., 243). Zato bi, čisto radi terminološkog razjašnjenja, *de lege ferenda*, ovaj ugovor trebalo preimenovati u “ugovor o ustupanju i raspolaganju pravima za života”, jer je izuzetak, a ne pravilo, da predmet ovog ugovora bude cela imovina. Češće su to samo neka imovinska prava.

²² D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 409.

rima moderne teorije usko je povezano sa učenjem o realnoj subrogaciji u okviru imovine i njegova poenta je u tome da se u imovini stalno dešava jedan dvo-smeran proces – neka prava iz nje izlaze, ali na njihovo mesto u imovini - ulaze druga, pri čemu se imovina ne menja. Ona ostaje ista, jedna i jedinstvena. Međutim, ovo je tačno samo u slučaju teretnih pravnih poslova (primera radi, prilikom izvršenja ugovora o prodaji iz imovine prodavca izlazi pravo svojine na prodatoj stvari, ali istovremeno ulazi pravo svojine na novčanom ekvivalentu te stvari koji predstavlja prodajnu cenu). U svim slučajevima besteretnog sticanja ili besteretnog otuđenja, imovina više nije istovetna kao pre takvog sticanja tj. otuđenja. Ona se ili uvećala ili umanjila i kao takva ili je pojačala svoju garantnu funkciju ili ju je smanjila (u ekstremnom slučaju možda se čak i potpuno ugasila – poklon celokupne imovine primera radi).

ŠTA JE ZAPRAVO IMOVINA

Kao što je već rečeno u Uvodu ovog rada, jedini način da pojam imovine “preživi” u nauci i sistemu građanskog prava jeste ako ga shvatimo kao skup prenosivih imovinskih subjektivnih građanskih prava koja pripadaju jednom pravnom subjektu i kojim on u celini odgovara za svoje obaveze u pravnom prometu.

Najpre, u imovinu ne spadaju obaveze i to iz već navedenog razloga (nije moguće njima odgovarati za svoje obaveze). Obaveze predstavljaju samo terete imovine. Ovde se nailazi na problem zaostavštine. Naime, u teoriji postoji rasprostranjeno shvatanje da je zaostavština samo drugi naziv za imovinu ostavioca koja nakon njegove smrti prelazi na njegove naslednike.²³ Ovo je tačno jedino ukoliko prihvatimo klasičnu teorijsku koncepciju, prema kojoj imovinu (zaostavštinu) čine i prava i obaveze. Međutim, ukoliko prihvatimo modernu koncepciju po kojoj u imovinu (zaostavštinu) ulaze samo prava, a ne i obaveze, onda se mora reći da u momentu smrti ostavioca na naslednike prelazi njegova zaostavština u smislu prava koja su mu pripadala u momentu njegove smrti, ali i obaveze koje je on u tom trenutku imao. Srpski zakonodavac suštinski je prihvatio drugu, modernu koncepciju imovine, budući da u čl. 1 Zakona o nasleđivanju²⁴ (u daljem tekstu: ZON) kaže da “zaostavštinu čine sva nasleđivanju podobna prava koja su ostaviocu pripadala u trenutku smrti”, te time eksplicitno u zaostavštinu (a samim tim ni u imovinu) ne ubraja i obaveze ostavioca. Naravno, naslednici odgovaraju i za ostaviočeve dugove (obaveze), ali samo do visine vrednosti nasleđene imovine (čl.

²³ Tako, H. Capitant, op. cit., 92–93; V. Spaić, op. cit., 233; M. Vedriš, P. Klarić, op. cit., 84; D. Durđević, op. cit., 49.

²⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015.

222 ZON-a). I pored konstatacija u literaturi da rasprava – ulaze li obaveze u sastav zaostavštine pa samim tim i imovine, nema praktičan značaj²⁵, iz ovakvog rešenja ZON-a zapravo vidimo jednu od suštinskih pravnih posledica shvatanja imovine isključivo kao skupa prava.

Naime, kada bi u imovinu ulazile i obaveze, tada bi naslednik za ostaviočeve dugove odgovorao neograničeno, pa i kada bi pasiva tako shvaćene imovine premašivala aktivu²⁶, jer zaostavština (imovina) u celini (a tada bi ta celina obuhvatala i obaveze) prelazi na naslednike. Praktično, naslednik bi tada morao da “pokrije” deo ostaviočevih dugova i iz svoje imovine koju je imao do momenta naslednopravne sukcesije. Takav sistem odgovornosti naslednika za ostaviočeve dugove naziva se u pravnoj književnosti sistem *ultra vires hereditatis*. Suprotno, u srpskom pozitivnom pravu prihvaćeno je rešenje propisano čl. 222 ZON-a, koje je poznato pod nazivom *pro viribus hereditatis*.²⁷ Odgovornost naslednika za obaveze ostavioca propisana je zakonskom odredbom koja je zapravo posebna u odnosu na čl. 1 ZON-a (na naslednika prelazi zaostavština (prava), a obaveze u ograničenom obimu). Prema tome, teorijskoppravno bi bilo valjano reći da u momentu delacije sa ostavioca na naslednike, prelazi njegova zaostavština (shvaćena kao skup prava), kao i njegove obaveze, u skladu sa zakonom.

U osnovi je ista situacija i sa statusnim promenama pravnog lica (spajanje, pripajanje, podela, izdvajanje). Naime, statusnom promenom imovina i sve obaveze društva prenosioca koje prestaje da postoji prelaze na društvo sticaoca. Dakle, dolazi do univerzalne sukcesije između društva prenosioca i društva sticaoca, i to u slučaju spajanja i pripajanja. Pak, u slučaju podele i izdvajanja dolazi do tzv. delimične univerzalne sukcesije, budući da se vrši selekcija dela imovine i obaveza koje prelaze i da društvo sticalac odgovara i za obaveze društva prenosioca koje mu nisu prenete, ali vrednosno ograničeno – samo do iznosa razlike između imovine društva prenosioca koja mu je preneti i obaveza društva prenosioca koje je preuzelo.²⁸ Znači, u slučaju dve statusne promene (podela i izdvajanje; kod ove druge društvo prenosilac čak ni ne prestaje da postoji) javlja se odgovornost i za

²⁵ D. Đurđević, op. cit., 49.

²⁶ D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 402.

²⁷ D. Đurđević, op. cit., 330.

²⁸ Tako, M. Vasiljević, op. cit., 640–641. Takođe, iz čl. 483, st. 1 Zakona o privrednim društvima, u daljem tekstu: ZOPD (*Službeni glasnik RS*, br. 36, 2011, 99, 2011, 83, 2014 – dr. zakon, 5, 2015, 44, 2018, 95, 2018 i 91, 2019), ponovo proizlazi da je srpski zakonodavac prihvatio koncepciju prema kojoj u imovinu ne spadaju i obaveze pravnog subjekta “statusnom promenom se društvo... reorganizuje tako što na drugo društvo... prenosi imovinu i obaveze...”

obaveze koje pripadaju drugom licu. Na sličan način rešeno je i pitanje tzv. neraspoređene imovine (“zaboravljene”) i neraspoređenih obaveza (“zaboravljenih”).²⁹

Dakle, videli smo da obaveze ne mogu biti smatrane delom imovine čak ni u naslednopravnom smislu. Međutim, sada se vraćamo na pitanje koje je ranije bilo dotaknuto, a to je pitanje koja subjektivna građanska prava ulaze u sastav imovine? Pri tom, rukovodimo se uobičajenom podelom subjektivnih građanskih prava na imovinska i neimovinska prava.³⁰ Imovinska prava su ona koja ili neposredno glase na izvesnu sumu novca (npr. novčano potraživanje) ili za objekat imaju neku nenovčanu stvar, ali koja se može izraziti u novcu (npr. nenovčano potraživanje ili pravo svojine na stvari koja nije novac), dok neimovinska prava za svoje objekte imaju dobra koja se ne mogu novčano izraziti (npr. prava ličnosti, lična porodična prava, lična autorska i srodna prava itd.). Uz ovu podelu, od velikog značaja za definisanje imovine jeste i podela subjektivnih građanskih prava na prenosiva (ona koja su podobna da se odvoje od svog imaoca i pređu na drugog subjekta prava, npr. pravo svojine) i neprenosiva (ona koja za to nisu podobna i neraskidivo su vezana za ličnost njihovog imaoca).³¹ Neprenosiva prava se još nazivaju i ličnim pravima. Sva neimovinska prava su neprenosiva (lična), dok je velika većina imovinskih prava prenosiva. Ipak, postoji i manji broj imovinskih prava koja su neprenosiva (lična, *intuitu personae*), kao što je, na primer, slučaj sa ličnim službenostima (npr. plodouživanje) ili pravom na zakonsko izdržavanje.³²

²⁹ *Ibidem*, 643–644.; čl. 506 ZOPD.

³⁰ V. O. Stanković, V. Vodinelić, op. cit., 101–102; R. Kovačević Kuštrimović, “Podela subjektivnih prava i njen značaj”, op. cit., 184.

³¹ V. O. Stanković, V. Vodinelić, op. cit., 102; D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 223.

³² Pri tom, valja napraviti i jednu napomenu. Naime, samo pravo na zakonsko izdržavanje je neprenosivo, imovinsko i relativno (obligaciono, i to zakonsko) i kao takvo ono je neraskidivo vezano za ličnost svog imaoca. Međutim, usled realizacije tog prava, poverilac izdržavanja stiče pravo svojine na novcu koji je predmet obaveze dužnika izdržavanja. Takvo pravo svojine na novcu jeste klasično imovinsko i prenosivo pravo, jer je njegov sopstvenik načelno slobodan da njime raspolaze. Isto je i sa plodouživanjem, koje je samo po sebi neprenosivo, imovinsko i apsolutno (stvarno) pravo i kao takvo, takođe, neraskidivo vezano za ličnost svog imaoca. Ali, primera radi, na plodovima njive koja je predmet plodouživanja, plodouživalac stiče pravo svojine kao *par excellance* prenosivo imovinsko pravo. Na kraju, i u slučaju povrede i neimovinskih prava moguće je zahtevati naknadu neimovinske štete, koje je po svojoj prirodi imovinsko pravo i to do momenta njegovog priznanja pravosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom neprenosivo i nenasledivo (i kao takvo ne spada u imovinu), a od tog momenta prenosivo i nasledivo (i kao takvo spada u imovinu), čl. 204. Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18, 2020.

Podela subjektivnih građanskih prava na prenosiva i neprenosiva se suštinski poklapa sa njihovom podelom na naslediva i nenaslediva, uz retke izuzetke.³³

I prilikom traženja odgovora na ovo pitanje, valja poći od garantne funkcije imovine. Dakle, u sastav imovine ulaze jedino ona subjektivna građanska prava koja su podobna za namirenje hirografernih poverilaca dužnika o čijoj je imovini reč. Već je na prvi pogled jasno da, shodno rečenom, u imovini nema mesta neimovinskim (ličnim) subjektivnim građanskim pravima.³⁴ Ipak, kad je reč o imovinskim subjektivnim građanskim pravima, u literaturi postoje sporovi.³⁵ Mišljenja smo da u sastav imovine jedino mogu ući prenosiva imovinska subjektivna građanska prava, a ne i neprenosiva. Ovo iz razloga što poverilac ne može zahtevati namirenje, pa ni prinudno, po pravilima izvršnog postupka, iz neprenosivih imovinskih prava. Primera radi, on ne može zahtevati prinudno izvršenje na pravu na zakonsko izdržavanje, na pravu plodouživanja i tako dalje. Dužnik odgovara za svoje obaveze u pravnom prometu jedino skupom svojih prenosivih imovinskih prava, a taj skup nazivamo imovinom. Ostala subjektivna građanska prava, pa makar bila i imovinskog karaktera, ne ulaze u sastav imovine jednog lica budući da ono njima ne odgovara za svoje obaveze.

SHVATANJA O TZV. FONDOVIMA IMOVINE

Nakon što smo imovinu odredili kao skup imovinskih prenosivih subjektivnih građanskih prava jednog lica, na kraju ćemo se dotaći još jednog interesantnog teorijskopravnog pitanja u vezi sa njom. Često, a pogotovo u starijoj literaturi (što je možda čak i paradoksalno, imajući u vidu osnovni postulat subjektivne teorije o imovini – vezanosti imovine kao takve za ličnost pravnog subjekta) koja se oslanjala na klasično shvatanje imovine Obrija i Roa, nailazi se na mišljenje da pored tzv. opšte imovine (koja je u opštem imovinskopravnom režimu i kojom pravni subjekt odgovara za svoje obaveze u pravnom prometu) postoje i tzv. male imovine, odnosno imovinski fondovi, za koje, iako pripadaju istom pravnom subjektu, važi poseban imovinskopravni režim.³⁶ Kao primeri takvih imovinskih fondova najčešće se navode zarada koju je maloletnik ostvario svojim radom i za-

³³ D. Đurđević, op. cit., 50.

³⁴ Međutim, u literaturi postoje i izuzeci koji u sastav imovine ubrajaju i lična subjektivna građanska prava, Henri et Léon Mazeaud – Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil, tome premier par Michel de Juglart, Introduction a l'étude du droit*, Montchrestien, Paris, 1967, 292.

³⁵ V. fusnotu 10.

³⁶ O. Stanković, V. Vodinić, op. cit., 154–155.

konski bračnoimovinski režim podele imovine svakog supružnika na zajedničku i posebnu imovinu.³⁷

Tačno je da su određena prava u ovakvim slučajevima pod drugačijim pravnim režimom u odnosu na ostala koja pripadaju istom imaocu – maloletnik svojom zaradom može slobodno raspolagati, dok svojim ostalim pravima (osim u slučaju zakonskih izuzetaka) ne može slobodno raspolagati do punoletstva; udeo svakog supružnika u njihovoj zajedničkoj imovini nije poznat sve do eventualne deobe zajedničke imovine i tako dalje. Ali, ovi argumenti su irelevantni ukoliko i na ovakve situacije primenimo koncepciju imovine koju smo izneli u ovom radu, a čija je suština građanskopravna odgovornost. Tada, čak ni činjenica da postoji npr. zajednička imovina supružnika, kojom oni upravljaju zajedno i kojom raspoložu zajedno (na zakonom propisani način), ne derogira drugu činjenicu, a koja je po našem mišljenju ključna, a to je da ipak svaki supružnik za svoje obaveze odgovara kako svojom posebnom imovinom, tako i svojim udelom u zajedničkoj imovini.³⁸ Dakle, i ovde je imovina pravnog subjekta opšta i služi kao opšta zaloga njegovih hirografernih poverilaca. Način upravljanja i raspolaganja delom imovine, tj. određenih subjektivnih građanskih prava koja u nju spadaju koji je drugačiji u odnosu na ostatak imovine istog pravnog subjekta, ne odvajaja taj deo imovine u odnosu na ostatak imovine. Imovina ostaje kao celina, jer se i dalje iz nje kao celine mogu namiriti svi poverioci pravnog subjekta. S tog jedinog opravdanja, može imati shvatanje tzv. imovinskih fondova unutar, a ne uz opštu imovinu. Isti je slučaj i sa pravom svojine koje maloletnik ima na svojoj zaradi (iako on potpuno slobodno može raspolagati samo svojom zaradom, a ne i ostalom imovinom, on i dalje odgovara za sve svoje obaveze kao pravnog subjekta celom svojom imovinom, a ne samo delom imovine koju je stekao na osnovu rada).³⁹

³⁷ Tako, Nenad Tešić, “O zajedničkoj imovini supružnika”, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2006, 260. i 263; D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 403. (autori, pak, ne govore o fondovima imovine već o imovinskim fondovima u okviru “imovinske mase”, u skladu sa učenjem prof. Gamsa o razlikovanju imovine i imovinske mase).

³⁸ Što je čak i izričito propisano u srpskom pravu: član 186 Porodičnog zakona (u daljem tekstu: PZ), *Službeni glasnik RS*, br. 18, 2005, 72/2011 – dr. zakon i br. 6, 2015. Istim propisom određeno je i da, između ostalog, pravo da zahtevaju deobu zajedničke imovine supružnika imaju i “poverioci onog supružnika iz čije se posebne imovine nisu mogla namiriti njihova potraživanja” (član 181 PZ).

³⁹ Interestno shvatanje izložio je prof. Gams. On, naime, tvrdi da je “imovina jedinstven pojam, svaki pravni subjekt može imati samo jednu imovinu. Ipak, u imovinskoj masi koja služi kao materijalna podloga imovine, možemo razlikovati razne fondove koji služe specijalnoj pravnoj nameni, za koje važi specijalan pravni režim”, A. Gams, Lj. Đurić, op. cit., 177. Međutim, ovakvo shvatanje je fundamentalno suprotno opštem shvatanju da u imovinu ulaze samo prava, a ne i njihovi objekti (imovinska masa), koje je zastupao i sam profesor Gams (*Ibidem*, 173–174). Jer ne mogu

Ipak, mogući su (retki) izuzeci od ovog pravila jedinstvenosti i nedeljivosti imovine i sledstveno tome od nemogućnosti postojanja imovinskih fondova uz opštu imovinu. Takav je slučaj sa institutom odvajanja zaostavštine od imovine naslednika (*separatio bonorum*).⁴⁰ Tada se zaista konstituišu (doduše privremeno) dve pravne celine u okviru imovine naslednika,⁴¹ jedna (zaostavština) iz koje se jedino mogu namiriti poverioci ostavioca i druga, "posebna" imovina naslednika (koju je ovaj već imao u momentu ostaviočeve smrti) iz koje se jedino mogu namiriti naslednikovi poverioci. Nakon što se svi ostaviočevi poverioci namire, dolazi do konfuzije ove dve celine. Ovo praktično jeste jedan od izuzetaka od opštosti i jedinstvenosti imovine, ali je on zaista samo privremen i postoji radi potrebe racionalizacije pravnog prometa i očuvanja pravne sigurnosti.

ZAKLJUČAK

Imovina, kao pojam, očigledno je veoma bliska onim pojmovima, kao što su život, sreća, smrt i tako dalje, za koje *a priori* mislimo da znamo šta znače, da znamo njihovu sadržinu i suštinu, ali, zapravo, kada pokušamo da ih definišemo, nailazimo na veoma velike, a ponekad i nepremostive teškoće. Tada se, pokušavajući da damo što tačniju i jasniju definiciju, sve dublje uvlačimo u lavirint drugih pojmova, zaključaka i apstrakcija. Svesni ovog početnog hendikepa, ipak smo se usudili da bar pokušamo dati jednu konsekventnu definiciju imovine (shvaćene sa gledišta građanskopravne nauke), a koju smo više puta pomenuli u ovom radu: imovinu jednog pravnog subjekta čine sva njegova imovinska prenosiva subjektivna građanska prava. Imovina, iako ne može postojati bez pravnog subjekta (ona pretpostavlja pravnu sposobnost), ipak nije neraskidivo vezana za pravnog subjekta, kao što za njega nisu neraskidivo vezana ni prava koja je sačinjavaju. Dalje, u imovinu ne spadaju obaveze koje ima pravni subjekt, već su one terti imovine. I na kraju, u imovinu ne spadaju ni sva subjektivna građanska prava, već samo ona koja su imovinska i ona koja su prenosiva. Ovakva definicija proizlazi iz, po našem mišljenju, suštinske funkcije imovine to jest iz njenog cilja, a to je njena garantna funkcija. Imovina, prema tome, omogućava postojanje građanskopravne odgovornosti. Njome subjekt prava u celini odgovara za svoje obaveze

objekti prava služiti bilo kakvoj pravnoj nameni, već jedino sama prava. Objekti prava mogu imati samo ekonomsku namenu.

⁴⁰ Od člana 225, zaključno sa čl. 227 ZON-a.

⁴¹ D. Đurđević, op. cit., 334.

u pravnom prometu. Zato se s pravom kaže da je “imovina jedan od temelja pravne sigurnosti, ona je u izvesnom smislu i temelj na kome počiva pravni promet”.⁴²

ALEKSA ŠKUNDRIĆ
Bachelor of Laws, Faculty of Law
University of Belgrade

PATRIMONY IN CIVIL LAW

Summary

In this paper, there has been made another attempt to define the concept of patrimony in legal theory. Its first part contains short explanations of two main theories regarding this problem (classic and modern theory), as well as author's opinion about the functions and characteristics of patrimony. Author supports the view that the main function of patrimony is to guarantee the payment of ones debts. Therefore, patrimony consists only of transferrable patrimonial civil-law rights which belong to a legal person and it does not include those patrimonial civil-law rights which are not transferrable, as well as ones legal debts (obligations). Finally, the author states that the concept of patrimonial funds is acceptable only if we consider them as legal totalities that are under different legal regime than the rest of patrimony, but which nonetheless belong to the patrimony as a whole.

Key words: patrimony in civil law, responsibility of debtor to creditor, civil law-rights, obligations

Literatura

Capitant H., *Introduction à l'étude du droit civil*, A. Pedone, Paris, 1927.

Đurđević D., *Institucije naslednog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.

Gams A., “O pojmu imovine u privatnom pravu”, *Pravna misao*, br. 9–10, Beograd, 1938.

Gams A., “Svojina i imovina”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 1953, Beograd, 1953.

Gams A., Đurić Lj., *Uvod u građansko pravo, Opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd, 1982.

Kovačević Kuštrimović R., *Građansko pravo: Opšti deo*, Narodne novine, Niš, 1991.

Kovačević Kuštrimović R., *Imovina u građanskom pravu i u sistemu društvene svojine*, Narodne novine, Niš, 1986.

Kovačević Kuštrimović R., “Podela subjektivnih prava i njen značaj”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 23, Niš, 1983.

⁴² D. Stojanović, O. Antić, op. cit., 411.

- Mazeaud – Jean Mazeaud H. et L., *Leçons de droit civil, tome premier par Michel de Juglart, Introduction a l' étude du droit*, Montchrestien, Paris, 1967.
- Nikšić S., “Imovina u građanskom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Tom 62, br. 5–6, Zagreb, 2012.
- Spaić V., *Osnovi građanskog prava, Opšti deo*, Veselin Masleša, Tom 1, Sarajevo, 1957.
- Stanković O., Vodinelić V., *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd, 2007.
- Stojanović D., Antić O., *Uvod u građansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2004.
- Stojčević D., *Rimsko privatno pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1966.
- Tešić N., “O zajedničkoj imovini supružnika”, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2006.
- Vasiljević M., *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.
- Vedriš M., Klarić P., *Osnove imovinskog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983.

**KATEDRA
PRAVO NA IMOVINU**

**Sekcija
“Međunarodni privredni ugovori/Arbitraža”**

JOVANA ĐORĐEVIĆ

PITANJE PUNOVAŽNOSTI JEDNOSTRANIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA I NJIHOV PRAVNI TRETMAN U PRAKSI

U poslednje vreme, veoma aktuelno pitanje u arbitražnoj praksi širom sveta jeste punovažnost jednostranih arbitražnih klauzula. Njihova specifičnost leži u činjenici da samo jedna strana ima pravo izbora mehanizma kojim se rešava spor, dok je druga strana takvog prava lišena. U ovom radu autor analizira pojam jednostranih klauzula i uslove koji moraju biti ispunjeni da bi se one smatrale punovažnim. Isto tako, navode se i objašnjavaju razlozi zbog kojih bi se jednostrane klauzule mogle poništiti. Autor se naročito osvrće na pitanje jednostranih klauzula u različitim pravnim sistemima i navodi primere iz prakse koji su doprineli boljem tumačenju i razumevanju ovih klauzula.

Ključne reči: jednostrane arbitražne klauzule, jednakost stranaka, autonomija volje, priznanje i izvršenje arbitražnih odluka

U V O D

Arbitražni sporazum se smatra “kamenom temeljcem” arbitraže¹ i predstavlja ugovor između stranaka kojim se derogira sudska nadležnost i ugovara arbitražno rešavanje spora. Bez valjanog arbitražnog sporazuma, nema ni arbitraže.²

Jovana Đorđević, student master studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: jovana.djordjevic996@gmail.com.

¹ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, New York, 2015, 71.

² Jelena Perović Vujačić, “Ništavost ugovora o arbitraži”, *Pravo i privreda*, br. 4–6, 2019, 555-556; Aleksandar Ćirić, “Rešavanje sporova u nacionalnom i međunarodnom privrednom prometu – ne pustite pravo na arbitražu”, *Pravo i privreda*, br. 4-6, tom 56, Beograd, 2018, 76.

Prilikom procenjivanja punovažnosti arbitražnog sporazuma, osnovni je uslov da su stranke izrazile svoju saglasnost za zaključenje arbitražnog sporazuma, što se posmatra odvojeno u odnosu na saglasnost stranaka u pogledu samog ugovora.³ U tom kontekstu, u praksi se postavilo pitanje treba li priznati punovažnost jednostranim arbitražnim klauzulama, na koje stranke jesu pristale, ali koje ih stavljaju u neravnopravan položaj kad je u pitanju način rešavanja sporova koji nastanu između njih. Ove klauzule, koje se u literaturi nazivaju i “asimetričnim” i “hibridnim”⁴ su se tako našle u prostoru sukoba principa autonomije volje i jednakosti stranaka. Strane ne moraju odmah prilikom zaključenja ugovora odlučiti o načinu na koji će rešavati spor, nego to mogu ostaviti za momenat kada do spora dođe. Tada mogu zajedno odlučiti, ili se pak, takva mogućnost može dati samo jednoj od strana.⁵ Nejednak položaj može dovesti do toga da strana koja nema pravo izbora, ospori punovažnost arbitražnog sporazuma pred arbitražnim tribunalom ili sudom. Upravo taj nejednak položaj koje izazivaju ove klauzule je bio razlog zašto nisu bile prihvaćene u vreme svog nastanka, ali s obzirom da su se pokazale pogodnim u praksi, danas ih sve više zemalja smatra punovažnim. Ipak, takvo mišljenje nije opšte prihvaćeno, i još uvek se mogu naći sistemi koji ne priznaju njihovu punovažnost. Imajući u vidu da je ovo pitanje veoma aktuelno, poželjno je ostvariti uniformni pristup u tom pogledu. Usvajanjem uniformnih pravila otklanjanju se prepreke u odvijanju međunarodnih poslovnih transakcija, čime se doprinosi razvoju međunarodnog prometa i ostvarenju pravne sigurnosti uopšte.⁶

POJAM JEDNOSTRANIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA

Jednostrane arbitražne klauzule su klauzule koje daju pravo jednoj strani da odluči na koji način će rešiti spor koji nastane, dok drugu stranu u tome ograničava. Izbor jedne strane ogleda se u sledećim mogućnostima:

³ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Hague, 2014, 793.

⁴ Deyan Draguev, “Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, br. 1, Tom 31, 2014, 19; The Troubled Waters of Asymmetric Arbitration Clauses, <https://lawgazette.com.sg/feature/asymmetric-arbitration-clauses/#:~:text=An%20E2%80%9CAsymmetric%20arbitration%20clause%20E2%80%9D%20or,refer%20a%20dispute%20to%20arbitration,20.06.2020>.

⁵ Jane Willems, “Chapter 38: The Arbitrator’s Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements”, *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, (ur. Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung), 2017, 410.

⁶ Jelena Perović, Potreba unifikacije i harmonizacije ugovornog prava, <https://www.scribd.com/doc/94899654/Jelena-Perovic-Unfikacija-Ugovornog-Prava-2011>, 20.06.2020.

a) Jedna od strana ima pravo izbora između iniciranja arbitražnog ili sudskog postupka ili

b) Jedna od strana ima pravo izbora između različitih arbitražnih institucija kojima će poveriti rešavanje spora.

Najčešće se javlja opcija gde jedna strana ima pravo izbora između sudskog i arbitražnog mehanizma, dok druga strana nema tu mogućnost.⁷ Klauzule u ugovorima koje se odnose na način rešavanja spora (*forum selection clauses*), mogu obuhvatati kako prorogacionu, tako i arbitražnu klauzulu.⁸ Međutim, moguće je da klauzula o izboru foruma bude takva da daje pravo samo jednoj strani da tuži pred bilo kojim nadležnim sudom ili sudom u više različitih zemalja, dok druga strana mora rešavati spor pred tačno određenim sudom.⁹ U svakom slučaju, pravo izbora postoji na *jednoj* strani.¹⁰ Ovakav način ugovaranja predstavlja odstupanje od klasičnih arbitražnih sporazuma čiji se modeli po pravilu predlažu pravilnicima međunarodnih institucionalnih arbitraža,¹¹ gde obe stranke imaju pravo da pokrenu arbitražni postupak ukoliko smatraju da im je pravo iz ugovora povređeno. U slučaju valjanog arbitražnog sporazuma i prigovora nenadležnosti druge strane, sud ne bi smeo da odlučuje već bi morao stranke da uputi na arbitražu ukoliko bi se neka od njih najpre obratila sudu.¹² U takvom redovnom toku stvari, obe strane bi imale pristup arbitraži i potpuno ravnopravan položaj.

⁷ G. Born, op. cit., 866.

⁸ Maja Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, Beograd, 2013, 76.

⁹ Ali najčešće se govori o kombinaciji arbitraže i sudskog načina rešavanja spora, zato se u literaturi ovakve klauzule najčešće nazivaju jednostrane arbitražne klauzule.

¹⁰ I u investicionoj arbitraži se javljaju jednostrane klauzule, u kojima se investitoru omogućava da izabere forum pred kojim će tužiti državu. To može biti sud države prijemnice ulaganja, ali isto tako i arbitraža za koju su optimalni u ugovoru. U praksi ne postoji dilema da li su ovakve klauzule punovažne. V. J. Willems, op. cit., 411.

¹¹ V. IBA *Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, donet 2010. godine. Tačka 10 preporučuje da stranke implementiraju u ugovor model klauzulu koju preporučuje arbitražna institucija kojoj su stranke poverile rešavanje spora. Stranke mogu modifikovati klauzulu, ali ne bi trebalo odstupiti od nje, jer će samo na taj način osigurati da klauzula bude punovažna i da može da se izvrši.

¹² Arbitražnim tribunalima je inherentno pravo da odlučuju o sopstvenoj nadležnosti. To pravo je opšte prihvaćeno u gotovo svim pravilnicima međunarodne institucionalne arbitraže i nacionalnim zakonima, v. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, United Nations Commission on International Trade Law, 2006, član 16, stav 1; Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006, član 8, stav 1; Jelena Perović, "Obaveze arbitara u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži", *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, Tom 1, br. 1, Beograd, 2019, 144; M. Stanivuković, op. cit., 153. Podeljena su mišljenja u zakonodavstvima do koje mere sud može da ispituje svoju nadležnost. U nekim zemljama se dopušta sudu da potpuno uđe u odlučivanje da li ima nadležnost,

Međutim, efekat koji se jednostranim klauzulama postiže je upravo suprotan, zato što se njima narušava balans između stranaka. Zato se i vodi polemika u pravcu toga da li treba kao primarno uzeti činjenicu da su se stranke saglasile sa jednostranom arbitražnom klauzulom, ili ipak treba imati u vidu njenu posledicu, odnosno indirektno zaštititi strane od ovakve prakse kojom mogu da utiču na odnos snaga ako, odnosno kada do spora dođe.

PUNOVAŽNOST JEDNOSTRANIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA

Opšte je prihvaćeno da arbitraža počiva na autonomiji volje stranaka.¹³ Upravo zato, stranke imaju mogućnost da dizajniraju arbitražnu klauzulu u skladu sa svojim željama i potrebama. Naravno, to moraju učiniti u okviru prava koje je merodavno za arbitražni sporazum. Retke su situacije kada stranke izaberu pravo merodavno za arbitražni sporazum, pa se u nedostatku izbora, punovažnost ceni prema pravu mesta sedišta arbitraže.¹⁴ Ali, van principa međunarodnog prava i uslova propisanih merodavnim pravom, ništa ih ne sprečava da arbitražnu klauzulu prilagode svojim potrebama. Međutim, time se otvara mogućnost da jedno od najvažnijih načela međunarodne arbitraže – jednakost stranaka u postupku, bude derogirano, što je protivargument za njihovo priznavanje. One se osporavaju na temelju povrede načela uzajamnosti stranaka (eng. *mutuality doctrine*) kao i povrede principa savesnosti (eng. *unconscionability doctrine*).

Osporavanje punovažnosti zbog nedostatka uzajamnosti između stranaka

Doktrina o uzajamnosti između stranaka podrazumeva da su stranke izrazile saglasnost u pogledu klauzule, kao i da su izjednačene u pravima i obavezama. Ova doktrina je vezana za anglosaksonske sisteme, dok se u zemljama konti-

dok se u nekim ograničava samo na sumarno ispitivanje arbitražnog sporazuma. V. čl. 1032(2) Nemačkog ZPO, čl. 14 Zakona o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

¹³ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, op. cit., 355; G. Born, op. cit., 2130; Julian D. M. Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, 523.

¹⁴ Postoji i mišljenje da, u slučaju da stranke ne izaberu merodavno pravo za arbitražni sporazum, da će se uzeti pravo koje je merodavno za ocenu punovažnosti ugovora i po njemu ceniti punovažnost sporazuma. V. Nadja Erk-Kubat, "Chapter 3: Jurisdictional Pleas and Actions with Parallel Proceedings before an Arbitral Tribunal and a National Court", *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, *International Arbitration Law Library*, Kluwer Law International, Tom 30, 2014, 85.

mentalnog prava ne zahteva ovaj uslov. Često se navodi da strane “ili obe moraju da budu obavezane, ili nije nijedna”.¹⁵ Prve odluke o jednostranim klauzulama u zemljama anglosanksonskog sistema su bile poništene upravo zbog ovog razloga. Ipak, iako se simetrija u ugovorima svakako traži, apsolutna simetrija bi predstavljala nelogičan zahtev.¹⁶ Pitanje je koliko bi se ugovora zaključivalo ukoliko bi pred stranke bio postavljen zahtev za potpuno izjednačenim uslovima ugovora na obe strane.

Stranke svojom autonomijom volje konstituišu prava i obaveze na način na koji smatraju da najviše odgovara njihovim potrebama, a pravo treba da reaguje samo u situacijama preterane asimetrije. Zato smo mišljenja da ne bi trebalo izricati nepunovažnost arbitražne klauzule zato što strane nisu u potpunosti jednake u pravima i obavezama iz ugovora, već jedino u situaciji kada je ta nesrazmerna očigledno na štetu jedne od strana.

Dodatno, problem sa ovim uslovom je i to što se arbitražna klauzula tretira odvojeno od samog ugovora u kome se nalazi, zbog načela autonomije arbitražnog sporazuma koje je prihvaćeno u arbitraži (eng. *separability doctrine*).¹⁷ Ova doktrina nalaže da se glavni ugovor i arbitražna klauzula ocenjuju nezavisno jedno od drugog, kao dva odvojena sporazuma i da njihova pravna sudbina nije nužno ista.¹⁸ Samostalno posmatrana, jednostrana klauzula zaista dovodi u pitanje balans između strana. Međutim, pravilo o samostalnosti sporazuma je nastalo kako bi “spasilo” arbitražni sporazum, a ne da bi ga učinilo ništavim.¹⁹ Takođe, arbitražna klauzula ipak predstavlja deo ugovora, odredbu o kojoj su se stranke dogovarale u momentu kad su ugovarale prava i obaveze. Moguće je da je jedna strana prihvatila ovakvu klauzulu, ali je zauzvrat dobila nešto drugo. To je čest slučaj prilikom pregovaranja. Zbog svega navedenog, prilikom procenjivanja punovažnosti jednostranih arbitražnih klauzula, smatramo da ne bi trebalo, samo zbog toga što ne postoji potpuna simetrija u ovom pogledu, *a priori* zauzeti stav o njenoj nepunovažnosti.

¹⁵ Nonmutual Agreements to arbitrate, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380040, 26.05.2020. 537.

¹⁶ D. Draguev, op.cit., 41.

¹⁷ Drugi aspekt ovog načela propisuje da se punovažnost arbitražnog sporazuma može ceniti prema drugačijem pravu u odnosu na pravo koje je merodavno pri oceni punovažnosti ugovora. Više o ovom načelu v. G. Born, op. cit., 350 i dalje.

¹⁸ Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 53. J. Perović Vujačić, op.cit., 558.

¹⁹ Hans Smit, “The Unilateral Arbitration Clause: A Comparative Analysis”, *American Review of International Arbitration*, br. 3, Tom 20, United States, 2009, 391, 401.

Osporavanje punovažnosti zbog povrede principa savesnosti

Doktrina *unconscionability*²⁰ takođe potiče iz anglosaksonskog prava, i predstavlja institut kojim se obuhvataju najraznovrsniji slučajevi preterane zloupotrebe ugovornih ovlašćenja.²¹ U kontekstu jednostranih arbitražnih klauzula, kao razlog osporavanja na ovom osnovu navodi se to da stranke nisu imale jednake pozicije, uz to da je jedna strana iskoristila svoju “jaču” poziciju prilikom pregovaranja uslova ugovora. I zaista, jednostrane arbitražne klauzule su najčešće proizvod nejednakih pregovaračkih pozicija. Socio-ekonomske promene povećale su konkurenciju i omogućile “gigantima” da diktiraju uslove prilikom zaključenja ugovora,²² dok slabijoj strani ne preostaje ništa drugo nego da prihvati takve uslove, ili da odustane od zaključenja ugovora.²³

Pravo “jače” strane da izabere način na koji će se spor rešiti predstavlja veliku prednost u postupku, koji za drugu stranu znači povinovanje mehanizmu rešavanja spora koji joj, potencijalno, uopšte ne odgovara. Ovakve klauzule postoje da bi stavile ekonomski jaču stranu u povoljniji položaj kada do spora dođe.²⁴ Izborom jednog od mehanizama, jača stranka ograničava slabiju jer druga strana nema mogućnost iniciranja arbitraže pošto sporazumom nije obuhvaćena, dok ukoliko pokrene postupak pred sudom, uvek može biti vraćena pred arbitražu usled postojanja punovažnog arbitražnog sporazuma. U tome se ogleda neravno-pravan položaj stranaka.

Ove klauzule su se naročito pokazale pogodnim u sporovima gde se kao jača strana javlja banka ili neka veća kompanija, zato što se njima postiže veća sigurnost u namirenju pogotovo u situaciji gde se imovina dužnika nalazi u većem broju država.²⁵ Takvi ugovori su po pravilu adhezioni, gde se arbitražna klauzula ispoljava kao “uzmi-ili-ostavi” klauzula, o kojoj stranke nisu pregovarale, odnosno druga ugovorna strana nije imala mogućnost da utiče na njenu sadržinu.

²⁰ U našem pravu ne postoji adekvatan prevod ovog termina. Za potrebe ovog rada, autor koristi termin povreda principa savesnosti, i navodi da taj termin ima značenje koje mu je u tekstu dato, a ne u skladu sa značenjem koje ima u srpskom pravu. Za više o samom terminu *unconscionability* v. Alan Scott Rau, “Chapter 2: Asymmetrical Arbitration Clauses – The United States”, *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, (ur. Bachir Georges Affaki, Horacio Alberto Grigera Naón), Tom 12, 2015, 26.

²¹ *Ibidem*.

²² Daniel Barnhizer, “Inequality of Bargaining Power”, *University of Colorado Law Review*, br. 1, Tom 76, 2005, 91.

²³ Više o adhezionim ugovorima: Adhesion Contracts Beware Of The Take It Or Leave It, <https://www.premierlegal.org/adhesion-contracts-beware-of-the-take-it-or-leave-it/>, 27.05.2020.

²⁴ D. Draguev, op. cit. 21.

²⁵ *Ibidem*, 19.

RAZLOZI ZA UGOVARANJE JEDNOSTRANIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA

Pre svega, nemoguće bi bilo izbeći zaključivanje ugovora između stranaka koje su nejednake ekonomske snage. Ukoliko, kada dođe do spora, nijedna od strana ne istakne prigovor nenadležnosti i ne ospori klauzulu, problema neće biti. Međutim, prilikom zaključivanja ugovora, "slabija" strana, zadovoljna ustupcima koje je dobila u ugovoru, može pristati na ovakvu klauzulu. A pošto se o arbitražnoj klauzuli često raspravlja na kraju pregovora,²⁶ velike su šanse da kada do spora dođe, strana koja je lišena prava da inicira arbitražu, ospori punovažnost ovakvog arbitražnog sporazuma. Dalja sudbina zavisi od stava arbitara, odnosno suda pred kojim se osporava punovažnost klauzule.

Takođe, svaki od mehanizama za rešavanje spora može imati prednost u konkretnom slučaju, a strana koja ima pravo izbora može odlučiti šta joj najviše odgovara. Prednost arbitraže je svakako postupak koji je poverljiv, efikasniji i fleksibilniji od postupka pred sudom, a kao najveća prednost ističe se olakšani postupak priznanja i izvršenja arbitražnih odluka. Arbitražne odluke stranke uglavnom izvršavaju dobrovoljno, dok će se u suprotnom primeniti norme Njujorške konvencije koju je ratifikovala većina zemalja sveta.²⁷ Ipak, sud može biti znatno naklonjeniji prema stranci koja dolazi iz iste zemlje, kao i jeftiniji, ali i pružiti procesne mehanizme koji nisu uvek dostupni u arbitraži.²⁸ Iz svega navedenog sledi da strana kojoj je arbitražnim sporazumom omogućeno da bira, ima značajnu prednost kada dođe do spora, što druga, "slabija" strana može osporiti kada spor zaista i nastane, iako je prethodno dala saglasnost na baš takvu klauzulu.

RAZLOZI ZA OSPORAVANJE PUNOVAŽNOSTI JEDNOSTRANIH ARBITRAŽNIH KLAUZULA

Osnovni razlog za osporavanje punovažnosti jednostrane arbitražne klauzule bio bi povreda načela jednakosti stranaka, koje se smatra jednim od vrhovnih načela arbitraže. To potvrđuje UNCITRAL Model zakon na kome je zasnovana velika većina nacionalnih zakonodavstava (između ostalih i naš Zakon o

²⁶ Često se zbog toga arbitražne klauzule nazivaju i "ponoćnim" jer se o njima raspravlja poslednje u toku pregovora, najčešće jako kasno uveče; v. N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, op. cit. 72.

²⁷ Zaključno sa 08.09.2020. godine, Njujoršku konvenciju je prihvatilo 165 zemalja; dostupno na <http://www.newyorkconvention.org/countries>.

²⁸ Bas van Zelst, "Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, br. 4, Tom 33, 2016, 368.

arbitraži),²⁹ koji u članu 18 izričito navodi da će se “strane tretirati jednako i da će svakoj strani biti omogućeno da potpuno predstavi slučaj”.³⁰ Ovaj član se u literaturi smatra najvažnijom imperativnom normom UNCITRAL Model zakona,³¹ i kao imperativna ne može biti modifikovana ili isključena od strane stranaka.³² Imajući u vidu da je jednostranom arbitražnom klauzulom balans između stranaka narušen, može se sa pravom reći da stranke nisu tretirane jednako. Pravilo da stranke treba da budu tretirane jednako prihvaćeno je široko u teoriji i praksi.³³

Dalje, pošto jedna od strana može inicirati samo sudski postupak, i ako to i učini, a druga strana pokrene arbitražni postupak, može se desiti da se vode dva paralelna postupka o istoj stvari. Posledica toga mogu biti dve suprotne odluke o istoj stvari, kao i problem sa izvršenjem tih odluka.³⁴ U tom slučaju može uticati na priznanje i izvršenje stav države po pitanju jednostranih arbitražnih klauzula.

Jednostrane arbitražne klauzule se često osporavaju na temelju povrede javnog poretka, ili zemlje mesta sedišta arbitraže (u postupku za poništaj), ili zemlje u kojoj se traži priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke. Pa tako, Njujorška konvencija u članu V(2)(b) navodi da je jedan od razloga za odbijanje priznanja i izvršenja, to da je ona protivna javnom poretku zemlje gde se priznanje i izvršenje traži. Pošto ga Njujorška konvencija ne definiše, ostaje da svaka zemlja pruži svoju definiciju javnog poretka, a ako to ne učini, sud će dati svoje tumačenje u postupku odlučivanja.³⁵ Po pravilu, javni poredak je širok pojam koji može obuhva-

²⁹ Pored Srbije, još 82 države su svoje arbitražne zakone zasnovale na UNCITRAL model zakonu, dostupno na https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, 08.09.2020.

³⁰ U komentaru prvobitnog UNCITRAL Model zakona iz 1985, član 18 Model zakona (koji je tada bio član 19), bio je označen kao “magna carta” arbitražnog postupka. Više o članu 18 UNICTRAL model zakona, Peter Binder, “Article 18: Equal Treatment of the Parties”, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4th edition, Kluwer Law International, 2019, 330.

³¹ International Arbitration Law: Progress Towards Harmonisation, https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/1680258/Garnett.pdf, 400, 29.05.2020.

³² Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, 635.

³³ Vidi G. Born, op.cit., 2173-2174; Maxi Scherer, Dharshini Prasad, Dina Prokic, “The Principle of Equal Treatment in International Arbitration”, *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, (ur. Andrea Björklund, Franco Ferrari, Stefan Kröll), 2018, 22.

³⁴ D. Draguev, op. cit., 41.

³⁵ Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, <http://www.newyorkconvention.org/news/report+on+the+public+policy+exception+in+the+new+york+convention++a+report+by+the+iba+subcommittee+on+recognition+and+enforcement+of+foreign+arbitral+awards+dated+october+2015#>:

titi najrazličitije slučajeve.³⁶ Ako se jasno navodi da je princip jednakosti stranaka deo javnog poretka zemlje gde se traži izvršenje odluke, može se očekivati da ove klauzule budu sagledane kroz prizmu povrede javnog poretka.

STAVOVI SUDSKE PRAKSE

Danas su ove klauzule sve češće u trgovinskim odnosima, dok su na njima ranije uglavnom insistirale banke, mada su se one neretko ugovorale i u ostalim ugovorima. Ipak, prevagu je odnela sve veća potreba za što efikasnijim mehanizmom koji će obezbediti izvršenje na dužnikovoj imovini koja može biti locirana u različitim zemljama.³⁷ Na početku, stav sudova je bio poprilično uniforman – ove klauzule nisu bile prihvaćene zato što se njima narušavalo načelo jednakosti stranaka. Među prvim slučajevima koji se bavio jednostranim klauzulama je slučaj iz engleske prakse *Baron v. Sunderland Corp.*, koji datira još iz 1966, u kome je Apelacioni sud prepoznao da je narušena uzajamnost između strana činjenicom da je samo jednoj bilo omogućeno iniciranje arbitraže, i takvu klauzulu poništio. Kasnije se praksa ipak menjala.

Države koje priznaju punovažnost jednostranih arbitražnih klauzula

Prekretnicom u engleskoj praksi smatra se slučaj *Pittalis v. Sherefettin*,³⁸ gde je engleski Apelacioni sud zauzeo stav da klauzula koja daje pravo samo zakupcu da spor dovede pred arbitražu ne vređa načelo jednakosti stranaka (odnosno uslov uzajamnosti) i prednost je dao činjenici da su stranke ugovorile ovakvu klauzulu. To što je njihova volja takva da samo jedna strana ima pravo iniciranja arbitraže, ne znači da strane nisu zaštićene. Na ovaj rezon su se kasnije mnoge dru-

~:text=Accordingly%2C%20with%20this%20Report%2C%20the,enforcement%20for%20violation%20of%20public, 20.06.2020.

³⁶ V. G. Born, op. cit., 962; J. Lew, L. Mistelis, St. Kröll, op. cit., 723. Opšte je prihvaćeno da se njime štite osnovni principi morala i pravde zemlje pred kojom se vodi postupak. V. Christoph Liebscher, *The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 26; Issues relating to Challenging and Enforcing Arbitration Awards: Grounds to refuse enforcement, <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/ee45f3c2/issues-relating-to-challenging-and-enforcing-arbitration-awards-grounds-to-refuse-enforcement>, 17.06.2020.

³⁷ D. Draguev, op. cit., 19.

³⁸ *Pittalis v Sherefettin*, 1986, mišljenje sudije Fox LJ, <https://swarb.co.uk/pittalis-v-sherefettin-ca-1986/>, 15.06.2020.

ge sudije oslanjale,³⁹ između ostalog, i u poznatom slučaju *NB Three Shipping*,⁴⁰ gde je jednostrana klauzula takođe prihvaćena i gde je potvrđeno da je uslov uzajamnosti odbačen. Iako su zakupci podneli tužbu pred engleskim sudom, što su jedino i mogli, vlasnik, koji je imao pravo izbora, je istakao postojanje arbitražne klauzule. Sud je doneo odluku da je arbitražna klauzula punovažna i da postupak treba da se vodi pred arbitražom koristeći stanovište da su stranke uzele u razmatranje pitanje pokretanja arbitražnog postupka, pa i u situaciji kada bi se zakupci broda, koji nisu imali pravo izbora, prvi obratili sudu. Iako je prihvatio da je klauzula takva da pogoduje vlasniku, uzeo je u obzir sam komercijalni smisao transakcije i ugovora kao celine.⁴¹ Takođe, jasno je stavio do znanja da jednostrana arbitražna klauzula ispunjava uslove za punovažnost, i da to što je jednostrana, ne utiče.⁴²

Isti stav imaju i druge zemlje anglosaksonskog sistema – Amerika i Australija.⁴³ U jednom slučaju u Australiji, Viši sud je prihvatio jednostranu arbitražnu klauzulu i obrazložio da ne postoji do tada nijedna pravnosnažna odluka koja uslovljava punovažnost arbitražne klauzule time da ona bude bilateralna, odnosno da obe strane mogu imati podjednaka prava kada je reč o načinu rešavanju spora. Čak i da postoji takva odluka, sporno je da li je takav uslov u skladu sa samim pojmom arbitražne klauzule.⁴⁴ Arbitražna klauzula u svom svakodnevnom značenju je dovoljno široko postavljena da obuhvati sve načine na koje su se stranke dogovorile da spor reše pred arbitražom.⁴⁵

Što se tiče zemalja kontinentalnog sistema, Italija je primer zemlje gde se jednostrane klauzule takođe smatraju punovažnim. Najpoznatiji slučaj iz italijan-

³⁹ Čak i od sudije koji ne potiču iz Engleske, npr. Australijski slučaj *PMT Partners Pty Ltd (in liq) v Australian National Parks and Wildlife Service*, u nedostatku pravila i stava australijske sudske prakse; Hong Kong u slučaju *China Merchant Heavy Industry Co. Ltd. v. JGC Corp.*

⁴⁰ *NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd.*, England and Wales High Court (Commercial Court), 2004. Klauzula je bila takva da je vlasnik broda imao pravo izbora između engleskih sudova ili arbitraže u Londonu, dok je zakupac mogao samo da pokrene sudski postupak, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff70e60d03e7f57ea6da0>, 15.06.2020.

⁴¹ *Ibidem*, 11. I u presudi novijeg datuma *Mauritius Commercial Bank Ltd v Hestia Holdings Ltd & Anor* je naglašeno da su jednostrane klauzule punovažne i da služe interesima celokupne trgovine i biznisa.

⁴² *Ibidem*, 12.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *PMT Partners Pty Ltd (In Liq) v Australian National Parks & Wildlife Service*, 17, <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1995/36.html>, 20.06.2020.

⁴⁵ *Ibidem*, 7.

ske arbitražne prakse o ovoj temi je *Grinka* slučaj,⁴⁶ u kome je Vrhovni sud Italije smatrao da je punovažna klauzula koja je davala pravo jednoj strani da spor reši pred Engleskim sudom, dok je druga strana imala slobodu izbora između “italijanskih sudova i drugih sudova koji mogu biti nadležni po pravilima međunarodnih konvencija”.

Iz svega navedenog, jasno proizlazi stav da zemlje prihvataju činjenicu da jednostrane klauzule omogućavaju jedan fleksibilan način ugovaranja kako će se spor koji nastane u budućnosti rešiti, uzimajući u obzir da su se stranke saglasile sa njom prilikom sačinjavanja ugovora. Pošto odgovaraju potrebama trgovine, u gore navedenim slučajevima prepoznate su kao dobrodošle u praksi.

Države u kojima je osporena punovažnost jednostranih arbitražnih klauzula

Ipak, Amerika poznaje slučajeve koji vode i drugačijem zaključku. U poznatom slučaju *Armendariz*⁴⁷ iz američke prakse, poslodavac je imao mogućnost pokretanja i arbitraže i sudskog postupka, dok je zaposleni mogao da pokrene samo arbitražni postupak. Zaposleni je osporio punovažnost ovakve klauzule, zato što se ona nalazila u ugovoru o radu, koji je po svojoj prirodi adhezioni, i o njoj zaposleni nije mogao da pregovara sa poslodavcem. Takođe, zaposleni je naveo da je ovakva klauzula protivna javnom poretku pošto je jednostrana. Vrhovni sud Kalifornije je poništio klauzulu zasnivajući svoju odluku na tome da je ugovor o radu adhezioni ugovor, i da je povređeno načelo savesnosti.⁴⁸ Sudija je naveo da ne postoji opravdanje za ovakvu klauzulu, a bez opravdanja, “arbitraža se pojavljuje manje kao neutralan forum za rešavanje sporova, a više kao način maksimizacije koristi poslodavca”.⁴⁹

Slučaj koji je uzdrmao arbitražnu praksu je francuski slučaj iz 2012. godine, pod nazivom *Rotschild*.⁵⁰ U ugovoru o zajmu koji je zaključen između stranaka, zajmoprimac je imao pravo da pokrene postupak pred sudom u Luksemburgu, dok je banka mogla da pokrene sudski postupak pred sudom mesno nadležnim

⁴⁶ *Grinka in liquidazione v Intesa San Paolo, Simest, HSBC*, Case 5705, 2012.

⁴⁷ *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc*, Supreme Court of California, 2000, <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/24/83.html>, 21.06.2020.

⁴⁸ Odnosno unconscionability doktrina.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Mme X v Societe Banque Prive Edmond de Rothschild*, First Civil Chamber, 2012, Case no 11-26022, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/983_26_24187.html, 15.06.2020.

prema prebivalištu klijenta kao i pred bilo kojim nadležnim sudom. Vrhovni sud u Francuskoj se složio sa Apelacionim sudom koji je smatrao da jedna strana ne može da ima “diskreciju da izabere bilo koji sud”. Vrhovni sud je kao najveći problem istakao to što je klauzula po prirodi “potestativna”,⁵¹ i ide u korist banke čime se narušava uzajamnost između stranaka. Suprotno evoluciji koja se primećuje u anglosaksonskim zemljama, Francuska je ovakvu praksu okarakterisala kao “grabljenje moći”,⁵² i u krajnjem ishodu, u potpunosti poništila ovu klauzulu.

Najviše pažnje ipak je izazvao slučaj *Sony Ericsson*.⁵³ Spor je nastao između Ruske telefonske kompanije i filijale Sony Ericsson-a u Rusiji oko kvaliteta telefona koji su isporučeni Ruskoj telefonskoj kompaniji. Klauzula je bila takva da je za sve sporove koji nastanu iz ovog odnosa bila ugovorena ICC arbitraža, sa pravom Sony Ericsson-a da se obrati bilo kom nadležnom sudu. Kada je do spora došlo, Ruska telefonska kompanija se, bez obzira na klauzulu, obratila Privrednom sudu i tražila da se takva klauzula poništi. Sud je smatrao da autonomija volje stranaka preovlađuje, i da je klauzula validna. Slučaj je išao sve do Vrhovnog suda, koji je u krajnjem ishodu, smatrao da je povređeno načelo jednakosti stranaka i da klauzula koja daje pravo jednoj strani da se obrati sudu, a drugu ograničava, ne može da bude punovažna. Dodatno, ruski sud je naglasio da se ovakvom klauzulom narušava član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima,⁵⁴ u kontekstu povrede prava na fer suđenje koje je narušeno ovom klauzulom zato što stranke nisu imale jednaku mogućnost da predstave slučaj.⁵⁵ Ono što je zanimljivo u ovom slučaju je to

⁵¹ Prema članu 1170 prethodnog Francuskog građanskog zakonika, potestativna je situacija gde se izvršenje ugovora uslovljava ispunjenjem uslova koji je potpuno u rukama jedne strane koja može da dovede do ostvarenja ili da ga onemogući.

⁵² The French Rothschild Case: A Threat for Unilateral Dispute Resolution Clauses?, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/18/the-french-rothschild-case-a-threat-for-unilateral-dispute-resolution-clauses/?doing_wp_cron=1595972600.9533090591430664062500, 01.06.2020.

⁵³ *Russian Telephone Company CJSC v Sony-Ericsson Mobile Communications Rus LLC Case*, Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation, 118/12, 2012, http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Case%20Law/Enforcement/Sony_Ericsson_Russian_Telephone_Company_Supreme_Court%20eng.pdf, 15.06.2020.

⁵⁴ European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, *Council of Europe*.

⁵⁵ Ovakav rezon je kritikovan od strane autora zato što se član 6 odnosi na prava kad postupak počne pred određenim forumom, a ne odnosi se na nejednakost stranaka u mogućnosti izbora foruma. V. Anton Asoskov, “Chapter 3: Unilateral Optional Dispute Resolution Clauses – From Russia with Prejudice”, *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, (ur. Bachir Georges Affaki, Horacio Grigera Naón), Tom 12, 2015, 59; D. Draguiev, op. cit., 34-35; Are Unilateral Option Clauses Valid?, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/13/are-unilateral-option-clauses-valid/>, 20.06.2020.

da je sud u svojoj odluci takvu klauzulu pretvorio u bilateralnu, odnosno i drugoj strani dao pravo da se obrati sudu, i na taj način izjednačio strane.

U suštini svih ovih slučajeva, sud je rezonovao da je jednostranom klauzulom povređeno neko fundamentalno pravo i zbog toga ih poništio. Zanimljivo je što je sud u Rusiji, uprkos autonomiji volje stranaka koja važi prilikom ugovaranja klauzule, samostalno takvu klauzulu pretvorio u dvostranu, što ne bi trebalo da predstavlja praksu. Ukoliko sud smatra da klauzula nije punovažna, trebalo bi da je samo poništi, i samim tim, na osnovu nje stranke ne mogu da vode postupak, već bi morale da ugovore novu. Pa ipak, čak i zemlje koje su bili oštri protivnici jednostranih klauzula, sve više dozvoljavaju ovakvu praksu. Na primer, Francuska je 2016. godine promenila svoj zakon, i izbacila uslov "potestativnosti", a navela eksplicitno garanciju slobode ugovaranja između stranaka. Države se sve više približavaju prihvatanju ovih klauzula, tako da se može očekivati da one budu i eksplicitno dopuštene u zakonodavstvima.

JEDNOSTRANE ARBITRAŽNE KLAUZULE U SRBIJI

U Srbiji, do sada, nemamo nijednu dostupnu odluku bilo arbitraže sa sedištem u našoj zemlji, bilo suda koji je odlučivao na ovu temu. Treba imati na umu da je domaći Zakon o arbitraži rađen po ugledu na UNCITRAL Model zakon, i da je Republika Srbija članica Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju arbitražnih odluka. Uslovi iz ovih dokumenata se prema većini autora tumače tako da ne postoje prepreke za njihovo priznanje iako su jednostrane.⁵⁶ Pored toga, *Clifford Chance*⁵⁷ je sproveo anketu koja je obuhvatala 60 zemalja, o njihovom stavu prema jednostranim klauzulama. Rezultati iz ove ankete jasno govore u prilog tome da važi trend prihvatanja jednostranih klauzula, sto jasno pokazuju brojke da od 60 ispitanih država, u samo 16 postoji potencijalni problem sa priznavanjem ovakvih klauzula.⁵⁸ Ostale zemlje ih prihvataju, ili su u njima male šanse da do problema u primeni dođe. Dodatno, većina zemalja koje prihvata punovažnost klauzula jesu zemlje koje svoje arbitražne zakone baziraju na UNCITRAL Model

⁵⁶ Vodič međunarodnog saveta za trgovinsku arbitražu (ICCA) za tumačenje Njujorške konvencije iz 1958. godine, https://www.arbitration-icca.org/media/6/38897457492242/judges_guide_serbian_final_online-cover.pdf, 02.07.2020.

⁵⁷ Clifford Chance je jedna od najpoznatijih advokatskih kancelarija u svetu, sa sedištem u Londonu. Anketa je sprovedena 2017. godine.

⁵⁸ Unilateral Option Clauses – 2017 Survey, <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/01/unilateral-option-clauses-2017-survey.pdf>, 21.06.2020.

zakonu. S obzirom da je i naša zemlja usvojila isti model, verovatno je da se ne bi pojavio problem u prihvatanju ovakvih klauzula.

Naš Zakon o arbitraži ne reguliše eksplicitno jednostrane klauzule. Njihova punovažnost u našem sistemu bi se najverovatnije ispitivala na temelju povrede javnog poretka. Naš sistem pripada kontinentalnom sistemu koji ne poznaje doktrine o uzajamnim obavezama između strana kao i doktrinu o nesavesnosti strana koje potiču iz anglosaksonskih sistema, tako da to ne bi bio razlog za njihovo poništavanje. Takođe, ako bi se pitanje jednakosti stranaka postavilo kod nas, u u članu 33 Zakona o arbitraži navodi se da su “u postupku pred arbitražnim sudom stranke ravnopravne”.⁵⁹ Naglašava se da strane treba da budu ravnopravne u toku postupka, pred jednim forumom, što jezičkim tumačenjem dovodi do zaključka da se ova odredba ne odnosi na to da li stranke imaju iste mogućnosti kad je začinjanje postupka u pitanju.

ZAKLJUČAK

Prilikom sastavljanja ugovora, stranke ne treba da zanemare klauzulu o rešavanju sporova, već da se posvete njenom pregovaranju i kreiraju je onako kako najviše odgovara njihovim potrebama. Sve veći broj zemalja prihvata ovakvu klauzulu, koja je nastala tako što se ugovaranje klauzule prilagodilo potrebama iz prakse, doduše, kao što su i slučajevi pokazali, uglavnom potrebama banaka odnosno ekonomski jačih subjekata. Ali, ni organ koji odlučuje o ovim klauzulama ne sme da zanemari da su one proizvod stranačke autonomije volje, a nipošto ne treba da ih pretvara u bilateralne.

Jednostrana arbitražna klauzula zaista pruža najbolje od obe opcije. Stranka koja ima tu mogućnost može u skladu sa onim što joj u konkretnom slučaju odgovara, da optira za jednu od dve mogućnosti i time izdejstvuje najbolje rešenje za sebe. Naravno, prilikom sastavljanja klauzule, neophodno je biti na oprezu. Neophodno je precizirati kada je moguće da stranka vrši to svoje pravo, i pod kojim uslovima. Poželjno je i da se stranke dogovore na koji način će biti raspodeljeni troškovi koji se jave u slučaju problema koji nastanu iz ovakve klauzule. Naročito je bitno posmatrati zemlje u kojima će se tražiti priznanje i izvršenje arbitražne odluke zasnovane na jednostranoj arbitražnoj klauzuli. Veliki problem može nastati ukoliko klauzula bude uspešno osporena u postupku priznanja i iz-

⁵⁹ Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006, član 33.

vršenja, onda je ceo arbitražni postupak bio gubljenje vremena i novca.⁶⁰ U dva najpoznatija kritikovana slučaja (*Rotschild, Sony Ericsson*), imamo to da je stranaka imala pravo da izabere bilo koji sud, što je neprecizno i nedopustivo sa aspekta pravne sigurnosti. Takođe, osporavanje ovakve klauzule moglo bi da se svede i na dilatornu taktiku strane koja nema pravo izbora, ukoliko želi da odugovlači postupak, i to joj ne bi trebalo dozvoliti jer je upravo ona pristala na takvu klauzulu.

Pravo izbora načina na koji će se spor rešiti je bitna proceduralna prednost, ali ako oba mehanizma pružaju neutralan forum za rešavanje spora,⁶¹ onda to ne treba da dovede do ništavosti klauzule, već treba uvažiti autonomiju volje koju su stranke ispoljile prilikom ugovaranja klauzule o izboru foruma. Ipak, da bi se otклонile nedoumice, bilo bi poželjno u zakonodavstva uneti eksplicitnu odredbu kojom se predviđa njihova punovažnost, zato što je broj ovih klauzula u porastu, i one odgovaraju potrebama međunarodne trgovine. Na taj način bi se obezbedila pravna sigurnost, a ako uzmemo u obzir da su sporovi koji se javljaju pred arbitražom vrlo često višemilionski, neophodno je ovo pitanje na jedan, uniforman način rešiti.

JOVANA ĐORĐEVIĆ
LL.M. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

THE ISSUE OF THE VALIDITY OF THE UNILATERAL ARBITRATION CLAUSES AND THEIR LEGAL TREATMENT IN PRACTICE

Summary

Recently, a relevant issue in arbitration practice around the world is the validity of unilateral arbitration clauses. Their specificity lies in the fact that only one party has the right to choose the mechanism by which the dispute is resolved, while the other party is deprived of such right. In this paper, the author analyzes the notion of unilateral clauses, and the conditions that must be met in order for them to be considered valid. It also states and explains the reasons why unilateral clauses could be revoked. The author pays special attention to the position of unilateral clauses in different systems, and cites examples that have appeared in practice and contributed to a better interpretation and understanding of these clauses.

Key words: unilateral arbitration clause, equality of the parties, party autonomy, recognition and enforcement of arbitral awards.

⁶⁰ Finance agreements: A practical approach to options to arbitrate, https://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1762_1.pdf, 25.06.2020.

⁶¹ G. Born, op. cit., 867.

Literatura

- Adhesion Contracts Beware Of The Take It Or Leave It, <https://www.premierlegal.org/adhesion-contracts-beware-of-the-take-it-or-leave-it/>, 27.05.2020.
- Are Unilateral Option Clauses Valid?, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/13/are-unilateral-option-clauses-valid/>, 20. 06.2020.
- Asoskov A., "Chapter 3: Unilateral Optional Dispute Resolution Clauses – From Russia with Prejudice", *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, (ur. Bachir Georges Affaki, Horacio Grigera Naón), tom 12, 2015.
- Barnhizer D., "Inequality of Bargaining Power", *University of Colorado Law Review*, br. 1, Tom 76, 2005.
- Binder P., "Article 18: Equal Treatment of the Parties", *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 4th edition*, Kluwer Law International, 2019.
- Born G., *International Commercial Arbitration*, Hague, 2014.
- Čirić A., "Rešavanje sporova u nacionalnom i međunarodnom privrednom prometu – ne propustite pravo na arbitražu", *Pravo i privreda*, br. 4–6, tom 56, 2018.
- Draguev D., "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, br. 1, Tom 31, 2014.
- Erk-Kubat N., "Chapter 3: Jurisdictional Pleas and Actions with Parallel Proceedings before an Arbitral Tribunal and a National Court", *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, *International Arbitration Law Library*, Kluwer Law International, Tom 30, 2014.
- Finance agreements: A practical approach to options to arbitrate, https://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1762_1.pdf, 25.06.2020.
- Gaillard E., Savage J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- International Arbitration Law: Progress Towards Harmonisation, https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0003/1680258/Garnett.pdf, 29.05.2020.
- Issues relating to Challenging and Enforcing Arbitration Awards: Grounds to refuse enforcement, <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/ee45f3c2/issues-relating-to-challenging-and-enforcing-arbitration-awards-grounds-to-refuse-enforcement>, 17.06.2020.
- Knežević G., Pavić V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Lew J., Mistelis L., Kröll S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

- Liebscher C., *The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.
- Nigel B., Partasides C., Redfern A., Hunter M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, New York, 2015.
- Nonmutual Agreements to arbitrate, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380040, 26.05.2020.
- Perović Vujačić J., Potreba unifikacije i harmonizacije ugovornog prava, <https://www.scribd.com/doc/94899654/Jelena-Perovic-Unfikacija-Ugovornog-Prava-2011>, 20.06.2020.
- Perović Vujačić J., “Ništavost ugovora o arbitraži”, *Pravo i privreda*, br. 4–6, 2019.
- Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, <http://www.newyorkconvention.org/news/report+on+the+public+policy+exception+in+the+new+york+convention++a+report+by+the+iba+subcommittee+on+recognition+and+enforcement+of+foreign+arbitral+awards+dated+october+2015#:~:text=Accordingly%2C%20with%20this%20Report%2C%20the,enforcement%20for%20violation%20of%20public>, 20.06.2020.
- Scherer M., Prasad D., Prokic D., “The Principle of Equal Treatment in International Arbitration”, *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, (ur. Andrea Björklund, Franco Ferrari, Stefan Kröll), 2018.
- Scott Rau A., “Chapter 2: Asymmetrical Arbitration Clauses – The United States”, *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, (ur. Bachir Georges Affaki, Horacio Alberto Grigera Naón), Tom 12, 2015.
- Smit H., “The Unilateral Arbitration Clause: A Comparative Analysis”, *American Review of International Arbitration*, br. 3, Tom 20, United States, 2009.
- Stanivuković M., *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, Beograd, 2013.,
- van Zelst B., “Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, br. 4, Tom 33, 2016.
- Willems J., “Chapter 38: The Arbitrator’s Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements”, *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, (ur. Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung), 2017.

**KATEDRA
PRAVO NA IMOVINU**

**Sekcija
“Radni odnosi”**

TIJANA KOVAČEVIĆ

INFORMISANJE I KONSULTOVANJE ZAPOSLENIH – PRAVO ZAPOSLENIH ILI DUŽNOST POSLODAVCA

Radnička participacija poslednjih godina zaokuplja sve veću pažnju pravne teorije, ali i zakonodavne i sudske prakse. Najveći pomaci u regulisanju radničkog učešća u kompanijama učinjeni su na nivou Evropske unije koja je bez svake sumnje najviše doprinela razvoju ove ustanove. Uočavajući vezu između demokratije na radu i produktivnosti, nadležna tela Evropske unije donose niz akata u ovoj oblasti. Iako načelno dobro osmišljene, odredbe Direktive o informisanju i konsultovanju zaposlenih u preduzećima koja posluju na nacionalnom nivou (Direktiva 2002/14EZ) i one koje posluju na transnacionalnom nivou (direktive o evropskim radnim savetima 94/45EZ i 2009/38EZ) nisu dostigle svoj puni potencijal koji se, između ostalog, može prepisati izostanku korelativnog odnosa između prava zaposlenih na informisanje i konsultovanje i dužnosti poslodavaca da obezbede realizaciju tih prava. Ako se tome doda jasna poslodavčeva obaveza da omogući delotvorno ostvarivanje istoimenih prava zaposlenih u slučaju reorganizacije poslodavca izvodi se zaključak o nedovoljnoj usklađenosti pravnih propisa na nivou Evropske unije, čime se ugrožava pravna sigurnost, ali i želja evropskih država za izgradnjom jedinstvenog sistema koji će ujediniti njihove različitosti.

Ključne reči: radnička participacija, evropski radni savet, pravo na informisanje i konsultovanje zaposlenih, učešće zaposlenih u odlučivanju

Tijana Kovačević, master-pravnik, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: tijanarkovacevic@gmail.com.

U V O D

Radnička participacija¹ kao institut ima dugu tradiciju postojanja u gotovo svim državama sveta.² Uprkos toj činjenici, granične linije tog pojma nisu još uvek jasno postavljene. Tako, brojni autori koriste različite definicije prilikom određivanja radničke participacije. Postoje shvatanja da se participacija radnika ostvaruje uvek kada radnici pokažu izvestan stepen stvarnog uticaja na uslove rada i radnu sredinu.³ S tim u vezi se naglašava da uticaj mora biti stvaran, a ne veštački stvoren i imaginaran. Dakle, ukazuje se na razliku između stvarnog uticaja i stvorenog osećaja da uticaj postoji, iako je on samo fiktivan odnosno faktički nepostojeći. U tom slučaju nema suštinskih obeležja participacije, zbog čega se ta pojava često označava terminom “pseudoparticipacija”.⁴ S druge strane, moguće je participaciju posmatrati i kao svaki oblik učešća zaposlenih i/ili njihovih predstavnika u procesu odlučivanja o osnovnim pitanjima iz oblasti rada, bez obzira na organizacioni nivo preduzeća.⁵ Ova definicija je prevaziđena i samim tim neprecizna imajući u vidu da se participacija prostorno i sadržinski širila, tako da danas prevazilazi okvire preduzeća i opše uslove rada.⁶

Razlike u definisanju radničke participacije postoje ne samo u pravnoj doktrini, nego i u heteronomnim i autonomnim izvorima prava, kao posledica raz-

¹ Pojam participacije vodi poreklo od latinske reči *participare* koja se prevodi kao učešće ili udeo. Odatle se izvodi da participacija označava uzimanje učešća ili udela u nekoj aktivnosti ili delatnosti. Kada se terminu participacija doda epitet radnička, ona postaje posebno pravo koja se daje zainteresovanim stranama (radnicima) da učestvuju u resursima i aktivnostima preduzeća.

² Radnička participacija kao institut nastaje u periodu posle Prvog svetskog rata, prvenstveno u Nemačkoj i Austriji, da bi tek nakon Drugog svetskog rada doživela svoj vrhunac i širu primenu. *Mitbestimmung in Zeiten der Globalisierung – Bremsklotz oder Gestaltungskraft?* <https://library.fes.de/pdf-files/fo-wirtschaft/03015.pdf>, 25.7.2020.

³ *Worker Participation-Some Under-Considered Issue*, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-232X.2006.00451.x>, 25.7.2020.

⁴ Branko A. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 1066. Neki autori je opisno nazivaju manipulativnom participacijom. V. Senad Jašarević, “Participacija zaposlenih, stanje i perspektive u Srbiji”, *Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, 2013, 210. S obzirom na njen obmanjujući karakter ona ne doprinosi dugoročnom razvoju, zbog čega se može smatrati štetnom društvenom pojavom.

⁵ Branko Lubarda, “Participacija radnika u upravljanju preduzećem u uporednom pravu”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5, Beograd, 1994, 519–520.

⁶ O participaciji na nivou grane ili čitave ekonomije, v. B. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, op. cit., 1066. Zato se umesto industrijske demokratije sve više govori o ekonomskoj demokratiji. Senad Jašarević, “Participacija prema pravnim standardima MOR, EU i Srbije”, *Radno i socijalno pravo*, br. 1, Beograd, 2019, 66.

mimoilaženja država u pogledu konkretnih formi ispoljavanja radničkog učešća. Nedostatak opšteprihvaćene definicije opravdan je time što su upravo javni oblici radničke participacije polazna osnova za njeno određenje. Ipak, načelna saglasnost postoji u pogledu tri osnovna značenja koja se pridaju radničkoj participaciji, a koji se svode na: a) učešće zaposlenih u svojini, b) učešće zaposlenih u ostvarenoj dobiti i c) učešće zaposlenih u upravljanju i odlučivanju.⁷ Iz ove podela se jasno vidi da odlučivanje i upravljanje nisu istovetni pojmovi, iako po prirodi stvari upravljanje podrazumeva donošenje poslovnih odluka. Otuda nije reč o korišćenju drugačije terminologije za označavanje iste stvari, već o suštinskom razlikovanju dva potpuno različita oblika učešća zaposlenih.

POGREŠNO TEORIJSKO SHVATANJE RADNIČKE PARTICIPACIJE

Kompleksnost radničke participacije kao ustanove je umogome uticala na njeno nedovoljno razumevanje, što je dovelo do toga da se odlučivanje podvodi pod upravljanje, kao širi pojam. Sve to je imalo za rezultat izvođenje pogrešnog zaključka da se participacija zaposlenih u odlučivanju ostvaruje: 1) informisanjem, 2) konsultovanjem i 3) saodlučivanjem.⁸ Čini se da je odsustvo distinkcije posledica prevođenja nemačkog modela radničke participacije kao “kodeterminacije” odnosno saodlučivanja, iako je zapravo reč o zajedničkom upravljanju i odlučivanju.⁹ Nemački zakonodavac uključuje zaposlene u upravljanje preduzeći-

⁷ Radničko akcionarstvo je osobeno u poređenju sa drugim modalitetima radničkog učešća zbog toga što radnici svoje pravo na upravljanje privrednim društvom ostvaruju kao vlasnici (akcionari), a ne kao zaposleni u društvu. S druge strane, institucionalni sukob interesa postoji uvek kada zaposleni imaju mogućnost da utiču na poslovanje društva, bez obzira u kom svojstvu istupaju kada vrše svoja upravljačka ovlašćenja. Mirko Vasiljević, *Korporativno upravljanje – izabrane teme*, Udruženje pravnika u privredi Srbije, Beograd, 2013, 112; Vuk Radović, “Participacija zaposlenih u upravljanju privrednim društvom – aspekti korporativnog upravljanja”, *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2016, 113.

⁸ Ova podela postoji u gotovo svim domaćim radovima posvećenim radničkoj participaciji. Kao primer v.: Željko Mirjanić, “Savjet radnika kao predmet zakonskog uređivanja”, *Radno i socijalno pravo*, br. 2, Beograd, 2015, 24; S. Jašarević, “Participacija zaposlenih, stanje i perspektive u Srbiji”, op. cit, 66; B. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, op. cit, 520; Ljubinka Kovačević, “Participacija zaposlenih o odlučivanju o restrukturiranju kompanija”, *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2016, 653; Sanja Stojanović Zlatanović, “Pravo zaposlenih na participaciju u (radnim) kooperativama – primer Evropskog zadružnog društva”, *Pravo i privreda*, br. 2, Beograd, 2020, 158.

⁹ “Saodlučivanje u Nemačkoj je kontrovezno pitanje koje se može podeliti u dva segmenta: radnička participacija u nadzornom odboru i radničko saodlučivanje posredstvom saveta zaposlenih”. Rainer Kulms, “Employee Representation on Supervisory Boards – A German Perspective”, *Pravo i privreda*, br. 9–12, Beograd, 2007, 4. Savet zaposlenih se ne uspostavlja po sili zakona, već

ma tako što predviđa jednak broj radničkih i akcionarskih predstavnika u upravljačkim, ali ne i u izvršilačkim telima kao organizaciono i funkcionalno samostalnim.¹⁰ U ostalim zemljama posmatrano numerički i nezavisno od prihvaćenog sistema uprave, broj predstavnika akcionara veći je od broja radničkih predstavnika, zbog čega i nema saodlučivanja u pravom smislu te reči. Ovome treba dodati da saodlučivanje ne znači istovremeno postizanje sporazuma, te uniformno glasanje na sednicima odbora. Teško da će se predstavnici akcionara složiti sa predlozima lica koja predstavljaju radničke interese, kada ne mogu ni između sebe da postignu kompromis.¹¹ Da je tako, potvrđuju i izmene nemačkog Kodeksa korporativnog upravljanja koje se odnose na fakultativne odvojene sastanke predstavnika akcionara i zaposlenih pre sednica nadzornog odbora.¹² Ove promene su učinjene zbog toga što su od ranije obaveze održavanja odvojenih sastanaka korist imali jedino zaposleni tako što su sastanke koristili za postizanje glasačke uniformnosti.¹³

Tako postavljena, participacija zaposlenih menja odnos u kojem jedni (zaposleni) bespogovorno postupaju po nalogu i uputstvima drugih (srednjeg i visokog menadžmenta).¹⁴ Štaviše, učešće zaposlenih shvaćeno na taj način podriva konstataciju da "participacija u svakom obliku podrazumeva odnos nejednakosti, gde jedni upravljaju, a drugi učestvuju u upravljanju".¹⁵ Osim zajedničkog uprav-

na inicijativu sindikata ili većine radnika, s tim da poslodavac nema pravo da onemogući njihovo formiranje. Horst-Udo Niedenhoff, "Mitbestimmung im europäischen Vergleich", *IW-Trends-Vierteljahresschrift zur empirischen Wirtschaftsforschung*, Tom 32, Köln, 2005, 2.

¹⁰ Volker Rieble, "Vereinbarte Mitbestimmung in der Europäischen AG – from status to contract", *Ritsumeikan Law Review*, br. 26, 2009, 212. Iako se može reći da se saodlučivanje obrušava, jer se broj predstavnika zaposlenih u nadzornim odborima smanjuje, ovaj sistem se i dalje uvažava u Nemačkoj o čemu svedoči i zakon kojim se uređuju akcionarska društva. V. nemački *Aktien-gesetz* iz 1965. godine, § 95.

¹¹ Suprotno, jedinstveno delovanje predstavnika zaposlenih preslikava se i na njihovu jednoglasnost pri odlučivanju. To može dovesti do polarizacije članova odbora i njihovih glasova zbog čega nemačko pravo predviđa da će u tom slučaju odlučujući glas imati predsedavajući. Svojestvo predsedavajućeg daje se licu izabranom od strane akcionara, što ukazuje da se interesi radnika i poslodavaca podjednako uvažavaju, ali da se isto tako vodi računa i da njihove prirodne uloge u procesu rada ne budu narušene. V. Henry Hansmann, "Worker Participation and Corporate Governance", *University of Toronto Law Journal*, Tom 43, 1993, 602.

¹² V. nemački Kodeks korporativnog upravljanja, http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php, 28.7. 2020.

¹³ V. Radović, op. cit., 101.

¹⁴ Snežana Lakićević, "Radničko akcionarstvo i participacija", *Pravni zapis*, br. 2, Beograd, 2016, 371.

¹⁵ *Ibidem*.

ljanja, nemačko pravo preko saveta zaposlenih uključuje zaposlene u odlučivanje o pitanjima koja se tiču poslovanja preduzeća, a koja posredno utiču na njihov položaj i uslove rada.¹⁶ Međutim, nadležnosti saveta zaposlenih u obezbeđenju zaštite individualnih i kolektivnih prava zaposlenih nisu jedinstvene, nego zavise od prirode pitanja koje je predmet rasprave.¹⁷

Informisanje praćeno otvorenom diskusijom primenjuje se kada se odlučuje o ekonomskim i kadrovskim pitanjima, dok se u pogledu socijalnih pitanja savetu zaposlenih daju veća ovlašćenja.¹⁸ Problem ove podele nadležnosti je nemogućnost da se uvek jasno i nedvosmisleno povuče demarkaciona linija između ekonomske i kadrovske politike preduzeća, naročito u situaciji kada posledice tih politika zadiru u utvrđene normative i standarde rada.¹⁹ Iz tog razloga se navode neki od najznačajnijih primera socijalnih odluka, kako bi se eventualne nedoumice o karakteru i prirodi predmeta odlučivanja otklonile. Reč je o promenama u organizaciji radnog vremena, rasporeda godišnjeg odmora, kriterijuma za utvrđivanje visine zarade i svake promene u njenoj strukturi, ali i pitanja bezbednosti i zaštite na radu, kao tesno povezanim sa uslovima života i rada zaposlenih.²⁰ Značaj tih pitanja pojačava ulogu saveta zaposlenih koji tada daje mišljenja koja su po svojoj prirodi obavezujućeg, a ne savetodavnog karaktera kao što je to, primera radi, slučaj sa čisto ekonomskim odlukama. Iz rečenog se jasno vidi da se na odluke koje povlače socijalnopravne posledice zaposlenima daju prava koja delom zadiru u poslodavčeva ovlašćenja izbora i kontrole radnih procesa i svih drugih aktivnosti unutar preduzeća.

Izostankom saglasnosti zaposlenih sa predlogom odluka menadžmenta sprečava se njihovo donošenje. Osim prava na uskraćivanje odobrenja, savetu zaposlenih se daje pravo i na ulaganja veta na pojedine odluke u sferi individualnih radnih odnosa.²¹ Pri tom, treba imati u vidu da se izričita saglasnost zahteva za punovažnost odluka, dok se stavljanjem veta na već donete odluke anuliraju nji-

¹⁶ Basiswissen Mitbestimmung, https://www.boeckler.de/pdf/rs_01_2020_Basiswissen%20Mitbestimmung.pdf, 10.8.2020.

¹⁷ Walther Müller-Jentsch, "Germany: From Collective Voice to Co-management", *Works Councils: Consultation, Representation and Cooperation in Industrial Relations* (ur. Joel Rogers, Wolfgang Streeck), University of Chicago Press, 1995, 58.

¹⁸ Branko Lubarda, *Revidirana evropska socijalna povelja – Obaveze države i uloga socijalnih partnera posle ratifikacije*, Socijalno-ekonomski savet Republike Srbije, Beograd, 2009, 38.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Uglavnom su to odluke koje menjaju stautus određenog lica u smislu zasnivanja ili prestanka radnog odnosa. Nije isključena ni mogućnost stavljanja veta na izmene bitnih elemenata ugovora o radu, poput premeštaja zaposlenog na drugo mesto rada ili kod drugog poslodavca koji

hova pravna dejstva. Dakle, u prvom slučaju se pristanak daje izričito i po pravilu pre donošenja konkretne odluke, dok se u drugom slučaju saglasnost daje *ex post* i prećutno.

U svjetlu gore navedenog izvodi se zaključak da su zaposleni uključeni u proces odlučivanja jedino putem informisanja i konsultovanja, bez obzira na jačinu njihovog uticaja na proceduru odlučivanja, a da se učešće u upravljanju ostvaruje samo onda kada oni imaju svoje predstavnike u odboru direktora odnosno nadzornom odboru. Takođe se primećuje da je participacija u odlučivanju u pojedinim oblicima, blaža forma participacije od upravljačke, zbog čega je i daleko šire prihvaćenija. Bez obzira na rečeno, primetno je zalaganje u stranoj naučnoj i stručnoj javnosti za veće uključivanje radnika u upravljanje preduzećima, čime se ukazuje na potrebu razvoja koncepcije “participativne demokratije”. Kod nas se na participaciju u upravljanju gleda kao na lošu prošlost, kojoj se ne treba vraćati, iako su ostaci te prošlosti i dalje vidljivi u javnom sektoru.²² Različita i uglavnom negativna gledanja na participaciju zaposlenih u upravljanju privrednim društvima nisu, ipak, uticala na njeno odvajanje od participacije koja se ostvaruje posredstvom informisanja i konsultovanja zaposlenih.²³ Informisanje i konsultova-

primenjuje odredbe ranije potpisanog ugovora. Catherine Barnard, *EU Employment Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, 686.

²² Senad Jašarević, “Stanje i perspektive radničke participacije u evropskoj praksi i Srbiji”, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Knjiga II, Novi Sad, 2014, 307; Zaposleni će imati jednog svog predstavnika u nadzornom odboru javnog preduzeća bez obzira na to koliko ukupno članova broji taj organ, tri ili pet. Zakon o javnim preduzećima, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2016 i 88/2019, čl. 17.

²³ Iako prof. Radović u svom radu sve oblike (ne)formalne participacije poima kao učešće zaposlenih u upravljanju preduzećem, čini se opravdanim terminološki razdvojiti upravljanje od odlučivanja i time iznivelisati razlike u poimanju radničke participacije u kompanijskom i radnom pravu. Tako bi se napravilo razgraničenje između učešća zaposlenih u upravljanju preduzećem kroz imenovanje članova nadzornog odbora odnosno odbora direktora, od učešća zaposlenih u odlučivanju koje legitimnost poslodavčevih odluka vezuje za pribavljeno mišljenje zaposlenih. U prvoj situaciji zaposleni putem svojih predstavnika glasaju o iznetom predlogu zajedno sa ostalim članovima odbora, te samim tim uzimaju učešće u upravljanju društvom. S druge strane, pribavljanje mišljenja zaposlenih ne obavezuje poslodavca da po njemu postupa, nego da ga uvaži i razmotri. S toga je u tom slučaju ispravnije govoriti o učeću zaposlenih u odlučivanju, jer se otvara mogućnost da se u određenim situacijama punovažnost poslodavčevih odluka uslovi pribavljenim mišljenjem zaposlenih, dok se upravljanje društvom i dalje prepušta direktorima izabranim od strane vlasnika. V. Radović, op. cit., 99. U svjetlu gore iznetih argumenata prof. Lubarda govori o “delimičnoj” i “punoj” participaciji. V. B. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, op. cit, 1066. Potvrda se nalazi i u zakonskoj formulaciji koja savetu zaposlenih daje pravo “da daje mišljenja i učestvuje u odlučivanju o ekonomskim i socijalnim pravima zaposlenih”. Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113–2017 i 95/2018, čl. 205, st. 2.

nje zaposlenih tradicionalno se uređuje radnopravnim propisima, dok je, s druge strane, participacija zaposlenih u upravljanju predmet regulative prava privrednih subjekata.²⁴

RATIO LEGIS RADNIČKE PARTICIPACIJE

Uvođenje radničke participacije u brojne izvore prava, a kasnije i njeno sa-
držinsko širenje opravdava se brojnim razlozima. Prvi i osnovni je svakako ra-
zvoj kolektivnih prava radnika i s tim u vezi jačanje socijalnog dijaloga. Od toga
kako je pravo na sindikalno organizovanje i delovanje proklamovano i ostvareno
u praksi, zavisi i ostvarivanje drugih kolektivnih prava. Pored toga, od zajamčene
slobode i prava građanina i radnika zavisi i ukupnost sistema industrijskih odno-
sa, a naročito rešavanje sukoba i postizanje dijaloga. Socijalni dijalog prema Me-
đunarodnoj organizaciji rada obuhvata “sve vrste pregovora, konsultacija i raz-
mena informacija među predstavnicima vlade, poslodavaca i radnika o pitanjima
od zajedničkog interesa”.²⁵ Jednostavnije rečeno, socijalni dijalog je proces u ko-
jem učesnici pokušavaju da otklone nesuglasice putem razmene sugestija i pred-
loga. Isto tako se može reći da je socijalni dijalog mesto susreta i mirenja interesa
socijalnih partnera. On postiže usaglašavanje protivrečnih zahteva za fleksibilno-
šću rada i zaposlenja, s jedne strane, i sigurnosti prihoda i očuvanja radnih mesta,
s druge strane.²⁶

Ipak, treba naglasiti da kolektivno pregovaranje i radnička participacija nisu
istovetni pojmovi, iako se u određenom delu preklapaju. Preklapanje se svodi na
postojanje slobode sindikalnog udruživanja i delovanje kao nužne pretpostavke
za uspešno vršenje prava na učešće u odlučivanju i upravljanju. Ne treba zabora-
viti ni povratni efekata radničke participacije na očuvanje i jačanje sindikalnog
pokreta.²⁷ Štaviše, veza postoji i kod načina regulisanja participacije zaposlenih
autonomnim izvorima prava, poput kolektivnog ugovora ili posebnog programa
kod poslodavca. U takvom režimu radničkog učešća, kolektivno pregovaranje po-

²⁴ Da je reč o istom pojmu, zakonodavci ih ne bi uređivali u dva različita zakona, nego bi to učinili sistematično i na jednom mestu. Ima i pristalica jasnog odvajanja domena određenih grana prava gde se prednost daje Zakonu o radu kao jedinom “nadležnom” da rešava pitanja u sferi rada, pri tom ne zalazeći u detalje predmetne materije. Predrag Jovanović, “Radnopravni okvir industrijske demokratije u Srbiji”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1–2, Novi Sad, 2007, 105. Više o ovom pitanju v. *Citizenship Under Regime Competition: The Case of the “European Works Councils”*, <http://eiop.or.at/eiop/pdf/1997-005.pdf>, 2.8.2020.

²⁵ V. sajt MOR: <https://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>, 28.7.2020.

²⁶ C. Barnard, op. cit., 658.

²⁷ P. Jovanović, op. cit., 93 i dalje.

staje metod, a participacija željeni cilj. Međutim, komplementaran odnos između participacije i kolektivnog pregovaranja, ne dovodi u pitanje sam proces kolektivnog pregovaranja u kom jedna strana (sindikata) teži da što je više moguće “zahvati” od druge strane (poslodavca). Za razliku od toga, radničku participaciju karakterišu zajednički interesi svih učestvujućih strana. Neslaganje može da postoji jedino u pogledu načina ostvarivanja cilja koji se ogleda u dobrom funkcionisanju preduzeća.²⁸ Zbog toga se ističe da je osnovno opravdanje radničke participacije ekonomske prirode, imajući u vidu direktnu vezu između participacije i postignutih rezultata rada.²⁹ Sa razlogom se primećuje da je intenzivan dijalog zainteresovanih aktera obojen zvukom međusobne koordinacije i saradnje ključan faktor uspešnosti društva.³⁰ Potvrda se nalazi i u tome da se nakon višegodišnjeg perioda stagnacije, radnička participacija ponovno vraća na velika vrata sa izuzetkom država sa već izgrađenim sistemom uključivanja zaposlenih u sva ona pitanja koja se tiču poslovanja privrednog društva.

Osim što vodi većoj produktivnosti, radnička participacija doprinosi ublažavanju pravne i ekonomske nejednakosti subjekata radnog odnosa. Zaposlenima se kroz davanje ovlašćenja da učestvuju u odlučivanju i upravljanju kompanijama, nadoknađuju odricanja od dela autonomije na radu.³¹ Na taj način se principu subordinacije kao inherentnom obeležju radnopravnog odnosa, dodaju principi integracije, koordinacije i saradnje, dok odlučivanje postaje sastavni deo procesa rada. Prava na rukovođenje uslovima rada i nadziranje rezultata i ponašanja zaposlenih, nisu prava izričito priznata poslodavcu, ali ona *de facto* proizlaze iz njegovog vlasništva nad sredstvima proizvodnje. Postizanje uspešne saradnje iziskuje da nejednakosti koje postoje budu ublažene, tim pre što je radno pravo usmereno ka slabijoj strani i njenoj zaštiti, a što se upravo može postići kroz direktno ili indirektno uključivanje zaposlenih u proces odlučivanja.³²

²⁸ Worker Participation: A Critical Review, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-232X.1970.tb00506.x>, 1.8.2020.

²⁹ Juliette Summers, Jeff Hyman, *Employee participation and company performance*, Joseph Rowntree Foundation, 2005, 8.

³⁰ Na to ukazuju i rezultati empirijskih istraživanja Univerziteta Lajbnic u Hanoveru kojima je obuhvaćeno oko 1.000 prerađivačkih preduzeća sa najmanje pet zaposlenih. Studija je pokazala da se preduzeća u kojima postoji savet zaposlenih ili neki drugi oblik institucionalne radničke participacije ređe zatvaraju. Goran Obradović, Milan Jevtić, *Značajni aspekti radnog prava Evropske unije*, Beograd, 2008, 57.

³¹ Ljubinka Kovačević, “Evropski radnopravni standardi o obaveštavanju i konsultovanju zaposlenih u privrednim društvima”, *Pravo i privreda*, br. 7–9, Beograd, 2019, 649.

³² Direktna participacija u pogledu informisanja i konsultovanja zaposlenih je moguća i jedino izvodljiva kod poslodavaca koji zapošljavaju mali broj radnika.

EVROPSKI PRAVNI OKVIR INFORMISANJA
I KONSULTOVANJA ZAPOSLENIH

Pojam informisanja i konsultovanja zaposlenih

Radnička participacija u preduzeću može se ostvarivati na više načina. Prvi i istovremeno najslabiji vid participacije ostvaruje se kroz pravo zaposlenih na informisanje o pitanjima značajnim za njihov položaj. Kad je reč o pravu zaposlenih na pristup određenim informacijama važno je naglasiti da je priroda tog prava drugačija u poređenju sa istoimenim pravom koje imaju akcionari u društvu. Ovo iz razloga što je pravo akcionara na informisanje dvodelno, te obuhvata kako pravo na postavljanje pitanja i dobijanje odgovora o predmetu skupštinske rasprave, tako i pravo na informisanje preko javnog objavljivanja raznovrsnih podataka.³³ Osobnost prava na informisanje u kontekstu radničke participacije leži u dužnosti poslodavca da pored informacija koje čini dostupnim svima, pojedine informacije o promenama u organizaciji i uslovima rada usmeri samo ka onima koji su direktno pogođeni tim promenama. Pravljenje razlika u sadržini i vršenju ovog prava u privrednom društvu (poslodavcu) uslovljena je razlikama u položaju različitih nosilaca rizika poslovanja.

Pravo na informisanje i konsultovanje nije individualno pravo koje se pruža svakom zaposlenom. Razlog za to leži u objektivnoj nemogućnosti da se pojedinačno informisanje zaposlenih ostvari u praksi, naročito u velikim preduzećima koja broje stotine, pa i hiljade zaposlenih. Stoga se zaposleni o pitanjima značajnim za njihov položaj informišu posredstvom njihovih predstavnika u različitim telima osnovanim kod poslodavca. Prema tome, pravo na informisanje zaposlenih spada u grupu kolektivnih prava uzimajući u obzir njenog titulara odnosno način vršenja.³⁴

Da bi se pravo na informisanje i konsultovanje delotvorno ostvarilo u praksi, potrebno je pored aktivnosti sindikata, uspostaviti posebno savetodavno telo koje će vršiti funkciju informacionog posrednika. Ako ni to nije primenjivo i moguće u zavisnosti od nacionalnog rešenja i prakse, informisanje i konsultovanje biće ostvareno posredstvom izabranog predstavnika zaposlenih.³⁵ To ne menja či-

³³ Zoran Arsić, "Pravo akcionara na postavljanje pitanja u pravu Republike Srbije", *Harmoznizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Knjiga II, Novi Sad, 2014, 67–68.

³⁴ Lj. Kovačević, "Evropski radnopravni standardi o obaveštavanju i konsultovanju zaposlenih u privrednim društvima", op. cit., 652.

³⁵ Edoardo Ales, "Article 27 CFREU", *International and European labour law – A Commentary* (ur. Edoardo Ales, Matk Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden–München–Oxford, Portland, 2018, 220.

njenicu da je u pitanju pravo koje ne zahteva aktivnost zaposlenih u smislu postavljanja pitanja o nameravanim merama odnosno drugim aktivnostima poslodavca. Stoga se težište prebacuje na korelativnu dužnost poslodavca da informiše zaposlene preko njihovih predstavnika o radnjama koje se planiraju, preduzeti i da sa tim u vezi pribavi njihovo mišljenje. Nedovoljna informisanost zaposlenih znači odsustvo saznanja da se nameravaju doneti odluke koje mogu uticati na organizaciju rada ili ugovorene uslove što opravdava *a priori* informisanje lišeno bilo kakvih zahteva. U tom pogledu, važno je istaći da se informacije moraju obezbediti pre formalnog donošenja konačne odluke, a ako se to ne učini potrebno je obrazložiti razloge takvog postupanja.

Nasuprot tome, Direktiva Saveta 2002/14/EZ isključuje obavezu konsultovanja zaposlenih ako prethodno nije upućen zahtev za dobijanje određenih podataka.³⁶ Daleko ispravnije je informisanje tumačiti kao odsustvo pasivnosti u smislu već dobijenih obaveštenja, te s tim u vezi, dopustiti mogućnost traženja dodatnih pojašnjenja radi pravilnog i potpunog razumevanja. Ovo posebno, ako dobijene informacije nisu dovoljno razumljive. Po logici stvari ispravne odluke mogu biti donete tek nakon dobijanja svih ili većeg dela relevantnih informacija i njihovog studioznog preispitivanja. Stoga se naglasak stavlja ne samo na vreme u kojem obaveštenja moraju pristići adresatima i sadržini tih obaveštenja, nego i na dužnosti koje prate čitav postupak. U tom smislu i Povelja o osnovnim pravima u Evropskoj uniji garantuje radnicima i njihovim predstavnicima blagovremena i jasna obaveštenja neophodna za uspešno pregovaranje.³⁷

Obaveza informisanja je jednosmerna i u nekim slučajevima potpuno odvojena od procedure odlučivanja. Tako zaposleni mogu biti informisani o strukturi i finansijskim sredstvima preduzeća koji nisu predmet posebne rasprave, već predstavljaju opšte informacije o ekonomskom stanju poslodavca. Naravno, može biti reći i o informacijama drugačijeg tipa koje se tiču odluka koje su već donela odgovarajuća upravna tela preduzeća, a koje zaposleni sprovode. Zbog nedostatka aktivnosti zaposlenih u postupku koji prethodi izvršenju odluka, ali i iz široko raširene prakse poslodavaca da zaposlenima uskraćuju neophodne informacije, načelna dužnost, odnosno pravo na pristup informacijama, nije dovoljno efikasno sredstvo za ograničavanje poslodavčevih upravljačkih ovlašćenja.³⁸ Tim pre, što

³⁶ Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community, OJ L 80 od 23.3.2002.

³⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326 od 26.10.2012.

³⁸ Pojedini autori u informisanju vide mnogo veći potencijal, iako ne negiraju njen ograničen domašaj. V. Lj. Kovačević, "Evropski radnopravni standardi o obaveštavanju i konsultovanju zaposlenih u privrednim društvima", op. cit., 650.

se u nedostatku preciznije regulative, poslodavac može koristiti izgovorom da su predmetne informacije povlašćene, te da ih zbog toga ne može objaviti.

Informisanje ostvaruje svoj puni efekat tek kada se preduzimaju konkretne mere kod poslodavca koje se tiču njegovih zaposlenih, čime ono postaje sastavni deo procedure odlučivanja. Tako se i u uporednoj literaturi konsultovanje shvata kao nužni nastavak procedure informisanja, sa kojim čini neraskidivu celinu koja se jedino može nazvati uključivanjem ili uzimanjem učešća zaposlenih u odluke koje donosi poslodavac (*employees' involvement in employers' decision*).³⁹

Načini ostvarivanja prava na informisanje i konsultovanje

U zavisnosti od toga ko štiti prava zaposlenih odnosno na koji način se obezbeđuje vršenje pomenutih prava, može se govoriti o monističkom, dualističkom i mešovitom modelu.⁴⁰ Monistički model pretpostavlja postojanje jednog tela kod poslodavca koji preduzima akcije za delotvorno vršenje radničkih prava. U najvećem broju slučajeva reč je o posebnim radničkim komitetima odnosno savetima, dok se u manjem broju država uloga radničkih predstavnika isključivo daje sindikatima.⁴¹ Ovo, pre svega, kao posledica prelaska većine država sa monističkog na dualistički sistem koji uključuje istovremeno egzistiranje dva tela koja služe istom cilju, bez obzira na razlike u njihovom sastavu i nadležnosti. Osim toga, postojanje tela različitog od sindikata ostavlja mogućnost za podjednaku zaštitu interesa zaposlenih koji nisu sindikalno organizovani ili je uticaj sindikata slab, zbog čega se on zamenjuje ili dopunjuje drugim predstavničkim telom. Za razliku od monističkog, model "dvostrukog koloseka" karakteriše paralelno postojanje dva tela koja se istovremeno staraju da se prava radnika delotvorno vrše.⁴² Treći model se može smatrati hibridnim, jer u sebi integriše mogućnost da se paralelno sa savetom zaposlenih i/ili sindikatom, interesi radnika štite i putem njihovih slobodno izabраниh predstavnika.⁴³

³⁹ Edoardo Ales, "2002/14EC: Framework information and consultation", *EU labour law – A commentary* (ur. Monika Schalcher), Alphen and den Rijn, 2015, 529.

⁴⁰ B. Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, op. cit., 1070–1072.

⁴¹ Savet zaposlenih kao jedino telo kod poslodavca poznaje pravo Luksemburga i Holandije. Zbog odsustva sindikalne organizovanosti u tim državama, osnivanje saveta zaposlenih je mandatornog karaktera. Ovdje se čini uputnim napomenuti da se u literaturi monistički model vezuje samo za postojanje sindikata kao jedinog tela kod poslodavca, a ne i saveta zaposlenih. *Ibidem*, 1070.

⁴² *Ibidem*, 1071.

⁴³ *Ibidem*.

Uvažavajući razlike među državama i zastupljene modele, evropski zakonodavac nalaže da se participacija u odlučivanju u preduzećima nacionalnog opsega ostvari na način koji odgovara praksi država sedišta poslovanja. Shodno tome, pravo na uspostavljanje dijaloga i isticanje konstruktivnih predloga mora biti omogućeno i u onim sredinama koje nemaju zaposlene organizovane u sindikat, ili ne u dovoljnom broju. Isto važi i za savetodavna tela i posebne komitete u preduzećima. U tim situacijama pravo na informisanje zaposlenih odvija se preko predstavnika kog oni izaberu na osnovu profesionalnih i drugih kvaliteta. Bez te mogućnosti gore navedeno pravo bi ostalo mrtvo slovo na papiru, budući da zaposleni kao pojedinci ili grupa, ne mogu biti delotvorno konsultovani o odlukama poslodavca ukoliko nemaju predstavnika koji će se kompetentno i istrajno posvetiti tom zadatku.⁴⁴ Ovakvim pristupom se uvažavaju kulturološke, sociološke i istorijske razlike među državama i paralelno sa tim oslobađaju poslodavci dodatnih (prekomernih odnosno suviše opterećujućih) zahteva. U skladu sa prethodno navedenim a zbog prisutnosti problema neloyalne konkurencije i socijalnog dampinga, bilo je nužno da se u opredeljenom području postigne harmonizacija pravila, makar i minimalna.⁴⁵

Pomenute specifičnosti u razvoju država svakako da opravdavaju postojanje pravnog partikularizma u ovoj materiji. O stvaranju savršenijeg načina funkcionisanja prava kao celine može biti reči tek kada se stvore uslove da se osim formalnog izvrši i suštinsko ujednačavanje. Tek tada može biti reč o izgradnji jedinstvenog (unifikovanog) prava.⁴⁶ Prihvatanjem istih vrednosnih sudova u državama čiji se sistemi harmonizuju ne znači istovremno brisanje njihovih razlika, jer postoji istovetno, ali ne i jedinstveno rešenje primenljivo na sve.⁴⁷

Osnovno obeležje opštih pravila o postupku razmene informacija i iznošenja mišljenja je široka autonomija koja je data državama članicama u pogledu izbora najprikladnijeg foruma za diskusiju. Iz toga sledi da je od odlučujućeg zna-

⁴⁴ Lj. Kovačević, "Evropski radnopravni standardi o obaveštavanju i konsultovanju zaposlenih u privrednim društvima", op. cit., 654.

⁴⁵ C. Barnard, op. cit., 671.

⁴⁶ O parcijalnoj ili regionalnoj unifikaciji govorio je prof. Slobodan Perović u svojim obraćanjima učesnicima Kopaoničke škole prirodnog prava. Profesor je više puta isticao da je približavanje evropskih država sa ciljem njihovog "ujedinjenja u različitosti" otežano upravo zbog prisustva multilateralne faktora koji se ne manifestuje jedino kroz drugačije ekonomske resurse, već i kroz mnoštvo drugih činilaca koji nisu ekonomske prirode. Slobodan Perović, "Prostorne dimenzije pozitivnog i prirodnog prava", *Besede sa Kopanika*, Beograd, 2010, 845.

⁴⁷ Sava Aksić, "Značenje pojmova unifikacije, kodifikacije i harmonizacije pravnih propisa", *Harmonizacija građanskog prava u regionu*, Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo, Pale, 2013, 206–207.

čaja stvaranje mehanizma putem kojeg zaposleni mogu da utiču na odlučivanje, dok su pojavni oblici tog učešća tek na drugom mestu. Kada je reč o kompanijama čije se sedišta osnivanja ili upravljanja razlikuje od sedišta obavljanja delatnosti, navedena pravila nisu primenljiva, zbog čega su na nivou Evropske unije doneta posebna pravila o tome. Uprkos izgradnji jedinstvenog transnacionalnog institucionalnog oblika saradnje, nije se mnogo postiglo na terenu njegove primenljivosti. Razlog je, čini se, isti a tiče se nepostojanja jasne poslodavčeve obaveze pružanja informacija zaposlenima i u vezi sa tim stvaranje prostora za konstruktivan dijalog. Pre nego što se osvrnemo na Direktivu o evropskom radnom savetu, uputno je prvo se pozabaviti pravilima Direktive koja pruža generalni okvir informisanja i konsultovanja zaposlenih.

Direktiva Saveta 2002/14 EZ sadrži opšti zahtev da države članice obezbede odgovarajuće mere u slučaju nepoštovanja njenih odredaba, te da se sudskim ili administrativnim putem obezbedi njena efikasna primena.⁴⁸ Odredba ne uspostavlja jednoobrazni postupak niti sadrži kriterijume u vezi sa postupcima izvršenja koje treba usvojiti. Dakle, izostala je svaka dalja razrada ovog načelnog pravila što je otvorilo prostor za brojne sporove u vezi sa njenom primenom.⁴⁹ Odsustvo precizno određene sankcije za povredu obaveze informisanja i konsultovanja zaposlenih, dovodi u pitanje postojanje dužnosti poslodavca da obezbedi delotvorno vršenje ovih prava imajući u vidu da jedino povreda dužnosti može povući izricanje pravne sankcije, a ne nevršenje priznatog prava. Činjenica da se sankcionisanje pominje na način kojim se ostavlja sloboda državama članicama u izboru vrste sankcije koja treba da bude delotvorna, srazmerna i odvrćuća, ne menja mnogo stvari, što i sud pravde Evropske unije delom potvrđuje u svom izjašnjenju da odredbe o izvršenju nisu puke formalnosti ili čiste tehnikaliije, već suštinska stvar koja osigurava efikasnost Direktive.⁵⁰ Da je tako, potvrđuju različita pravila među državama članicama koja se odnose na posledice povrede prava zaposlenih da budu uključeni u proces odlučivanja.⁵¹ Velika sloboda koja je data državama u tom pogledu dovela je do neprihvatljivih razlika u pogledu vrsta sankcija koje se primenjuju, a koje se kreću od ništavosti predmetne odluke i po-

⁴⁸ Directive 2002/14EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community *OJ L 80* od 23.3.2002, čl. 8, st. 1.

⁴⁹ Romuald Jagodzinski, Pascale Lorbel, Jan Cremers, Sylvaine Laulom, *Variations on a theme? The implementation of the European Works Councils Recast Directive*, ETUI aisbl, Brussels, 2015, 23.

⁵⁰ R. Jagodzinski, op. cit., 10.

⁵¹ Pascale Lorber, "Directive 2002/14EC, *International and European labour law – A Commentary*" (ur. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin Olivier), Baden-Baden–München–Oxford, Portland, 2018, 529.

novno sprovođenje procedure odlučivanja, pa sve do novčane kazne, s tim da njena visina varira u zavisnosti od težine povrede, a u duhu principa proporcionalnosti.⁵² Jasno je da neće sve sankcije imati isti odvrćući efekat zbog čega će se i primena Direktive umnogome razlikovati. Sve to vodi oceni o nužnosti kreiranja uporedivog standarda u državama članicama i samim tim formiranja jedinstvenog kriterijuma prema kojem će se ocenjivati usklađenost nacionalnih propisa sa zahtevima Direktive, što bi praktično značilo vraćanje njenom izvornom tekstu.

Evropski radni savet

Poslednjih decenija se primećuje sve veći razvoj aktivnosti kompanija koje prelaze granice jedne države. U takvom okruženju postavilo se kao aktuelno pitanje načina i postupka ostvarivanja prava na informisanje i konsultovanje zaposlenih. Poslovanje kompanija na teritorijama različitih država iznedrilo je potrebu za razvojem mehanizma koji će omogućiti da zaposleni dobiju informacije o odlukama koje se donose unutar tih preduzeća, a koje posredno ili neposredno utiču ili bi mogle uticati na njihov radnopravni položaj.

Kao odgovor na globalizaciju ekonomije i trgovine, te nadnacionalni karakter kompanija, Evropska unija 1994. godine donosi Direktivu o evropskim radnim savetima, uprkos protivljenju pojedinih država koje nisu imale razvijenu praksu kontinuirane i obavezne saradnje radnika i poslodavaca u oblasti odlučivanja.⁵³ Kao razloge za protivljenje države su navodile, pre svega, potrebu za zaštitom već izgrađenih nacionalnih oblika radničke participacija.⁵⁴ Iako je od formalnog predloga do donošenja direktive proteklo više od 25 godina, ova Direktiva je stvorila solidan osnov za participaciju zaposlenih u odlučivanju u privrednim društvima i grupama privrednih društava koje posluju na teritoriji Evropske unije, ali i šire. Sa pravom se primećuje da evropski radni savet prelazi okvire ove međunarodne organizacije, te da polako postaje globalni fenomen.⁵⁵ Prvenstveno

⁵² Interesantno je primetiti da u pravu Velike Britanije dolazi do narušavanja načela dispozicije, jer se dugovani iznos isplaćuje državi, a ne titularu povređenog prava koji pokreće sudski postupak. Simon Deakin, Njoya Wanjiru, *The legal framework of employment relations*, Working Paper No. 349, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2007, 21.

⁵³ Council Directive 94/45/EC of 22 September 1994 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees, OJ L 254 od 30.9.1994.

⁵⁴ C. Barnard, op. cit., 664.

⁵⁵ Mnoge multinacionalne kompanije koje posluju na nivou Unije imaju sedište uprave u SAD ili Japanu. Više v. European Works Councils in Multinational Enterprises, https://www.ilo.org/emment/Publications/WCMS_117506/lang--en/index.htm, 4.8.2020.

zbog toga što samo teme koje sadrže transnacionalna pitanja spadaju u nadležnost evropskog radnog saveta a u koje, bez sumnje, ulaze odluke donete u tzv. trećim državama ako se tiču ogranka koji se nalazi u državi članici.⁵⁶ Štaviše, sama struktura evropskog radnog saveta omogućava proširenu primenu Direktive, što umnogome utiče na brzinu integracije novih država članica, ali i onih koje ističu svoju kandidatura za članstvo.⁵⁷

Postavljanje jedinstvenog (van)evropskog radnopravnog okvira o informisanju i konsultovanju zaposlenih, posledica je različitih nacionalnih postupaka informisanja i konsultovanja zaposlenih koji neretko zanemaruju multinacionalne strukture subjekata koji donose te odluke. Takvo stanje stvari vodi neujednačenom položaju radnika, jer se tretman zaposlenih i priznata prava razlikuju u zavisnosti od mesta vršenja rada. To dovodi do diskrepancije u pravu, ako se zakonski pozitivizam shvati kao reflekt pravne sigurnosti.⁵⁸

Uočavajući brojne neodostatke, pravne praznine i nejasnoće, prvobitna Direktiva 94/45EZ zamenjena je novom Direktivom 2009/38EZ, koja je u osnovi zadržala ista rešenja uz neznatne izmene i pojmovna pojašnjenja.⁵⁹ Uprkos izvršenom noveliranju i dalje se uočava izvestan stepen neusklađenosti između direktiva, što otvara prostor za njihova dalja poboljšanja sa ciljem postizanja veće koherentnosti.

Osnivanje evropskog radnog saveta koji preuzima ulogu posrednika u kompanijama koje prekogranično posluju, može se oceniti naprednim rešenjem. Međutim, kroz narušavanje odnosa između prava zaposlenih na informisanje i konsultovanje i dužnosti poslodavca da uspešno obezbede vršenje tih prava, otišlo se dva koraka unazad.⁶⁰ Ako se rešenja sadržana u Direktivi 2009/38EZ o osnivanju i delovanju evropskog radnog saveta uporede sa odredbama Direktive 98/59EZ

⁵⁶ R. Blanpain, op. cit., 882.

⁵⁷ Sticanje punopravnog članstva je strateški cilj naše zemlje formalno potvrđen potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju 2008. godine.

⁵⁸ "Ukoliko u jednom pravnom sistemu izostane pravna sigurnost, kako u izvoru, tako još više u njegovoj primeni i postupku izvršenja, kada dođe do vladavine socijalne, ekonomske i pravne nesigurnosti, onda se gubi vera u autoritet prava." Iz citirane misli prof. Slobodana Perovića jasno se vidi da se pravna sigurnost određuje šire, te se vezuje kako za postupak donošenja, tako i za postupak primene pravnih normi. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, <https://kopaonik-school.org/wp-content/uploads/2019/06/Poruke-Slobodan-Perovi%C4%87-1.pdf>, 30.8.2020.

⁵⁹ Directive 2009/38/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale group of undertakings for the purpose of informing and consulting employees, OJ L 122 od 16.5.2009.

⁶⁰ E. Ales, "2002/14EC: Framework information and consultation", op. cit., 527.

o informisanju i konsultovanju zaposlenih u slučaju kolektivnog otpuštanja i isto tako Direktive 2001/23 EZ o prenosu preduzeća, dolazi se do poražavajućeg zaključka.⁶¹ Pomenute direktive osim prava zaposlenih na informisanje i konsultovanje, nameću dužnosti poslodavcima da vršenje tih prava omoguće. Nasuprot tome, pravo na informisanje i konsultovanje zaposlenih u multinacionalnim preduzećima na nivou EU se svodi na "golu ljušturu", jer se dužnosti poslodavca kao nužni korelativ ovih prava ne nalaze u tekstu, osim posebnih, ali ne i dovoljnih pravila o supsidijarnim zahtevima.⁶² Takav pristup dovodi do razjedinjavanja evropskog pravnog okvira informisanja i konsultovanja zaposlenih, što destimulativno deluje na valjanu implementaciju ovih standarda.

Primena različitih pravila u zavisnosti od finansijskog stanja poslodavca, predmeta restrukturiranja ili mesta poslovanja, ima za rezultat podrivanje delotvornosti prava na informisanje i konsultovanje zaposlenih. Štaviše, time se narušava namera zajednice evropskih država da stvore jedinstveno tržište koje će ujednačiti, u meri kojoj je to moguće, njihove nacionalne propise. Ako se tome doda odsustvo sankcija kada evropski radni savet nije osnovan iako su se ispunili uslovi za to, jer je izostala inicijativa zaposlenih i poslodavaca za vođenje pregovora, izvodi se zaključak o postojanju prava zaposlenih na učešće u odlučivanju, ali ne i dužnosti poslodavca da to pravo učine delotvornim.⁶³ Zbog toga se u literaturi ukazuje da se to ne bi dogodilo da je predviđena obaveza osnivanja i rada evropskog radnog saveta, a ne slobodno izražena volja zainteresovanih strana za

⁶¹ Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, OJ L 225 od 12.8.1998; Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguard of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses of parts of undertakings or businesses, OJ L 82 od 22.3.2001. Ove direktive se primenjuju pored nacionalnih i na transnacionalna pitanja što je od posebne važnosti za sagledavanje i upoređivanje njihovih rešenja sa rešenjima sadržanim u Direktivi o evropskim radnim savetima. Manfred Weiss, "Workers' participation: a crucial topic for the EU", *Transnational Industrial Relations in Europe* (ur. Reiner Hoffmann, Otto Jacobi, Berndt Keller, Manfred Weiss), Tom 24, 2000, 88.

⁶² Skroman broj osnovanih evropskih radnih saveta donekle potvrđuje ove tvrdnje. Svega 1/3 kompanija koje potpadaju pod okrilje Direktive imaju osnovane evropske radne savete. Više v. Manfred Weiss, "The European Community's Approach To Workers' Participation: Recent Developments", *The Changing Face of European Labour Law and Social Policy*, (ur. Alan C. Neal), Kluwer Law International, The Hague, 2004, 40.

⁶³ Direktiva o evropskom radnom savetu ne predviđa pravnu sankciju u slučaju povrede njenih odredaba, već se to pitanje ostavlja na rešavanje nacionalnom zakonodavcu po principu korišćenom u Direktivi o informisanju i konsultovanju zaposlenih. Na taj način isto transnacionalno pravo postaje različito primenjeno u zavisnosti od nacionalnih prilika, čime se i prava zaposlenih vrednuju na drugačiji način u zavisnosti od konkretnog okruženja. R. Jagodzinski, P. Lorbel, J. Creemers, S. Laulom, op. cit., 108.

izgradnjom ovog oblika institucionalne saradnje na transnacionalnom nivou.⁶⁴ Problem nije otklonjen ni pozivanjem na odredbe Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji u preambuli Direktive o evropskim radnim savetima, koja jamči vršenje ovih prava. Razlog leži u neujednačenom tumačenju direktne primenljivosti preambule, koja po nekim shvatanjima služi samo kao odrednica sudovima prilikom tumačenja normi i ocene stepena primenljivosti Direktive u državi članici,⁶⁵ čime pitanje postavljeno u samom naslovu rada ostaje i dalje otvoreno.⁶⁶

ZAKLJUČAK

Participacija zaposlenih poslednjih godina sve više zaokuplja pažnju pravne teorije nakon dugogodišnjeg zanemarivanja ove pravne ustanove. Međutim, čini se da ovaj institut zahteva dalje proučavanje, jer se sam pojam radničke participacije ne razume dovoljno. Zbog velikih razlika koje postoje među državama u pogledu načina na koji se zaposleni uključuju u proces odlučivanja i upravljanja preduzećem, došlo je u domaćoj literaturi do poistovećivanja prava zaposlenih na učešće u upravljanju privrednim društvima sa drugim oblicima institucionalne saradnje zaposlenih i poslodavaca. Postojanje razvijene pravne dogmatike radničke participacije u Nemačkoj koja poznaje dvostruko učešće zaposlenih, zbulila je domaće autore. Nemačko rešenje pretpostavlja pravo zaposlenih na odlučivanje preko saveta zaposlenih, ali i pravo na upravljanje preduzećem preko izabranih predstavnika u organima upravljanja. Pomenuta prava podvedena su pod jedinstven, krovni pojam (nem. *Mitbestimmung*), koji se kod nas prevodi kao saodlučivanje. Dakle, saodlučivanje predstavlja složen institut koji se ne može posmatrati parcijalno, kao učešće zaposlenih u odlučivanju, jer on u sebi integriše i obeležja radničkog upravljanja preduzećem.

U poređenju sa Nemačkom koja ima razvijenu radničku participaciju od koje nikada nije odustala, sa izuzetkom perioda nacizma, na nivou Evropske unije se uočava težnja za revitalizacijom ovog instituta što potvrđuje i razgranata normativna delatnost. To ukazuje na shvatanje i priznavanje značaja koje participacija radnika ima na ostvarene rezultate preduzeća. Štaviše, postizanje spo-

⁶⁴ E. Ales, “2002/14EC: Framework information and consultation”, op. cit., 528.

⁶⁵ Evropska komisija je predložila obaveznu implementaciju recitala koji će tako biti izdignut na nivo viši od nivoa smernica za primenu i tumačenje rešenja sadržanih u Direktivi. Ovaj predlog omogućava praktično ostvarenje korisnog dejstva Direktive (fr. *effet utile*), koji se shvata na način da se pravo Evropske unije ne primenjuje samo u formalnom (normativnom) smislu, već i na način koji je delotvoran (koristan). R. Jagodzinski, P. Lorbel, J. Cremers, S. Laulom, op. cit, 85.

⁶⁶ European Works Councils: a trade union guide to Directive 2009/38/EC, <http://www.eor-bondgenoten.eu/documents/tradeunionguide200938.pdf>, 10.8.2020.

razuma o predmetu odlučivanja, ukazuje na podjednaku zastupljenost interesa učestvujućih strana, čime se otklanjaju nesuglasice i rešavaju sporovi. No, proklamacija prava zaposlenih na informisanje i konsultovanje nije dovoljna za njihovu praktičnu realizaciju, zbog čega je potrebno ustanoviti i korespondirajuće dužnosti poslodavca.

TIJANA KOVAČEVIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

INFORMATION AND CONSULTATION OF EMPLOYEES – EMPLOYEES’ RIGHT OR AN EMPLOYER’S DUTY

Summary

In recent years, worker participation has attracted increasing attention in legal theory and legislative practice. The European Union has undoubtedly contributed the most to the progression of regulating employee participation in companies. Realizing the link between democracy at work and productivity, the competent authorities of the European Union introduced a variety of legal acts in this area. The efforts of the Directive on information and consultation of employees in companies operating both at the national level (Directive 2002/14/EC) and the transnational level (European Works Council Directives 94/45/EC and 2009/38/EC) have not reached their full potential despite being well designed. The cause of this may be found in the lack of a correlative relationship between the right of employees to information and consultation and the duty of employers to ensure the application of these rights. In addition, a clear employer’s duty to provide effective realization of the aforementioned rights in the case of the employer’s reorganization leads to a conclusion that there is insufficient coherence in the various European instruments. Such an issue can jeopardize legal security and the desire of European countries to build a unified structure.

Key words: employee participation, right to inform and consultation, European works council, employee involvement in the decision making process

Literatura

- Arsić Z., “Pravo akcionara na postavljanje pitanja u pravu Republike Srbije”, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Knjiga II, Novi Sad, 2014.
- Ales E., “2002/14EC: Framework information and consultation”, *EU labour law – A commentary* (ur. Monika Schalcher), Alphen and den Rijn, 2015.
- Ales E., “Article 27 CFREU”, *International and European labour law – A Commentary* (ur. Edoardo Ales, Matk Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden–München–Oxford, Portland, 2018.

- Barnard C., *EU Employment Law*, Fourth Edition, United Kingdom, 2012.
- Basiswissen *Mitbestimmung*, Hans-Böckler-Stiftung, 2019, https://www.boeckler.de/pdf/rs_01_2020_Basiswissen%20Mitbestimmung.pdf, 10.8.2020.
- Deakin S., Wanjiru N., *The legal framework of employment relations*, Working Paper, No. 349, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2007.
- Jagodzinski R., Lorbel P., Cremers J., Laulom S., *Variations on a theme? The implementation of the European Works Councils Recast Directive*, Brussels, 2015.
- Jašarević S., “Participacija zaposlenih, stanje i perspektive u Srbiji”, *Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 2013.
- Jašarević S., “Participacija prema pravnim standardima MOR, EU i Srbije”, *Radno i socijalno pravo*, br. 1, 2019.
- Jašarević S., “Stanje i perspektive radničke participacije u evropskoj praksi i Srbiji”, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Knjiga II, 2014.
- Jovanović P., “Radnopravni okvir industrijske demokratije u Srbiji”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1–2, 2007.
- Kovačević Lj., “Participacija zaposlenih o odlučivanju o restrukturiranju kompanija”, *Pravo i privreda*, br. 4–6, 2016.
- Kovačević Lj., “Evropski radnopravni standardi o obaveštavanju i konsultovanju zaposlenih u privrednim društvima”, *Pravo i privreda*, br. 7–9, 2019.
- Kulms R., “Employee Representation on Supervisory Boards – A German Perspective”, *Pravo i privreda*, br. 9–12, 2007.
- Lubarda A. B., *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Beograd, 2012.
- Lubarda B., “Participacija radnika u upravljanju preduzećem u uporednom pravu”, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5, 1994.
- Lubarda B., *Revidirana evropska socijalna povelja – Obaveze države i uloga socijalnih partnera posle ratifikacije*, Beograd, 2009.
- Lakićević S., “Radničko akcionarstvo i participacija”, *Pravni zapisi*, br. 2, 2016.
- Lorber P., “Directive 2002/14EC, *International and European labour law – A Commentary*” (ur. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin Olivier), Baden-Baden–München–Oxford, Portland, 2018.
- Mirjanić Ž., “Savjet radnika kao predmet zakonskog uređivanja”, *Radno i socijalno pravo*, br. 2, 2015.
- Müller-Jentsch W., “Germany: From Collective Voice to Co-management”, *Works Councils: Consultation, Representation and Cooperation in Industrial Relations* (ur. Joel Rogers, Wolfgang Streeck), University of Chicago Press, 1995.
- Niedenhoff U. H., “Mitbestimmung im europäischen Vergleich”, *IW-Trends-Vierteljahresschrift zur empirischen Wirtschaftsforschung*, Tom 32, Köln, 2005.

- Obradović G., Jevtić M., *Značajni aspekti radnog prava Evropske unije*, Beograd, 2008.
- Perović S., "Prostorne dimenzije pozitivnog i prirodnog prava", *Besede sa Kopanika*, Beograd, 2010.
- Perović S., *Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2019, <https://kopaonikschool.org/wp-content/uploads/2019/06/Poruke-Slobodan-Perovi%C4%87-1.pdf>, 30.8.2020.
- Picard S., *European Works Councils: a trade union guide to Directive 2009/38/EC*, Brussels, 2010, <http://www.eorbondgenoten.eu/documents/tradeunionguide200938.pdf>, 10.8.2020.
- Radović V., "Participacija zaposlenih u upravljanju privrednim društvom – aspekti korporativnog upravljanja", *Pravo i privreda*, br. 4–6, Beograd, 2016.
- Rieble V., "Vereinbarte Mitbestimmung in der Europäischen AG – from status to contract", *Ritsumeikan Law Review*, br. 26, 2009.
- Strauss G., Rosenstein E., "Worker Participation: A Critical Review", *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, Tom 9, 1970, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-232X.1970.tb00506.x>, 25.7.2020.
- Strauss G., "Worker Participation-Some Under-Considered Issue", *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, Tom 45, 2006, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-232X.2006.00451.x>, 25.7.2020.
- Streeck W., "Citizenship Under Regime Competition: The Case of the 'European Works Councils'", *European Integration online Papers*, Tom 1, 1997, <http://eiop.or.at/eiop/pdf/1997-005.pdf>, 2.8.2020.
- Stiftung-Ebert F., *Mitbestimmung in Zeiten der Globalisierung: Bremsklotz oder Gestaltungskraft?*, Bonn, 2005, <http://library.fes.de/pdf-files/fo-wirtschaft/03015.pdf>, 25.7.2020.
- Weiss M., "Workers' participation: a crucial topic for the EU", *Transnational Industrial Relations in Europe* (ur. Reiner Hoffmann, Otto Jacobi, Berndt Keller, Manfred Weiss), Tom 24, 2000.
- Weiss M., "The European Community's Approach To Workers' Participation: Recent Developments", *The Changing Face of European Labour Law and Social Policy*, (ur. Alan C. Neal), The Hague, 2004.
- Vasiljević M., *Korporativno upravljanje – izabrane teme*, Beograd, 2013.
- Zlatanović Stojanović S., "Pravo zaposlenih na participaciju u (radnim) kooperativama – primer Evropskog zadružnog društva", *Pravo i privreda*, br. 2, Beograd, 2020.

**KATEDRA
PRAVO NA PRAVDU**

**Sekcija
“Pravo EU”**

ANDREA PILETTA MASSARO

**TOWARDS AN EU-WIDE COLLECTIVE REDRESS MODEL:
AN OPPORTUNITY FOR STRENGTHENING EASTERN EUROPE
COUNTRIES' ACCESS TO JUSTICE**

*Consumer protection shall be considered one of the pillars of the European Union market integration process. However, until recently, only a Commission Recommendation on compensatory collective redress had been issued. Consequently, although collective actions represent a fundamental tool in order to ease access to justice for consumers, this field was left to regulatory competition among the various Member States' regimes. In such a context some noteworthy models have developed, like the French action de groupe, introduced in 2014, and the Italian reform enacted in 2019. However, some member States are lacking an effective collective redress mechanism. This observation also applies to Serbia, which is a Candidate EU Member State and has started a strong implementation process of the *acquis communautaire*. Recently, EU's interest in collective redress has raised again and the adoption of a new directive seems imminent. The paper will focus on the Serbian collective redress and it will then analyse the EU draft directive, as well as the French and Italian models, as a parameter for Countries that will soon be asked to introduce a collective redress regime. The Slovenian model will be proposed as a comparative medium and as an example of introduction of private collective redress in the Eastern Europe environment.*

Key words: *collective redress, access to justice, legal transplant, harmonisation, European Union*

Andrea Piletta Massaro, research fellow at the University of Turin, Italy, e-mail: andrea.piletta@unito.it.

INTRODUCTION

The European Union has strongly encouraged the creation of a common framework in the field of consumer protection across all EU Member States.¹ However, the whole architecture devoted at protecting European consumers was lacking what can be considered as the most powerful enforcement instrument, namely a harmonized collective redress scheme. Indeed, collective actions represent a strong instrument in the hands of consumers, which, especially in the context of the so-called “small claims”, can manage to sue a company and obtain damages caused by an unlawful conduct.

However, across the internal market, consumers cannot rely on a common collective redress scheme. Instead, a plethora of different models exists. Such an approach may have been justified by the various differences among procedural regimes across the various member States. Accordingly, an method encouraging regulatory competition was pursued in order to stimulate the creation of better solutions, thus without imposing a model which could not have been in line with the procedural law formant of some legal systems, also in light of the ever increasing number of EU member States. All in all, it seems like the EU, in the past, did not consider times mature enough to introduce a common collective redress scheme and, consequently, regulatory competition (and also ADR) was preferred. Such an approach stimulated the enactment of reforms in the collective redress field. In particular, in 2014 the French legislator introduced the *action de groupe*, with the aim of providing a more effective scheme than the less effective *action en représentation conjointe*. Such model partially inspired the Italian legislator when enacting the reform approved in April 2019.

Also some Eastern European countries, like Slovenia, adopted interesting collective redress schemes in the recent years. In this context, comparative law played an important role and all of these reforms have interlocked aspects. Such an outcome is, of course, the result of the abovementioned regulatory competition approach: Indeed, every legal system tried to introduce in its reform the best features brought by another member State’s legislation. However, such a path towards the best collective redress model, at some extent, delineated a common core of principles in such a field. As a consequence, the various legal systems are now more aligned and times are now mature to introduce an EU-wide collective redress scheme. Indeed, a directive proposal was submitted by the European Com-

¹ See, *inter alia*, Gian Antonio Benacchio, *Diritto privato della Unione Europea*, Cedam, Padova, 2016, 239–316.

mission in April 2018, in the context of the so-called “New Deal for Consumers”² and, on 22 June 2020, the European Parliament and the Council reached an agreement on a draft text.³ Thus, the adoption of such directive seems to be imminent.⁴

The introduction of an EU-wide common framework in the field of collective redress seems particularly interesting for strengthening consumer protection in Countries, such as Serbia, which are candidate to join the European Union. Candidate Member States are indeed required to introduce all the necessary reforms needed to comply with the EU *acquis* in various field, including consumer protection. Consequently, the aim of this paper is to outline how the adoption of the proposed EU directive could impact the Serbian collective redress model and which systems can be regarded as a model while introducing a collective redress regime into Serbian law. After a short introduction on how collective actions can improve consumers’ access to justice, the paper will first analyse the current state of Serbian law with regard to collective redress. Then, it will focus on the innovations introduced by the proposed directive mentioned above. Furthermore, the French, the Italian and the Slovenian collective action provisions will be briefly scrutinized as potential models.

COLLECTIVE REDRESS AND RIGHT TO JUSTICE

The introductory paragraph has outlined how a functional collective redress mechanism is essential in order to guarantee individuals and consumers an effective right to justice. Indeed, the need for collective redress is particularly felt in the consumer law field, but it can also play an important role beyond it, as well demonstrated by the broadening of scope recently introduced by the abovementioned Italian collective action reform. In particular, citizens and consumers may often be in a weak position, since they cannot bear the costs of complex judicial

² An overview of the EU “New Deal for Consumers” is available at https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumers/review-eu-consumer-law-new-deal-consumers_en (accessed 22 September 2020).

³ The relevant European Parliament press release is available at <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200619IPR81613/new-rules-allow-eu-consumers-to-defend-their-rights-collectively> (accessed 22 September 2020). The Council’s press release, together with the agreed text is available at <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/06/30/eu-consumers-obtain-access-to-collective-redress/> (accessed 22 September 2020).

⁴ The European Parliament’s legal affairs committee backed such proposal in 7 July 2020 and, consequently, the Parliament is expected to vote on the proposal within 2020, as stated in the Parliament’s press release available at <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20200630STO82384/new-rules-to-allow-collective-eu-consumer-action> (accessed 22 September 2020).

proceedings and they might also face difficulties in finding the relevant evidence, especially if it is handled by the defendant.

Moreover, a great number of consumers complaints have a small value and it is only the plaintiffs' union that can make such claims sustainable in terms of costs, time and procedural burdens. Finally, it is easy to imagine the impact on the judiciary of a great number of small proceedings filed before various Courts and, under an internal market perspective, in front of multiple jurisdictions. This results in an increase in the Courts' workload as well as in the risk of forum shopping in order to pick the most favourable Court. One may object that finding the better place in order to file the complaint is an inner feature of a regulatory competition regime. This could be right, but it is also true that a well-functioning internal market, where consumers play a central role, shall offer for something more, namely a common framework in the field of collective redress. This is fundamental in order to empower and make the right to justice effective for consumers and, in general, small plaintiffs. With the aim of improving small claimants' access to justice for small claimants, the EU has introduced tools such as the European small claims procedure⁵ as well as the European injunction proceeding⁶ or the directive on injunctions for the protection of consumers' collective interests.⁷

However, such path did not lead to the introduction of an EU-wide collective action model. Instead, only a Recommendation by the European Commission was issued in 2013,⁸ thus leaving the abovementioned loophole in consumers' and small parties' right to justice. As pointed out in the introduction, the political and also legal background did not seem ready for such an innovation. However, the development of new market structures and of a strong digital market showed once again that the introduction of a common collective action

⁵ Regulation (EC) No. 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European small claims procedure, published in the OJ of the EU 31 July 2007, L 199/1.

⁶ Regulation (EC) No. 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, published in the OJ of the EU 30 December 2006, L 399/1.

⁷ Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests, published in the OJ of the EU 1 May 2009, L 110/30.

⁸ Commission Recommendation (2013/396/EU) of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, published in the OJ of the EU 26 July 2013, L 201/60. See also Csongor István Nagy, "The European collective redress debate after the European Commission's Recommendation: One step forward, two steps back?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, No. 4, Vol. 22, 2015, 530–552.

mechanism is needed, especially in the case of cross-border claims. In light of the above, it is also worth pointing out that consumer protection is a key policy of the European Union (see, for instance, articles 12 and 169 of the TFEU).

THE SERBIAN SCENARIO

The debate about the introduction of an EU-wide collective redress scheme might be of particular interest in Serbia. Indeed, Serbia is currently a Candidate EU Member State: A Stabilisation and Association Agreement (SAA) entered into force in September 2013⁹ and accession negotiations officially started on 21 January 2014.¹⁰ The SAA requires the gradual approximation of the existing Serbian legislation with the *acquis communautaire*.¹¹ In particular, article 78 of the SAA provides that ‘the Parties shall cooperate in order to align the standards of consumer protection in Serbia to those of the Community.

Effective consumer protection is necessary in order to ensure the proper functioning of the market economy’. However, the ‘approximation’ required in the field of consumer law by the cited article required some innovations for the Serbian legal system. As some authors have pointed out, ‘the existence of a separated legal regime for consumers, as particular subjects in private law, represents a relatively innovative concept’ in Serbian law.¹² The main body of legislation in the Serbian contractual law field is the 1978 Law on Obligations,¹³ which, howev-

⁹ The official text of the Stabilisation and Association Agreement between the EU and the Republic of Serbia is available at https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/serbia/key_document/saa_en.pdf (accessed 23 September 2020).

¹⁰ See https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/serbia_en (accessed 23 September 2020). Also Mateja Djurovic, Nebojsa Lazarevic, “Towards the European Union: The Serbian law on consumer protection and the position of the Serbian consumer”, *Journal of European Consumer and Market Law*, No. 1, 2014, 17.

¹¹ Article 72 SAA.

¹² M. Djurovic, N. Lazarevic, op. cit., 18; see also Mihajlo Vucic, Mateja Durovic, *Protection in practice. Aligning environmental and consumer law and policy in Serbia with EU Acquis*, Regional Open Society Foundations Alumni Conference 2015, 3–4, available at http://www.bos.rs/as/uploaded/Protection%20in%20Practice_1.pdf (accessed 22 September 2020). In particular, the latter contribution outlines how, in some cases, Serbian Courts have applied the general Law on Obligations of 1978 instead of the newly introduced consumer protection provisions (see, in particular, page. 3 of the text).

¹³ Serbian Law on Obligations, Official Journal of the SFRY 26 May 1978, no. 29, available at <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/slsfrj/skupstina/zakon/1978/29/1/reg> (accessed 23 September 2020).

er, does not contain any specific provision with regard to consumers.¹⁴ A specific Consumer Protection Act was enacted in 2002 and reformed in 2005. The first bill was not harmonized with EU law, while the 2005 reform strengthened the link with the EU *acquis* (i.e., *inter alia*, Directive 93/13/EC¹⁵).¹⁶ A subsequent reform was enacted in 2010 and entered into force on 1 January 2011, seeking an increasingly deeper level of harmonisation with EU law. In particular, the Serbian legislator relied particularly on the Italian and the French consumer protection law models.¹⁷ A subsequent reform was then enacted in 2014, with amendments in 2016 and 2018.¹⁸ The latter reform introduced a consumer protection framework formally in line with the EU requirements. However, the enforcement mechanism remains reliant on a public enforcement perspective, driven by the Ministry of Trade, as explained more in deep below. Consumers organizations have been established and recognized, but some doubts have been expressed, also by the EU, on their real possibility to protect consumers' interests, especially due to the scarcity of funding.¹⁹ However, despite the evaluation of the 2014 reform as *law in the books* being positive, the newly introduced provisions have to face the challenges presented by the *law in action*,²⁰ as reported above with regard to the inner difficulty in recognizing consumer law as an autonomous branch.

The prevalence of public enforcement is particularly evident after reading articles 145 and following of the Consumer Protection Act currently in force. In particular, consumers' associations,²¹ as well as private citizens, may file collective complaints before the Ministry of Trade (articles 146 and 147), which, in turn, shall then reach a decision and eventually adopt all the necessary measures and condemn the infringing party to correspond damages (article 149). As it is com-

¹⁴ M. Djurovic, N. Lazarevic, op. cit., 18.

¹⁵ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, published in the OJ of the EU 21 April 1993, L 95/29.

¹⁶ M. Djurovic, N. Lazarevic, op. cit., 18.

¹⁷ *Ibidem*, 18–24. See also Andrea Fejős, “The impact of EU norms and policies on consumer protection enforcement in Serbia”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 36, 2013, 248.

¹⁸ Serbian Consumer Protection Law, published, respectively, Official Journal of the Republic of Serbia 13 June 2014, No. 62, 28 January 2016, No. 6 and 8 June 2018, No. 44, available at <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2014/62/1/reg> (accessed 23 September 2020).

¹⁹ M. Djurovic, N. Lazarevic, op. cit., 21–22; M. Vucic, M. Durovic, op. cit., 4; A. Fejős, op. cit., 256. Consumer associations are addressed by articles 130 and following of the Serbian Consumer Protection Act.

²⁰ A. Fejős, op. cit., 248.

²¹ Registered according to article 132 of the Serbian Consumer Protection Act.

mon in public enforcement proceedings, the Ministry can accept commitments filed by the infringer (article 152). According to article 151, the Ministry also has the power to impose interim measures. In any case, article 153 of the law provides that each consumer keeps the right to file an individual claim to the competent judge. As it seems clear, such a proceeding relies on an administrative approach, confirmed by the fact that article 146 explicitly states that it is governed by the general rules on administrative proceedings.²² The latter aspect is quite important to fully understand the problems faced by the Serbian legal system - as well as other Eastern and Southern Europe Countries - in implementing the EU *acquis* aimed at empowering private parties' role in pursuing the access to justice.²³ In fact, historically, such Countries relied on a strong administrative structure, which shall now leave more space to private actors in the market. However, legal transplants - this is a fundamental principle in comparative law - cannot occur immediately and also require a sort of 'adaptation.' In case a legal regime is transplanted without the necessary safeguards, a reject is likely to happen, as shown by the introduction of collective redress in Serbia. Indeed, in 2011 articles from 494 to 505 were introduced in the Serbian Law on Civil Procedure, allowing consumers to file collective claims before the competent civil court.²⁴

However, a decision of the Serbian Constitutional Court declared articles from 494 to 505 of the Law on Civil Procedure inconsistent with the Serbian Constitution.²⁵ In particular, the Court found that the newly introduced provisions lacked of clarity, as they did not specify which controversies were to be considered as involving collective rights and, as a consequence, a reference to the disputes which had to be heard by means of the collective action system was missing.²⁶ A proper compensatory collective redress scheme is therefore not currently

²² Dušan Popović, "Report: workshop 'Collective redress in South-East Europe'", University of Sarajevo, 28 June 2014, *European Business Organization Law Review*, Vol. 15, 2014, 441.

²³ See, with reference to the introduction of a collective redress mechanism in Slovenia, Jorg Sladič, "A new model of civil litigation in Slovenia: is the Slovenian judiciary prepared for the challenges presented by the new law on collective actions?", *Transformation of civil justice. Unity and diversity*, (Eds. Uzelac A., van Rhee C. H.), Springer, Cham, 2018, 213.

²⁴ Serbian Law on Civil Procedure, Official Journal of the Republic of Serbia 28 September 2011, No. 72, available at <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2011/72/2/reg> (accessed 23 September 2020).

²⁵ Serbian Constitutional Court, I Uz - 51/2012, Official Journal of the Republic of Serbia 6 May 2013, No. 49.

²⁶ Mirko Vasiljević, Jelena Lepetić, Jasna Vasiljević, "Serbia: The Protection of Minority Investors and the Compensation of Their Losses", *Global Securities Litigation and Enforcement*, (Eds. Conac P., Gelter M.), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 723-724; Marija Karanikic

available for Serbian consumers and citizens.²⁷ However, some discussions about the introduction of a collective redress scheme seem to be ongoing²⁸. The possible adoption of such a remedy by means of a European Directive in the near future could represent the decisive incentive for such an improvement in consumers' rights in Serbia, as well as a necessary requirement to join the EU. Consequently, it is worth shifting our analysis on the new provisions that the European legislator is likely to introduce.

THE DIRECTIVE PROPOSAL INTRODUCING A EUROPEAN REPRESENTATIVE ACTION

The proposed draft directive for a new European representative action²⁹ mechanism aims at harmonizing the heterogeneous collective redress field across the EU,³⁰ also by replacing Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumers' interests.³¹ Moreover, as clearly stated in the Recitals of the draft, it aims at strengthening consumer protection enforcement in light of the challenges brought by the new market dynamics. In fact, as stated by Recital 1, 'Globalisation and digitalisation have increased the risk of a large number of consumers being harmed by the same unlawful practice'. Moreover, the same Recital underlines that in the absence of 'effective means to obtain the cessation of unlawful practices and redress losses of consumers, confidence in the internal market is

Miric, "Consumer collective redress in Serbian law", *Annals of the Faculty of Law of the University of Zenica*, Vol. 14, 2014, 83; D. Popović, op. cit., 441; M. Vucic, M. Durovic, op. cit., 4.

²⁷ See the brief report drafted by *Global Legal Insights*, available at <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/litigation-and-dispute-resolution-laws-and-regulations/serbia#chaptercontent8> (accessed 23 September 2020).

²⁸ <https://www.blic.rs/biznis/moj-novcanik/uskoro-ce-i-u-srbiji-biti-moguće-kolektivne-tuzbe-protiv-nesavesnih-trgovaca/t dveeqg> (accessed 23 September 2020).

²⁹ A terminological explanation seems particularly needed here: the EU draft directive adopted the term 'representative action', because in the draft directive's scheme consumers are represented by an organization. However, this kind of claims is designated with a plethora of expressions, from 'collective action' to 'collective redress' in the general European context or the French '*action de groupe*' (translated 'group action'). In the Italian context the terminology varies from the expression '*azione collettiva*' (translated 'collective action') to the expression, under a US influence, '*azione di classe*' (translated 'class action'). However, the paper generally refers to 'collective action' and 'collective redress', while, with reference to the proposed EU mechanism, reference will be made to the official term 'representative action'. In any case, the terms can be considered, on a broad perspective, as synonyms.

³⁰ See recitals no. 2a and 2b of the draft directive.

³¹ See recital no. 2 of the draft directive.

hindered.³² However, from its very beginning the draft directive does not leave any room for the introduction of new tools, often proposed by scholar contributions, such as punitive damages and contingency fees, which are clearly put aside (Recital no. 4).

Moreover, in respect of each member State's procedural autonomy (Recital no. 4b), the draft directive specifies how the collective redress mechanism that it will introduce shall be only complementary to national provisions. In particular, adopting a soft harmonization approach, Recital 4a of the draft clearly states that it 'should not replace existing national procedural mechanisms [...]. Taking into account their legal traditions, it leaves to the discretion of the Member States whether to design the representative action [...] as a part of an existing or future collective injunction or redress mechanism or as a separate mechanism, insofar as at least one national procedural mechanism in the form of representative action complies with the modalities set by' the future directive. Such requirement is then repeated by article 1, paragraph 2, of the draft directive. This statement makes clear that Member States or Candidate Member States, like Serbia, lacking or willing to introduce such a mechanism should implement solutions in line with the draft directive, so as not to enact a collective redress regime to be reformed just after its entry into force. Contrarywise, member States which have collective action provisions still in force shall start an assessment in order to check whether their model is in line with the future EU one and try to understand how to amend their model accordingly, or to adopt a brand new model, thus leaving the choice between the national and the EU model to consumers, through a sort of competition between the national model and the European one.

However, like in all cases of soft harmonization, member States can adopt measures which go beyond the protection made available by the European measures. This leads our analysis to the scope of the future EU directive, which is limited to the subjects listed in the attached Annex I, namely the whole spectrum of consumer matters regulated by EU rules, as well as matters concerning, *inter alia*, contracts for the supply of digital content and digital services, general product safety, food safety, passengers' rights, package travel, medical products and devices, data protection, etc.³³ While scrolling this list a great absence is particularly evident: The draft directive does not include private enforcement of competition law into the matters covered by the proposed EU-wide representative action regime. Not including such a matter may rise some policy as well as purely legal ob-

³² See also articles 5, 5a and 5b of the draft directive, which clearly explains the possibility to obtain both interim and redress measures with the proposed representative action mechanism.

³³ See also Recital 6 of the draft directive.

jections. From the policy side, it is worth pointing out that competition law is the perfect stage for collective redress,³⁴ as well demonstrated by the US experience. Indeed, the size of such claims, both with reference to the value of litigation and the parties involved, do require an efficient collective redress regime.³⁵

However, the decision not to include competition law private enforcement in the draft directive seems to be a clear political compromise, since also directive 104/2014³⁶ did not introduce such a mechanism, probably for policy reasons,³⁷ although it was, in absence of a EU-wide collective redress mechanism, the perfect chance for implementing such measures in the field of competition law. Consequently, EU competition law seems to be faced also in the future with, in the words of Roger Van den Bergh, a ‘persisting collective action problem’³⁸. The choice not to include competition law infringement into the list contained in Annex A of the draft directive is questionable also from a legislative standpoint. Indeed, competition, especially after the adoption of Regulation 1/2003³⁹ is a subject profoundly based on EU law and it is applied consistently throughout all the Member States. The harmonization of private enforcement through the 2014 Directive acted accordingly, so leaving to the national substantial and procedural legislations the possibility to discipline collective complaints in such a strongly harmonized field seems even more questionable.

³⁴ Katalin Judit Cseres, “Harmonising private enforcement of competition law in Central and Eastern Europe: The effectiveness of legal transplants through consumer collective actions”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 12, 2015, 35.

³⁵ The inclusion of private enforcement of competition law in the scope of the draft directive was asked, *inter alia*, by The *European Consumer Organisation* (BEUC) in the position paper *Proposal for a Directive on Representative Actions*, 7–8, available at https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-094_representative_actions_beuc_position_paper.pdf (accessed 23 September 2020).

³⁶ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for the infringements of competition law provisions of the Member States and of the European Union, published in OJ of the EU 5 December 2014, L 349/1.

³⁷ Blanka Szupera, László Bánk Varga, Angéla Gábri, Bálint Gábor Kovács, *Towards a harmonized collective redress mechanism for the private enforcement of EU competition law*, ERA Forum, 2020, paragraph 4.

³⁸ Roger Van den Bergh, “Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, No. 1, Vol. 20, 2013, 12–34.

³⁹ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in articles 81 and 82 of the Treaty, published in the OJ of the EU 4 January 2003, L 001.

Moreover, as pointed out by the *European Consumer Organisation* (BEUC), defining the scope of the draft directive with a list of matters regulated by EU provisions can rise several issues in the application of the representative action scheme. In particular, matters which are not regulated by the EU legislative acts listed in Annex A but close to them might fall outside the scope of the proposed regime. As a consequence, a less detailed and not so closed list, giving some room to judges when applying the relevant provisions, should have been preferred.⁴⁰

Having regard to the subject entitled to propose a representative action, article 4 of the draft directive specifies that such a right is recognized to ‘qualified entities designated by Member States for this purpose’. Obviously, such a provision refers mainly to consumer organizations, as clearly stated by the subsequent paragraph of article 4. In particular, such authorized associations must match the requirements listed in the draft directive: First, they have to be associations established according to a Member State’s legislation and they must demonstrate 12 months of consumer protection activity before filing the relevant designation request. Moreover, their statutory purpose must be focused on consumer protection, they must be solvent and they must comply with independency and disclosure requirements. Of particular interest on this topic is the provision contained in article 4, paragraph 7, of the draft proposal: Member States may also designate public bodies. Such a provision might be particularly relevant in context, such as the Serbian one, where collective consumer protection mostly relies on a sort of public enforcement of private rights. Such a provision could drive the transition towards a consumer protection regime more based on private enforcement.

A noteworthy feature of the draft directive is represented by the possibility to file cross-border representative claims, as stated by article 4b.

With reference to the adhesion system, the draft directive overcomes the traditional European preference for opt-in and allows both opt-in and opt-out (article 5b, paragraph 2).⁴¹ Anyway, opt-in remains the only adhesion process available for citizens not habitually resident in the Court’s Member State (article 5b, paragraph 3). In addition, the abovementioned article 5b, paragraph 2, of the draft directive leaves to the Member States the choice of the relevant adhesion mechanism. This point is particularly important, because, in case of adoption of

⁴⁰ BEUC position paper *Proposal for a Directive on Representative Actions*, op. cit., 7 (accessed 23 September 2020).

⁴¹ It is worth reminding here, although briefly, that through an opt-in adhesion scheme citizens which are willing to join the proceeding must express their consent to be included into the ‘class’ in order to be bound by the outcome of the action, whilst, according to an opt-out scheme, members of the ‘class’ are automatically bound by the outcome of the action, although they do not express their will to be excluded from the relevant ‘class’ perimeter.

an opt-in scheme, Member States can define different moments when class members can join the action and this choice has a great impact on the model's effectiveness. For instance: Before the 2019 reform, Italian class members could join a collective action in the initial stage only. The reform, by transplanting the French system in this particular issue, allows class members to join the action also after the decision on the merits, thus rendering the collective action regime more powerful and more attractive.

With reference to representative actions' funding, article 7 of the draft directive allows third-parties financing of the claim, provided that there is not a conflict of interest between the parties involved and the financing subject, as well as that the representative action's aim remains focused on the protection of consumers' rights. In any case, as regards the cost of the proceeding, the burden lies on the defeated party (article 8a).

An interesting feature, which is very in line with a consumer/citizen-friendly approach, is the provision requiring the introduction of specific electronic databases containing information regarding both the organisations entitled to start a representative actions and the ongoing proceedings (article 9a). Such a provision seems closely in line with the technical innovation introduced by the 2019 Italian reform. These databases might also play an important role in making this kind of actions more attractive and accessible for consumers, especially in Countries where, as pointed out above, private enforcement of consumers' rights must be strengthened and encouraged.

Finally, particularly important provisions are provided with reference to disclosure of evidence. Indeed, article 13 grants the power to order the disclosure of evidence held by the defendant or a third party to the competent Court. Moreover, article 14 allows the Court to impose penalties in case of non-compliance with the relevant disclosure orders, similarly to the provisions contained in article 5 of the abovementioned Directive 104/2014.

The outlined proposed regime, as already pointed out before, aims at improving consumer protection across the EU. Implementing such rules would be an opportunity for countries without an effective collective action mechanism and it would also be of foremost importance for candidate EU Member States, like Serbia, given that the future directive will be come part of the consumer protection *acquis*. As pointed out by the Recitals of the draft directive, such a mechanism will empower the role of consumers in the internal market and increase their trust in it, which is a relevant feature for countries willing to integrate their market into the common one. Member States will have 24 months for the implementation, but the directive, as such, lays down guiding rules only, leaving Member States room to better design tailored national regimes. Member and Candi-

date States lacking a strong consumer law culture may rely on different models in order to implement the proposed legislation, such as the French model and the newly introduced Italian one. Moreover, Eastern and Southern Europe Countries may look also at the recent reform adopted in Slovenia. Such models will be briefly address in the following paragraphs.

THE FRENCH ACTION DE GROUPE AND THE 2019 ITALIAN COLLECTIVE ACTION REFORM

Both the Italian and the French legislators introduced a completely re-designed collective redress scheme in the last decade. In France, the *action en représentation conjointe*⁴² proved not to be effective, thus highlighting the need for a reform. In the Italian context, a collective redress scheme was first introduced in 2007,⁴³ but it never entered into force, due to several postponements. Consequently, a new model was adopted in 2009⁴⁴ and revised in 2012.⁴⁵ In particular, article 140-*bis* was introduced into the Italian Consumer Code (ICC).⁴⁶ However, consumers were faced with several difficulties: In particular, the system adopted an opt-in scheme where adhesion was open in the first stage of the proceeding only, the certification phase was managed strictly by the Courts and, in general, several boundaries limited the effectiveness of the procedure contained in article 140-*bis* of the ICC.

Both the reforms share some interesting and common aspects, together with some differences in the method. In particular, the most noteworthy feature of the reform introduced in Italy in April 2019⁴⁷ is the enlargement of the col-

⁴² Articles from L 622-1 to L 622-4 of the French *Code de la Consommation*.

⁴³ Article 2, subsection 446, of Law 24 December 2007, No. 244, published in *Gazzetta Ufficiale* 28 December 2007, no. 300.

⁴⁴ Article 49, subsection 1, of Law 23 July 2009, No. 99, published in *Gazzetta Ufficiale* 31 July 2009, No. 176.

⁴⁵ Article 6 of Law decree 24 January 2012, No. 1, published in *Gazzetta Ufficiale* 24 January 2012, No. 19. Then converted into Law 24 March 2012, No. 27, published in *Gazzetta Ufficiale* 24 March 2012, No. 71. For an exhaustive and reasoned overview (in English) on the previous Italian class action regime see Giorgio Afferni, “‘Opt-in’ class actions in Italy: why are they failing”, *Journal of European Tort Law*, 2016, No. 1, Vol. 7, 82–100.

⁴⁶ Italian Consumer Code: Legislative decree 6 September 2005, No. 206, *Gazzetta Ufficiale* 8 October 2005, No. 162.

⁴⁷ Law 12 April 2019, No. 31, *Gazzetta Ufficiale* 18 April 2019, No. 92. According to article 7 of law 31/2019 the reform should have entered into force on 19 April 2020. Such term has then been postponed to 19 November 2020 by article 8 of law-decree 30 December 2019, No. 162, *Gazzetta Ufficiale* 31 December 2019 No. 305. Then converted into Law 28 February 2020, No. 8, *Gazzetta*

lective action's scope. Indeed, the relevant provisions were expunged by the ICC and articles from 840-*bis* to 840-*sexiesdecies* were introduced in the Italian Code of Civil Procedure (CPC). This collocation symbolises the most disruptive aspect of the reform: Apart from contractual liability issues, which were already covered under the previous regime, the new scheme is available for every kind of tort liability claim and beyond the boundaries of consumer protection law. The French legislator reached a similar result, although using a different method: The *action de groupe* was introduced in the French *Code de la Consommation* (FCC) and it is available in the consumer law field only.⁴⁸ However, the *Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle*⁴⁹ has introduced a common procedural framework (similar to the one introduced for the consumer *action de groupe*) for collective redress in the fields of health, environment, labour discrimination and data protection.⁵⁰ As a consequence, both Countries provide a wide-range collective redress scheme, although in France there is a common procedural framework for specific fields of law, while in Italy a general model has been enacted. Moreover, while the FCC only allows consumer associations to bring such claims, under the Italian reform both associations and single parties can file a collective lawsuit.

What is the most practical solution for countries that want to implement a collective redress scheme? Probably, also in light of the *BEUC* position paper mentioned above, a broad and general collective redress mechanism is the best solution, especially in terms of access to justice. It is noteworthy that the Italian

Ufficiale 29 February 2020, No. 51. It is also worth noting that articles 139, 140 and 140-*bis* of the Italian consumer code have been explicitly abrogated by article 5 of the 2019 class action reform act. An exhaustive analysis of the reform can be found in Alessandro Palmieri, *Legge n. 31/2019: la riforma della class action*, UTET, Torino, 2019.

⁴⁸ Law 2014-344 of 17 March 2014 (the so-called *Loi Hamon*), *Journal Officiel de la République Française* no. 0065 of 18 March 2014, page 5400. The *Loi Hamon* added articles from L623-1 to L623-32 in the French consumer code. The latter legislative provisions are supported, in the context of the same French Consumer Code, by the regulatory provisions provided for by articles from R623-1 to R623-33. See also the *Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n. 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n. 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation*, published in the *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice* no. 2014-10 of 31 October 2014.

⁴⁹ *Loi 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle, titre V*, which has introduced articles from 848 to 849-20 in the French code of civil procedure, as modified by the *Décret 2019-1333* of 11 December 2019.

⁵⁰ In particular: articles from L 1134-6 to L 1134-10 of the *Code du travail* for actions in the field of labour discrimination (compensatory and injunctive); article L 142-3-1 of the *Code de l'environnement* in the environmental field (compensatory and injunctive); chapter III, title IV, 1st book of the *Code de la santé publique* in the health safety field (compensatory); article 37, *loi 78-17* of 6 January 1978 in the personal data protection field (injunctive).

model is also available for tortious claims and for plaintiffs not having the quality of consumer. Of course, such a model could also have a negative impact, especially for the enterprise sector, but it could also act as a powerful deterrent. However, from this standpoint, a more cautious approach could be advisable for countries still trying to implement a new collective action scheme. Starting from consumer law and then broadening the scope might be the best solution, as done also by the Italian legislator. The same observation can be applied to the standing required to start a collective claim. The Italian model, which gives standing also to individuals, is of course more powerful on the book, but a representative model, like the French one and the EU directive proposal, may be more manageable and less disruptive in an initial stage and it is more culturally acceptable in countries which now mostly rely on public enforcement of private rights, like Serbia (see the mentioned articles 145 and following of the Serbian Consumer Protection Act).

Of course, this paper is not aimed at analysing every feature of the Italian and the French collective action model, which requires a monograph or an entire article,⁵¹ but another aspect that shall be outlined is the shape of the adhesion process introduced by the *action de groupe* and then provided by the new Italian reform as well. Indeed, article L 623-8 FCC states that harmed consumers shall join the class once the decision on the merits is issued by the Court. Similarly, the Italian model (article 840-septies CPC), allows harmed parties to join the action both at the initial stage (as in the previous discipline) and after the Court's ruling on the merits. This is an innovative opt-in mechanism, as it avoids the drawbacks of an opt-out scheme, but it makes joining the action easier and less burdensome for harmed parties. In fact, the main lawsuit has already been ruled upon, so that potential parties can rely on this outcome and they only need to demonstrate their inclusion in the class perimeter.

IMPLEMENTATION OF COLLECTIVE REDRESS IN SOUTHERN AND EASTERN EUROPE: THE SLOVENIAN EXPERIENCE

Slovenian collective action legislation was enacted in 2017 and entered into force in April 2018.⁵² This scheme is available in the field of consumer law, com-

⁵¹ For a comparative analysis of the 2019 Italian collective action reform and the French *action de groupe*, shall be permitted to suggest Andrea Piletta Massaro, "The Italian class action reform: a redesigned tool beyond consumer law", *European Review of Private Law*, No. 4, Vol. 28, 2020, forthcoming.

⁵² Law on Collective Actions (*Zakon o kolektivnih tožbah – ZkolT*), Official Journal of the Republic of Slovenia 6 October 2017, No. 55, available at https://www.uradni-list.si/_pdf/2017/Ur/u2017055.pdf (accessed 24 September 2020). While analysing the Slovenian reform it is worth con-

petition law, securities, labour, environmental protection and anti-discrimination law⁵³ (article 2). Under such regime, a collective action can be filed by representative organizations as well as by the attorney general (article 4), thus reaching a sort of equilibrium between the private enforcement and the public enforcement of private rights approaches. As for the adhesion phase, both opt-in and opt-out are allowed, giving the competent Court the authority to decide which means is more suitable in the case at stake (article 29). However, like in the draft directive, in case a class member is domiciled outside Slovenian borders, the only adhesion method available is opt-in (article 30). Moreover, in the enforcement phase, the figure of a “collective action manager” (who shall distribute the award to class members, see article 43) has been introduced and it seems to have crossed the Italian legislator’s mind while designing the class common representative devoted at managing the enforcement phase (article 840-*octies* CPC). It is also worth pointing out that also the Slovenian model allows class members to join the action after the relevant Court’s ruling on the merits (article 33, of course, in case the Court decides that the opt-in system shall apply).

CONCLUSION

The paper started by showing how collective actions may represent a fundamental tool in order to ease consumers’ and, broadly, citizens’ access to justice. However, such private enforcement approach is not a common feature in Eastern Europe Countries’ legal traditions, which rely more on administrative enforcement. The paper analysed, in particular and in light of the location of the Kopaonik Conference as well, the Serbian approach. It then focused on the possible introduction of an EU-wide representative action model and it analysed the proposed innovations. Subsequently, it highlighted the main features of the French *action de groupe* and the 2019 Italian collective action reform in order to outline, in comparison with the EU draft directive, the possible solutions that might drive the Serbian legislator while implementing the future directive on representative actions, which will then be part of the *acquis communautaire* in the consumer protection field. Finally, the Slovenian model introduced in 2017 was briefly addressed, with the aim of both showing how collective redress can find its space also in Eastern Europe’s Countries and providing a closer and well drafted

sulting Csongor István Nagy, “European models of collective actions”, *Collective actions in Europe*, Ed. Nagy C. I., Springer, Cham, 2019, 71–112.

⁵³ In this field only collective injunctions are available.

model to be transplanted in all Eastern Europe Countries aiming at introducing collective redress as a means to enforce citizens' rights.

ANDREA PILETTA MASSARO
Istraživač, Univerzitet u Torinu

PUT KA EU MODELU KOLEKTIVNE PRAVNE ZAŠTITE:
PRILIKA ZA JAČANJE PRISTUPA PRAVDI
U ZEMLJAMA ISTOČNE EVROPE

Rezime

Zaštita potrošača predstavlja jedan od stubova na kojima se zasniva tržište Evropske unije. Međutim, do nedavno je postojala samo Preporuka Komisije o zajedničkim načelima o kolektivnim zahtevima za propuštanje i kolektivnim zahtevima za naknadu štete. Dakle, iako kolektivne tužbe predstavljaju osnovno sredstvo kojima se potrošačima olakšava pristup pravdi, ova oblast je prepuštena regulativi različitih pravnih propisa zemalja članica EU. U takvom sistemu, razvili su se neki modeli vredni pažnje, poput francuske kolektivne tužbe uvedene u pravni sistem 2014. godine, kao i italijanske reforme usvojene 2019. godine. Međutim, nekim državama članicama nedostaje efikasan mehanizam kolektivne pravne zaštite. Ovo zapažanje se odnosi i na Srbiju, koja je kandidat za članstvo u EU i koja je uveliko započela proces usvajanja pravnih tekovina Evropske unije. U poslednje vreme Evropska unija izražava visok interes za regulisanje kolektivne pravne zaštite, pa se čini da je usvajanje nove direktive neizbežno. Rad analizira kolektivnu pravnu zaštitu u srpskom pravu, a zatim predstavlja nacrt direktive EU, kao i francuski i italijanski model, kao primere dobre prakse zemljama od kojih će se uskoro očekivati uvođenje režima kolektivne pravne zaštite. Slovenački model je predložen kao kompromisno rešenje koje može da posluži kao model prilikom uvođenja privatnih kolektivnih pravnih sredstava u Istočnoj Evropi.

Ključne reči: kolektivna pravna sredstva, pristup pravdi, pravna transplantacija, harmonizacija, Evropska unija

Bibliography

- Afferni G., "Opt-in' class actions in Italy: why are they failing", *Journal of European Tort Law*, No. 1, Vol. 7, 2016.
- Ajani G., *Il modello post-socialista*, Giappichelli, Torino, 2008.
- Benacchio G. A., *Diritto privato della Unione Europea*, Cedam, Padova, 2016.
- Claudel E., "La procédure d'action de groupe explicitée", *RTD Com.*, 2015.
- Consolo C., "La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina", *Corriere Giuridico*, No. 6, 2019.

- Corapi E., “Appunti sull’ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della class action nella legge di riforma”, *Liber Amicorum Guido Alpa*, (Ed. Capriglione F.) Cedam, Padova, 2019.
- Cseres K. J., “Harmonising private enforcement of competition law in Central and Eastern Europe: The effectiveness of legal transplants through consumer collective actions”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 12, 2015.
- Djurovic M., Lazarevic N., “Towards the European Union: The Serbian law on consumer protection and the position of the Serbian consumer”, *Journal of European Consumer and Market Law*, No. 1, 2014.
- Fejős A., “The impact of EU norms and policies on consumer protection enforcement in Serbia”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 36, 2013.
- Karanikić Mirić M., “Consumer collective redress in Serbian law”, *Annals of the Faculty of Law of the University of Zenica*, Vol. 14, 2014.
- Molfessis N., “L’exorbitance de l’action de groupe à la française”, *Recueil Dalloz*, 2014.
- Nagy C. I., “European models of collective actions”, *Collective actions in Europe*, (Ed. Nagy C. I.), Springer, Cham, 2019.
- Nagy C. I., “The European collective redress debate after the European Commission’s Recommendation: One step forward, two steps back?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, No. 4, Vol. 22, 2015.
- Palmieri A., *Legge n. 31/2019: la riforma della class action*, UTET, Torino, 2019.
- Piletta Massaro A., “The Italian class action reform: a redesigned tool beyond consumer law”, *European Review of Private Law*, No. 4, Vol. 28, 2020.
- Poncibò C., “Prime riflessioni sulla tutela giuridica integrata dei diritti dei consumatori nel diritto europeo”, *Responsabilità civile – Volume primo*, (Ed. Cendon P.), Cedam, Padova, 2020.
- Popović D., “Report: workshop “Collective redress in South-East Europe”, University of Sarajevo, 28 June 2014”, *European Business Organization Law Review*, Vol. 15, 2014.
- Rebeyrol V., “La nouvelle action de groupe”, *Recueil Dalloz*, 2014.
- Sacco R., Rossi P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 2015.
- Sacco R., Gambaro A., *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 2018.
- Sladič J., “A new model of civil litigation in Slovenia: is the Slovenian judiciary prepared for the challenges presented by the new law on collective actions?”, *Transformation of civil justice. Unity and diversity*, (Eds. Uzelac A., van Rhee C. H.), Springer, Cham, 2018.
- Szupera B., Bánk Varga L., Gábrí A., Kovács B. G., *Towards a harmonized collective redress mechanism for the private enforcement of EU competition law*, ERA Forum, 2020.

- Van den Bergh R., “Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, No. 1, Vol. 20, 2013.
- Vasiljević M., Lepetić J., Vasiljević J., “Serbia: The Protection of Minority Investors and the Compensation of Their Losses”, *Global Securities Litigation and Enforcement*, (Eds. Conac P., Gelter M.), Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Vučić M., Durovic M., *Protection in practice. Aligning environmental and consumer law and policy in Serbia with EU Acquis*, Regional Open Society Foundations Alumni Conference 2015, 3–4, available at http://www.bos.rs/as/uploaded/Protection%20in%20Practice_1.pdf, 2020.

**KATEDRA
PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU**

SVETLANA S. MIJOVIĆ

ZNAČAJ KOPAONIČKE ŠKOLE PRIRODNOG PRAVA, A POSEBNO NJENOG OSNIVAČA PROFESORA DR SLOBODANA PEROVIĆA, ZA AFIRMACIJU NAČELA SUDIJSKE NEZAVISNOSTI

Uloga i položaj sudova u sistemu trodelne podele vlasti, bila je predmet velike pažnje Kopaoničke škole prirodnog prava, a posebno njenog osnivača profesora dr Slobodana Perovića. U svojim "Besedama sa Kopaonika" profesor je često apostrofirao značaj načela nezavisnosti sudova i sudija u savremenim pravnim sistemima, razmatrajući ga u sklopu ostalih postavki učenja o prirodnom pravu. Jedan od značajnijih doprinosa Kopaoničke škole predstavlja formulisanje Zakona XII tablica sudijske nezavisnosti. Sistematizovanjem različitih aspekata nezavisnosti sudske vlasti, dat je originalni doprinos razvoju naše pravne misli. Temeljna postavka ovog svojevrsnog manifesta, koga je profesor figurativno i asocijativno imenovao kao Zakon XII tablica sudijske nezavisnosti, jeste da nezavisnost sudija nije samo važno pravno pitanje, već je to pitanje opšte kulture jedne zajednice. Stoga rad predstavlja kolaž sastavljen od delova sabranih beseda profesora i akademika Slobodana Perovića, u čijoj je srži pitanje nezavisnog sudovanja, uz skroman zadatak autora da markira osnovne idejne niti i iznese neka svoja promišljanja na ovu temu.

Ključne reči: trodelna podela vlasti, sudska vlast, načelo sudijske nezavisnosti, Kopaonička škola prirodnog prava, Slobodan Perović

U V O D

Kopaonička škola prirodnog prava predstavlja najdugovečniju i najznačajniju školu prava u Republici Srbiji, a i mnogo šire. Zasluga za to svakako pripada

Svetlana S. Mijović, sudija Prvog osnovnog suda u Beogradu, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: svetlanamijovic1987@gmail.com.

njenom osnivaču, prvom predsjedniku i doajenu profesoru dr Slobodanu Peroviću. Kao polihistor, po vokaciji civilista, ali i vrstan besednik i odličan poznavalac pravne filozofije i istorije pravnih doktrina, profesor i akademik Slobodan Perović obogatio je našu pravnu misao svojim autentičnim shvatanjem prirodnopravnog koncepta prava. I pre nego što se intenzivnije počeo baviti pravnofilozofskim temama, jedna od važnih karakteristika naučnog opusa profesora, koja ga je izdvajala od ostalih pravnih mislilaca savremenog doba, bila je ta da je u obradi pozitivnopravnih instituta ulazio u genezu i suštinu tih instituta, što ga je vremenom i odvelo do ozbiljnih promišljanja o suštini celokupnog pravnog poretka. Zato se danas njegov naučni rad u oblasti materijalnog građanskog prava, čime se profesor primarno bavio, ne može posmatrati izolovano od beseda koje su izrečene na otvaranjima Kopaoničke škole prirodnog prava, koje čine njegov idejni supstrat. Iako nikada nije sistematski izložio svoje filozofske ideje, besede profesora dr Slobodana Perovića nisu samo fragmentarna razmatranja na međusobno slabo povezane teme, već se nadovezuju jedna na drugu, upotpunjuju, te zbirno uzev predstavljaju jednu koherentnu i doslednu celinu. Profesor je tako uspeo da izgradi jedan logički besprekoran, skladan i u detalje razrađen sistem pravnofilozofskih razmišljanja i ustoliči šire univerzalne vrednosti na kojima počiva prirodno pravo.

Ključne teme delanja profesora Perovića, kao iskrenog apologete prirodnopravnog učenja, mogu se najbolje videti kroz naslove njegovih beseda, od kojih ćemo neke pomenuti i u ovom radu. U svim tim besedama primetna je visoka analitička misao, zrelost i minucioznost profesora, ali su ideje iznete na razumljiv način, jasan širem krugu slušalaca i čitalaca. To je još jedna od karakteristika stvaralaštva uvaženog profesora. Baš zato njegove ideje nisu ograničene ni na uzan krug pravnih znalaca, ni na prostor zemlje u kojoj je živio, ni na aktuelno vreme ili politički kontekst, već svaka od njih ima univerzalno značenje, a ostavlja nam i dovoljno prostora za individualno razmišljanje, preispitivanje sopstvenih uverenja i donošenje vlastitog suda. Profesor Perović ostao je upečatljiv i po tome što je uvek bio spreman da kroz organizovane diskusije slobodno raspravlja o svim aspektima svog prirodnopravnog učenja, lišen predrasuda, krutih ideoloških stega i ostrašćenosti bilo koje vrste. Zapaža se i njegovo nastojanje da filozofske postavke približi empirijskim saznanjima, primenom načela verifikacije. Zato je u svojim traktatima o pravu neretko polazio od antičke filozofije polisa i rimske tradicije, preko renesansnog humanističkog ideala ljudskog života i prosvetiteljskog zahteva da se slobodno koristimo svojim umom, ali je naposljetku, kao krajnjem ishodištu, uvek dolazio do aktuelnih problema u primeni pravnih normi i nudio svrshodna rešenja.

O značaju koji je profesor dr Slobodan Perović pridavao načelu nezavisnosti sudske vlasti, jasno govori činjenica da se u dosta svojih beseda ovom temom

bavio, u manjem ili većem obimu, podsećanja radi na prethodna svoja izlaganja, dopunjavanjem i proširivanjem već iznetih shvatanja ili iznošenjem posve novih postavki. Činjenica da su sudije od svih stručnih seminara u našoj zemlji u najvećem broju posećivale upravo Kopaoničku školu prirodnog prava govori o pije-destalu koji je sudijskom pozivu i prisutnim sudijama profesor lično ukazivao pri svakom susretu. Centralni deo shvatanja o nezavisnosti sudske vlasti profesor je uobličio i izneo na Jedanaestom susretu Kopaoničke škole prirodnog prava održanom decembra meseca davne 1997. godine, u svojoj uvodnoj usmenoj reči pod nazivom “Moralna triparticija i prirodno pravo”.¹

Tada je profesor, pored ostalog, postavio i Zakon XII tablica sudijske nezavisnosti. Ovih 12 principa nezavisnosti sudske vlasti, zbog svoje sistematizovanosti, originalnosti i doslednosti, vode refleksijama koje su podjednako aktuelne i u današnjem trenutku. I u svojim kasnijim besadama, a može se reći da je svaka naredna bila još izrazitije kompleksna i polivalenta u suštinskom i disciplinarnom smislu, profesor je produbljivao svoja shvatanja o nezavisnosti sudova i sudija, koja će u ovom radu biti izložena u svojim bitnim crtama. Pri tome, valja se odmah ograditi da ovaj rad ne predstavlja klasičan naučni rad, sa raznolikom građom i izvorima, već samo mali osvrt na veliko pravnofilozofsko delo profesora Perovića.

Temeljnija analiza i ocena svih uvodnih obraćanja profesora sledbenicima Škole prirodnog prava, uz upoređivanje iznetih prirodnopravnih shvatanja sa drugim doktrinama i filozofskim pravcima, zahtevala bi jednu ozbiljnu i obimnu studiju, ali i mnogo veće stručne kompetencije od onih koje poseduje autor ovih redova. Međutim, ne sumnjamo da će u narednom periodu, pored reformskog zamajca usmerenog ka unifikaciji građanskog prava, što uistinu predstavlja najkonkretniji doprinos Kopaoničke škole prirodnog prava, i pomalo neopravdano zanemaren pravnofilozofski opus profesora i akademika Slobodana Perovića, biti predmet sveobuhvatnog istraživanja, s obzirom na njegov nemerljiv značaj za srpsku pravnu nauku i praksu.

VEZA OSNOVNIH IDEJA PRIRODNOPRAVNOG UČENJA I NAČELA NEZAVISNOSTI SUDOVA I SUDIJA

Nesporno je da svako ljudsko biće koje ima elementarna znanja iz logike, geometrije i fizike može da razume prirodne zakone, jer oni nisu nešto što je čo-

¹ Više o tome v. Slobodan Perović, “Moralna triparticija i prirodno pravo” (1997. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 171–215. Ovo je beseda koja je bila osnovna inspiracija za nastanak ovog rada.

veku nedostupno i nesaznatljivo. Na istoj toj ravni, čovek je kadar da shvati da poseduje prava koja su mu rođenjem data. Dok mnogi teoretičari prirodno pravo određuju kao pravo koje poseduje svaki čovek u takozvanom prirodnom stanju za koje se pretpostavlja da je postojalo pre formiranja uređenih društava, profesor Perović je polazio od shvatanja koje prirodno pravo definiše kao ono pravo koje pripada svakom čoveku, na osnovu same činjenice da je ljudsko biće, nezavisno od tipa društva u kome živi i društvene uloge koju ima.

Profesor Perović prirodno pravo definiše kao univerzalno, sveljudsko,² bez obzira na nacionalnost i rasu, pošto su svi ljudi pred prirodom jednaki, te navodi da je prirodno pravo u osnovi nepromenljivo i večno. Prirodno pravo je i autonomno, nezavisno od voljnog faktora i kao tvorevina prirode, leži u samom čoveku i njegovoj prirodi,³ ono je nadpozitivno, primarno, apsolutno i originalno, a iznad svega, ono je pravedno po sebi, predstavlja tvorevinu prirode i deluje kao i drugi prirodni zakoni.⁴ Zato ne čudi što je prirodno pravo opstajalo kroz vekove, ne gubeći svoju suštinu. Njemu se kao spasonosnom sredstvu i pouzdanom uporištu pribegavalo posle svake krize prava i morala ili užasnih posledica izazvanih zaslepljenim pozitivizmom, a upravo zbog ideje u prirodno pravo se obnavljala i iznova učvršćivala vera u fundamentalne pravne vrednosti – pravdu, pravnu sigurnost, mir, čovekovo dostojanstvo i ljudska prava uopšte. Centralna postavka racionalnog prirodnopravnog koncepta i osnovna pravna zapovest glasi – učini dobro. Svi naši postupci determinisani su praktičnim umom i moralnim zakonom. U cilju detaljnijeg prikaza i razjašnjenja ove postavke, profesor Perović je pravio jasnu distinkciju između čula i razuma, fenomenalne i noumenalne sfere i karaktera stvari, a u čijoj biti leži ideja institucionalno osigurane slobode i ostalih prirodnih prava koja bez izuzetka treba da pripadaju svim građanima sveta. U središte svoje filozofije prava on je postavio kriterijume pravde, slobode, ljudskog dostojanstva, tolerancije, savesnosti i poštenja.

Ipak, nijedno od zajemčenih prirodnih prava nije apsolutno i neograničeno. Tako je i sloboda, kao najviše pravo, samosveno ograničena pravednim zakonima, odgovornošću i sveopštom tolerancijom.⁵ Sledeća velika vrednost je pravda. Pravda je merilo života, pa je suština prava da se racionalno i svrsishodno ure-

² V. Slobodan Perović, "Heksagon prirodnog prava" (1994. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 106–107.

³ V. Slobodan Perović, "Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja" (2014. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 969.

⁴ V. Slobodan Perović, "Prirodno pravo i univerzalne vrednosti" (2005. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 515.

⁵ V. Slobodan Perović, "Prirodno pravo i društveni imperativi" (2016. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 1057.

de društveni odnosi, tako da se dosegne pravda i pravičnost. Kada se sve to ima u vidu, prema stavu profesora Perovića, funkcija prirodnog prava je trojaka. Prirodno pravo se tako, najpre, javilo kao supstrat i kao uzor mnogim rešenjima pozitivnog prava, zatim kao supsidijaran i neposredni izvor prava, i naposletku kao korektivni faktor pozitivnom pravu. Zato prirodno pravo za profesora Perovića nije čisto teorijska pravnofilozofska tema, već logična potvrda ljudskog dostojanstva i slobode.

Drugim rečima, njegove postavke nisu samo metafizički entiteti, već intelektualne konstrukcije dobijene na osnovu poznavanja empirijskih okolnosti i pojavnih oblika pravde. Osnovna zamisao je upravo ta da prirodno pravo ima svoj praktično-kritički smisao: prirodno pravo bi trebalo da pozitivnom pravu da legitimitet, da ga limitira u važenju i da ga vrednosno usmeri. Zadatak prirodnog prava je da postavi moralne kriterijume za jedno istinsko pravo koje je u osnovi svakog pravednog društva. Kako pravda uvek vodi računa o opštim potrebama i interesima, ona se ne može uvek realizovati kroz zakone koji su uniformisani, beskompromisni i koji se sprovode isključivo uz pretnju kazne. Ima u pravu nečeg višeg nego što je suvoparna i monotona pravna norma sa svojom dispozicijom i sankcijom. Postoji tu jedan dublji osećaj pravde koji mora biti zadovoljen.⁶ Stoga se profesor u svojim izlaganjima često pozivao na tri ključne zapovesti prava, sadržane u najvećem zborniku, kodifikaciji rimskog prava, Digestama: pošteno živeti (*honeste vivere*), drugoga ne vređati (*alterum non laedere*) i svakome dati ono što mu pripada (*suum quique tribuere*). Ove slavne Ulpijanove reči nisu samo pravne zapovesti, već su i životni putokaz za svakog pravnika, a posebno za sudiju koji treba da bude oličenje pravednosti.

Na ovom mestu dolazimo do pitanja položaja i značaja sudijske funkcije u celokupnom konceptu prirodnopravnog učenja. Naime, u opštoj pravnoj doktrini dugo je bila dominantna Monteskejeva predstava o sudstvu: "Oni nisu ništa više nego usta koja izriču reči zakona, pasivna bića koja ne mogu da promene ni njegovu snagu ni njegovu strogost." Međutim, ideja o "beživotnom telu" sudstva i sudijama kao "ustima" kroz koja progovara zakon vremenom se promenila, najpre kroz potrebu da se zakonu udahne život kroz svaku pojedinačnu presudu, a potom i kroz nasušnu potrebu čovečanstva da zakon u svojoj primeni bude pravedan. Zato je profesor Perović vrlo često, u gotovo svakoj svojoj besedi, ponavljao Aristotelove reči: "Ići sudiji, znači ići pravdi". Isticao je da je u ovoj kratkoj sintagmi smeštena čitava civilizacija prava i pravosuđa, iskazana svrha prava, a ujedno određen i položaj sudija u ostvarenju te svrhe. Da bi sudija, kao živi pravednik,

⁶ V. Slobodan Perović, "Vratimo se školi prirodnog prava" (1992. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 66.

mogao građanima dati pravdu, potrebno je da postoji pravedno pravo i da sudija takvo pravo pravedno primenjuje.⁷ Sudije se vršeći svoju funkciju, izjašnjavaju o životu i slobodama ljudi, te samim tim učestvuju u upravljanju pravdom. A prema profesoru Peroviću, veće dužnosti od ove nema. Stoga je sudijska nezavisnost neophodna pretpostavka ustanove sudstva u pravnoj državi, koja je, po rečima Radbruha, kao nasušni hleb, kao voda za piće, kao vazduh za disanje.⁸

OPŠTA RAZMATRANJA O NAČELU SUDIJSKE NEZAVISNOSTI

Funkcionisanje sudova kao posebne grane vlasti utemeljeno je na ustavnim garancijama sudske nezavisnosti. Međutim, praksa je pokazala da bez obzira na konstitucionalizaciju sudske nezavisnosti i stvaranje relativno prihvatljivog normativnog okvira, ustavne i zakonske garancije često nisu same po sebi dovoljne. Zato se podjednaka pažnja treba posvetiti kako institucionalnim garancijama (nezavisnost sudova u normativnom smislu), tako i personalnim garancijama sudske nezavisnosti (nezavisnost sudija kao nosioca sudijske funkcije). Ovu distinkciju danas poznaje i Evropski sud za ljudska prava, koji pravi razliku između pojmova “nezavisan sud” i “nepriistrasan sud”. Nezavisnost sudstva može biti ostvarena samo kroz saglasje svih elemenata: postojanje dobrog normativnog okvira, postojanje povoljnog društvenog ambijenta i političkih okolnosti u kome se nezavisnost sudstva razvija i štiti, te postojanje razvijene svesti samih sudija o “sopstvenoj nezavisnosti” u odlučivanju. Zvuči kao pleonazam, ali zaista je neophodno da i same sudije shvate i neguju svoju nezavisnost kao unutrašnje stanje sopstvenog duha. Pri tome, treba razlikovati formalne garancije sudijske nezavisnosti, koje profesor Perović definiše kao atribute sudijskog statusa,⁹ od substancijalnih aspekata nezavisnosti sudova i sudija. U osnovi svih garancija sudijske nezavisnosti stoje moralne premise na kojima počiva pravna država.

Prema profesoru Peroviću, ne samo da je pitanje nezavisnosti sudstva pitanje najviše etičke vrline u uređenom društvu, već je to i pitanje opšte kulture jedne zajednice. Jedan od ključnih činilaca koji čini opštu kulturu svake zajednice je upravo stanje političke zrelosti i prosvećenosti u smislu poštovanja i razvoja demokratskih institucija u sistemu vladavine prava i pravne države, a posebno

⁷ V. Slobodan Perović, “Između čulnosti i umnosti prava” (1995. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 125.

⁸ V. Slobodan Perović, “Prirodno pravo i moral” (2012. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 904.

⁹ Više o tome v. S. Perović, “Moralna triparticija i prirodno pravo”, op. cit., 203.

principa trodelne podele vlasti i nezavisnosti sudova.¹⁰ Kultura neke zajednice je određena prirodom i domašajem osnovnih principa na kojima je zasnovana ta zajednica, njenim filozofskim opredeljenjem, ekonomskom i političkom konstitucijom, tehničkom civilizacijom, moralnom emancipacijom i jurističkom opservacijom.¹¹

Drugim rečima, nezavisnost sudijske funkcije, pored ostalih determinanti, čini bitan kulturni identitet zajednice koja organizuje svoje ustanove shodno tom identitetu i ukoliko je u svemu tome prirodno pravo ne samo misaona već i stvarna odrednica, onda će i te ustanove dobiti svoju humanu dimenziju u različitim oblastima društvenog života. Može se reći – na kojoj se visini nalazi sudstvo jedne zemlje, na tom stupnju je i kulturna vrednost te zemlje i društva u njemu. Dakle, država ne stiče svojstvo pravne države na taj način što je to upisala u svoj Ustav, već ona to postaje kada ishodište prava ukazuje na to da je pravo legitimno u svom izvoru, a da je legalno u svojoj primeni.¹²

ZAKON XII TABLICA SUDIJSKE NEZAVISNOSTI I OSTALI ATRIBUTI SUDIJSKOG STATUSA

Kopaonička škola prirodnog prava formulisala je 1997. godine Zakon XII tablica sudijske nezavisnosti, a ovaj Zakon je 2002. godine ušao u opštu Deklaraciju Kopaoničke škole prirodnog prava. U pitanju su zapravo sledeći principi sudijske nezavisnosti:¹³

I – sudija je u izricanju pravde nezavisan od bilo koje vlasti, osim vlasti legitimnog zakona;

– Ovo je prva postavka koja se temelji na ideji da je sudska vlast posebna grana vlasti. Međutim, ni sudska vlast nije neograničena i ničim omeđena vlast, jer je sudija dužan da se “povinuje legitimnom zakonu”. U tom širem krugu zbivanja prava i pravde, na bilo kom stepenu prostorno-vremenske datosti, princip nezavisnosti sudije predstavlja demarkacionu liniju koja deli polje prava od pustinje nepravda. U uslovima nepravne države, gde je legitimitet i legalitet prava ispod dozvoljenog stepena društvene tolerancije, gde vladavinu prava zamenjuje vladavina samovoljnog fakta vlasti, strasti ili interesa, pojedinačnog ili grupnog, gde se eli-

¹⁰ V. Slobodan Perović, “Prirodno pravo i stvarnost” (2017. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 1075–1076.

¹¹ V. S. Perović, “Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja”, op. cit., 985.

¹² V. S. Perović, “Vratimo se školi prirodnog prava”, op. cit., 78.

¹³ Više o tome v. S. Perović, “Moralna triparticija i prirodno pravo”, op. cit., 198–199.

miniše načelo podele vlasti i ceo život svodi na politički monizam i njegovu strogu hijerarhiju, tu se sudijska nezavisnost svodi na zavisnost od partijske, a ne zakonske odluke. Takva zavisnost pretvara sudiju u derivat jednosmernog naloga (političkog, nacionalnog, rasnog ili klasnog) i sudija tada objektivno nije u stanju da primeni pravedno pravo. U hipotezi, dakle, nepravne države, pravo doživljava brodolom, a s njim tone i princip nezavisnosti sudije. Ići takvom “pravu” i takvom sudiji, znači ići anti-pravdi. Cela istorija prava je tu da nam posvedoči ovu tvrdnju. I ne samo istorija, već i komparativna stvarnost.¹⁴ U uporednoj literaturi se kao najčešća obeležja nezavisnosti sudija u ovom kontekstu nabrajaju objektivnost, slobodno sudijsko uverenje i vezanost suda samo za zakon. Međutim, profesor Perović je kao atribut ovog poslednjeg elementa dodao i to da taj zakon koji vezuje sud mora biti legitiman.

II – sudija donosi nepristrasne odluke u zakonom predviđenom postupku na osnovu procene činjenica i razumevanja zakona u smislu ostvarenja komutativne i distributivne pravde;

– Dve suštinske sudijske delatnosti od kojih zavisi donošenje zakonite i pravedne odluke su utvrđivanje činjenica i primena prava. Legitimost procedure u postupanju sudova zavisi i od kvaliteta odluka koje ta procedura proizvodi. Sudske odluke moraju biti nepristrasne. Kada govorimo o ovom aspektu sudijske nezavisnosti, važno je ukratko izložiti shvatanja profesora u pogledu komutativne i distributivne pravde. Prema tom stavu, pravda predstavlja univerzalnu i apsolutnu vrednost prirodnog prava koja je u određenoj meri primenjena u konkretnom pozitivnom pravu. Ako se pozitivno pravo ostvari u kompoziciji pravde i kada ona postane stožerna vrlina, tada pravo te zajednice postaje legitimno u svom izvoru i legalno u svojoj primeni. Pravičnost može biti ili komutativna ili distributivna – *iustitia komutativa* i *iustitia distributiva*. Kada se pravičnost postiže apsolutnom sredinom putem aritmetičke proporcije – jednako u jednakim slučajevima, onda je to komutativna pravda.

Međutim, kada se pravičnost postiže putem geometrijske proporcije koja uzima u obzir prirodu i osobenost ličnosti, kada se dakle uvažavaju njihova individualna svojstva, prema njegovoj zaslugi, onda je to distributivna pravda. Pošto sudije primenjuju pravo na konkretne slučajeve, navedena granica razdvaja vladavinu prava od vladavine pravne nesigurnosti kao zajedničkog imenitelja krize prava i pravnog poretka. U trenucima suprotstavljenosti prava, pravde i pravičnosti, sudija mora imati unutrašnji osećaj šta je najpravičnije u konkretnom slučaju. Do toga sudija dolazi spekulativno, kontemplativno, odnosno misaonim putem,

¹⁴ V. Slobodan Perović, “Prirodno pravo i dostojanstvo” (2013. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 952.

na teorijskim osnovama i znanjima. To je ono što omogućava pravedno odlučivanje sudova i daje im višu epistemičku vrednost od alternativnih formi kognitivnog odlučivanja. Ovo je nužno shvatiti iz razloga jer je pozitivno pravo ponekad i nepravedno, a pojedina rešenja ovoga prava mogu biti i protivna zdravom razumu. Otuda sudija mora nositi glas zakona, ali ne po automatizmu. Profesor nas je naučio da kada se sudija nađe pred dualitetom pozitivnog i prirodnog prava, on, pre svega, mora razlikovati pravne situacije, jer ko dobro razlikuje, dobro uči (*qui bene distinguit, bene docet*).

Tako, u velikom broju slučajeva zakon je jasan i pravedan. To je posledica uzornog odnosa prirodnog prava prema pozitivnom koji je više upućen zakonodavcu nego sudiji. U pitanju je, dakle, neposredna primena pravednog i jasnog pozitivnog prava i to je za sudije jednostavna i čista situacija. Međutim, nijedan sistem pozitivnog prava nije savršen, u potpunosti pravedan i postojan. Moguće je da sistem ne reguliše neki odnos ili čitavu oblast društvenog života ili ga nepotpuno reguliše. Tada sudija primenjuje pravilo analogije – suđenje po sličnosti. Ako to nije moguće, onda sudija primenjuje supsidijarno ili neposredno pravila prirodnog prava i to je takozvano suđenje po pravdi ili pravici. Nadalje, kada zakon upućuje na primenu pravičnosti, onda sudija mora voditi računa o pravilima komutativne i distributivne pravde. Ako zakonodavac ne upućuje sud na primenu pravičnosti, a u pitanju je norma pozitivnog prava koja je očigledno nepravedna, onda sud pristupa tumačenju takve norme primenom svih metoda tumačenja, ali tako da mu ciljno tumačenje bude osnovno i da putem tog tumačenja dođe do velikih principa pravednog prava, razume se, ne vređajući pri tome načelo legaliteta. Najzad, ako u konkretnom slučaju sve to nije moguće, jer nema pretpostavki za tumačenje pravne norme u rečenom smislu ili je postupak tumačenja bio takav da se nije moglo otkloniti nepravično rešenje, onda sud primenjuje takvu normu takva kakva je – *dura lex sed lex*.

Prema tome, kada se sud nađe licem u lice sa nepravičnom zakonskom odredbom i kada ne postoji mogućnost primene pomenutih kriterijuma kojima se takva norma privodi načelu pravičnosti, onda, zbog održanja neophodnog načela legaliteta i pravne sigurnosti, sud primenjuje pozitivnopravnu normu. Nepravedna sudska odluka tada je delo nepravednog zakonodavca, a ne nepravednog sudije.¹⁵ Na sreću, ovo nisu tako česti slučajevi. U većini slučajeva sudija uspeva da putem interpretacije zakona dođe do pravde.

¹⁵ Bez ozbira što je bio najglasniji sledbenik prirodnopravnog učenja kod nas, ovakav stav profesora Perovića ukazuje na “razuman i fer” odnos prema pravnom pozitivizmu. Može se čak reći da se profesor zalagao za kritičku demistifikaciju odnosa između pozitivnog i prirodnog prava. Nije se libio da prizna da prirodno pravo nikada i nigde nije bilo postavljeno kao celovit sistem prava, kao što je to slučaj sa pozitivnim pravom. Otuda, nije reč o komparaciji dva pravna sistema, već

III – sudija primenjuje i norme o ljudskim pravima koje proizlaze iz potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih međunarodnih standarda koji su sastavni delovi unutrašnjeg pravnog poretka svake prosvetene zajednice;

– Prema našem ustavnom sistemu, država ispunjava u dobroj veri sve obaveze koje proizlaze iz međunarodnih ugovora u kojima je ona strana ugovornica. Međutim, te ustavne odredbe idu i dalje: međunarodni ugovori koji su potvrđeni i objavljeni u skladu sa Ustavom, kao i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, sastavni su deo unutrašnjeg pravnog poretka.¹⁶ To znači da je sa gledišta posmatranog pitanja, naše pozitivno pravo sastavljeno od: normi izvornog materijalnog prava, normi ratifikovanih i objavljenih međunarodnih ugovora, kao i od opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava, gde potpadaju i pravila koja se odnose na ljudska prava. Mora se primetiti da su prirodnopravna učenja našla svoj pravno-normativni izraz u raznim međunarodnim konvencijama i drugim izvorima prava, najčešće u obliku odgovarajućih kodifikacija ljudskih prava.¹⁷ Njihova ukupnost danas predstavlja maticu savesti, kulturu razuma i vrlinu pravde.¹⁸ Vinovnici smo neke vrste kosmičke vere u proklamovana ljudska prava, ali u mnogo čemu nailazimo i na veliku disproporciju između zajemčenog i ostvarenog nivoa ljudskih prava.¹⁹ Bez obzira na nesporne pokušaje, može se reći da proces implementacije i internacionalizacije ljudskih prava nije do sada doveo do kosmopolitskog prava i njegove pravedne primene shodno načelima komutativne i distributivne pravde.²⁰

IV – sudija je ličnost javnog poverenja;

– Sudije se vršeći svoju sudijsku funkciju, izjašnjavaju o životu i slobodama drugih, o njihovoj imovini i uopšte o svim pravima i obavezama građana. Na taj način sudije učestvuju u upravljanju pravdom. Zato se za sudije moraju birati ličnosti najvećeg javnog poverenja u jednoj zajednici. Više nego drugi, sudija svojom stručnošću, savesnošću i mudrošću primenjuje pravo tako da njegova reč,

se prirodno pravo više shvata kao neka vrsta modela ili uzora koji bi zakonodavac trebalo da ima u vidu prilikom donošenja ili reformisanja postojećeg prava. Upravo takvo shvatanje je dovelo do razvoja koncepta racionalnog (umnog) prirodnog prava.

¹⁶ V. Slobodan Perović, “Legalitet prirodnih prava” (1996. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 158.

¹⁷ V. S. Perović, “Prirodno pravo i stvarnost”, op. cit., 1074.

¹⁸ V. S. Perović, “Prirodno pravo i društveni imperativi”, op. cit., 1059.

¹⁹ V. S. Perović, “Prirodno pravo i dostojanstvo”, op. cit., 943.

²⁰ V. S. Perović, “Prirodno pravo i miroljubive integracije” (2008. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 696.

poput svete reči, ostaje da preživi vreme. Samo takav sudija može da primenjuje napred navedenu teoriju triparticije, koja utvrđuje odnos između pozitivnog i prirodnog prava. Dakle, najpre bi trebalo isključiti arbitrarnost i samovolju u subjektivnom smislu, odnosno obezbediti da sudija postupa bez predrasuda i pristrasnosti u presuđivanju, što je gotovo nemoguće postići ukoliko sudija nije ličnost koja uživa ugled čitave zajednice. Da je ovaj segment sudijske nezavisnosti jako važan svedoče brojni primeri “nezavisnog” sudije u “zavisnom” sistemu i “zavisnog” sudije u “nezavisnom” sistemu. Ovo je posebno značajno ako se ima u vidu da se “politizacija sudstva” u današnje vreme može razviti kroz različite i često vešto prikrivene forme, pa je moralni integritet nosilaca sudijske funkcije od presudnog značaja za doseganje pravde i pravičnosti.

V – sudijska dužnost je zasnovana na visokom stupnju pravničke i opšte kulture, pa sudiji mora biti dostupna mogućnost stalnog usavršavanja;

– Jedna od nužnih konsekvenci prirodnopravnog učenja je i ta da svaki pojedinac poseduje um i sposobnost da ga koristi u cilju vlastite edukacije i napretka. Proces napredovanja ka prosvetljenosti zavisi primarno od samog pojedinca koji je zadužen da radi na sopstvenom rastu i emancipaciji. Značaj stručnog usavršavanja sudija je utoliko važniji usled značaja funkcije koju obavljaju za jedno društvo. Kako je to profesor Perović lepo primetio, sudija mora posedovati stabilnu intelektualnu i stručnu ravnotežu, kao izraz opšte i profesionalne kulture. Ovu postavku takođe možemo posmatrati i kao konsekventnu posledicu stava da primena prava, a posebno od strane sudova, u osnovi počiva na umnosti – zapovesti razuma. To je nemoguće postići bez andragošskog principa permanentnog usavršavanja sudija i budućih sudija. Svaki sudija bi, pored odličnog poznavanja svoje discipline, morao da ima i visoku opštu kulturu i da poseduje znanja iz pravne istorije, sociologije, filozofije prava i etike. Sudijska “*patria potestas*” može biti samo stručnost, savesnost i mudrost.²¹ Prema simplifikovanom shvatanju stvari, stručnost se uči, mudrost stiče godinama, a sa savesnošću se čovek rađa. Pojava specijalizovanih škola, pravosudnih akademija, u velikom broju evropskih zemalja, uključujući i Republiku Srbiju, predstavlja veliki pozitivan korak ka profesionalizaciji i specijalizaciji sudskog kadra, jer stručna osposobljenost sudija, podjednako kao i njihov moralni dignitet, predstavlja snažnu branu od upliva nedozvoljenog uticaja politike na rad pravosuđa.

VI – sudija kao i drugi građanin, uživa opštu slobodu mišljenja, govora, izražavanja uverenja, profesionalnog udruživanja, okupljanja i kretanja, ali svagda tako da čuva dostojanstvo svog poziva i nepristrasnost i nezavisnost sudstva;

²¹ V. S. Perović, “Između čulnosti i umnosti prava”, op. cit., 137.

– Sudija ne sme biti sputan da iznese svoje mišljenje i stav, ali u svemu što govori, radi i ponaša se dužan je da ima u svesti poziv koji obavlja, te svojim javnim delanjem mora da sačuva dostojanstvo poziva i nepristrasnost i nezavisnost sudstva u celini. Ovo je poseban aspekt takozvane bihevioralne nezavisnosti sudija u ponašanju i postupanju. Kada je reč o vansudskim javnim aktivnostima koji se odnose na izražavanje uverenja, udruživanja, članstva u određenim stručnim asocijacijama i slično, treba reći da sudije uživaju ova prava kao i drugi građani, ali sa jednim kategoričnim ograničenjem: moraju se uvek ponašati tako da čuvaju dostojanstvo svog poziva i nepristrasnost i nezavisnost sudstva.²² Sudije ne mogu vršiti vansudske aktivnosti kojima se kompromituje njihova sudska nezavisnost.

VII – vršenje sudijske dužnosti ne sme biti predmet nedostojnih uticaja, podsticanja, pritisaka, pretnji ili intervencija, direktnih ili indirektnih, od strane bilo koga i iz bilo kojih razloga;

– Da bi sudija to mogao biti, neophodno je sprovesti princip nezavisnosti sudstva i sudija, i to ne samo deklarativno, već suštinski i stvarno. Sudija u vršenju sudijske funkcije ne sme biti predmet nedostojnih uticaja, podsticanja, pritisaka, pretnji ili intervencija, direktnih ili indirektnih. Ovaj aspekt nezavisnosti sudije imanentan je atribut njegove funkcije. Nikakvi drugi uticaji ne mogu imati bilo kakvo dejstvo, bez obzira od koga dolaze i iz kojih razloga. Sudija koji bi primenjivao posebne naloge nosilaca drugih grana vlasti postao bi običan činovnik, koji nije u mogućnosti da svojom odlukom zadovolji naloge prava i pravde.

VIII – svako je dužan da, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i morala, poštuje nezavisnost sudije i da se uzdrži od svakog akta nedostojnog uticaja. Svako lice koje svojim aktom nedostojnog uticaja ugrozi ili naruši nezavisnost sudije, kazniće se po zakonu;

– Ovo načelo u tesnoj je vezi sa prethodnim načelima i pretpostavlja razvoj svesti kod građana o potrebi da poštuju nezavisnost sudstva i uzdrže se od svakog nedostojnog uticaja na sud, pod pretnjom primene kazne. Ciljevi sudske nezavisnosti mogu se ostvariti samo uz opštu dužnost svih da poštuju nezavisnost sudova i sudija.

IX – država garantuje nezavisnost sudije doslednom primenom ustavnog načela vladavine prava i načela podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudska, po kome sudska vlast pripada sudovima;

– Odgovornost je pre svega političkih grana vlasti (zakonodavne i izvršne) da stvore društveni ambijent (klimu) u kome će sudstvo nezavisno delovati. Dok se za prve dve koristi izraz vlast (*pouvoir*), za sudstvo se sve češće koristi

²² V. S. Perović, “Moralna triparticija i prirodno pravo”, op. cit., 207.

izraz autoritet (*autorite judiciaire*), čime se posebno želi apostrofirati da je sudska vlast nastala i deluje *per se*, odnosno da ne postoji balans i ravnoteža između sudske i političkih grana vlasti, te da sudstvo ne zavisi od moći i uticaja politike. Nezavisnost sudija dobrim delom zavisi i od načina njihovog izbora. U uporednim ustavnopravnim sistemima ne postoje univerzalne formule o bilo kom segmentu organizacije i funkcionisanja sudske vlasti. Međutim, postoje tzv. minimalna pravila koja čine srž vladavine prava i koja obezbeđuju nezavisnost sudstva *in abstracto*. Prema stavu profesora Perovića najbolji je onaj način koji obezbeđuje izbor sudije po kriterijumu stručnosti, savesti i mudrosti.

X – sudija ne može biti pozvan na odgovornost za mišljenje ili za glas koji je dao u vršenju sudijske dužnosti. Imunitet sudije uređuje se zakonom;

– Sledeću garantiju sudijske nezavisnosti predstavlja sudijski imunitet koji u zakonskim okvirima obezbeđuje polje slobodnog sudijskog delovanja. Imunitet, pre svega, podrazumeva princip po kome je sudija slobodan da iznese svoje mišljenje o svim pokrenutim pitanjima o kojima odlučuje i da to mišljenje slobodno brani u slučaju većanja i glasanja kada se sudi u veću.²³ S druge strane, imunitet sudija znači i to da sudija u određenoj meri mora biti zaštićen u eventualnom krivičnom postupku koji se protiv njega vodi zbog krivičnog dela učinjenog u vršenju sudijske dužnosti, na taj način što ne može biti pritvoren bez odobrenja nadležnog organa. Takođe, kada je reč o naknadi štete koju sudija pričini nezakonitim i nepravilnim radom u vršenju sudijske funkcije, važi pravilo po kome za takvu štetu oštećenim licima odgovara država, s tim što država ima pravo da od sudije traži naknadu isplaćenog iznosa, samo ako je on štetu prouzrokovao namerno ili krajnjom nepažnjom.

XI – sudija ne može vršiti vansudske poslovne aktivnosti kojima se kompromituje njegova sudska nezavisnost ili dostojanstvo;

– Suštinski, isti princip koji važi i za javne aktivnosti sudija, vazi i kada su u pitanju “privatni” akti odnosno vansudske aktivnosti sudija. Sudije se moraju uzdržavati od vršenja bilo kakve poslovne aktivnosti preduzetništva ili službe koja bi mogla narušiti ili dovesti u sumnju visoke principe sudijske vokacije i njene nezavisnosti. Pružanje pravne pomoći izvan okvira sudijske funkcije, odnosno davanje pravnog saveta uz naknadu, bio bi primer nedozvoljene sudijske privatne aktivnosti.

XII – sudija se mora izuzeti da postupa po određenom predmetu u slučaju da postoje takvi razlozi koji dovode u pitanje njegovu nepristrasnost, kao i kada

²³ *Ibidem*, 208.

može doći do sukoba interesa koji je nespojiv sa vršenjem sudijske funkcije i nezavisnosti sudije.

– Izuzeće sudija je ustanova kojom se utvrđuje određeni krug sudija koji je načelno (na opštem nivou) isključen u odnosu na mogućnost da obavlja sudijsku funkciju u konkretnom slučaju. Drugim rečima, sudija ima konkretnu sposobnost da sudi u određenom predmetu samo ako nije obuhvaćen ustanovom izuzeća, koja omogućava da se iz postupka ukloni sudija koji zbog određene veze sa predmetom postupka ili strankama izaziva sumnju u svoju nepristrasnost. Osnovni cilj sa kojim je ustanova izuzeća uvedena u pravne procedure je upravo obezbeđenje formalnih pretpostavki nepristrasnosti sudskog odlučivanja.

Sudijska nezavisnost se izražava i atributima sudijskog statusa koji zajedno sa napred navedenim “zakonima” čine kompletnu sliku nezavisnosti sudske grane vlasti. Prema profesoru Peroviću, naročito se izdvajaju dva svojstva sudijskog statusa: stalnost sudijske funkcije i nepremestivost sudija, pri čemu ovaj drugi status profesor Perović imenuje kao nepokretnost sudijske funkcije. Stalnost sudijske funkcije podrazumeva pravilo po kome sudija ne može biti lišen svoga zvanja i položaja, ničijom voljom ili samovoljom, osim svojevolljno, kao i iz utvrđenih razloga prestanka sudijske funkcije. Nepremestivost sudije znači da sudija ne može biti premešten u drugi sud protiv svoje volje. Postoji i čitav niz drugih mera kojima se garantuje (jemči) opšta, pa ujedno i statusna nezavisnost sudija. Te garancije su brojne, počev od materijalnog položaja sudija koji mora da bude u skladu sa dostojanstvom sudijske funkcije i sudijskom odgovornošću, pa preko niza drugih mera koje se tiču unutrašnje organizacije rada u sudu, a posebno u pogledu raspoređivanja predmeta (takozvano pravo na prirodnog sudiju).

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu do sada ostvarene rezultate Kopaoničke škole prirodnog prava o kojima je bilo reči, zaključak se sam nameće: Škola je za više od tri decenije svog dosadašnjeg trajanja, doslednim zalaganjem za racionalno prirodno pravo, u velikoj meri afirmisala nečelo sudijske nezavisnosti. Princip nezavisnosti sudije, koji treba da bude “živi glas pravednog zakona”, predstavlja demarkacionu liniju koja deli raskošno polje prava od pustinje neprava. Dosezanje do pravednog prava u sistemu trojne podele vlasti, pre svega, zavisi od sudske grane vlasti, a ponajviše od stručnosti i umnosti sudija koji o pravu odlučuju. Čini se da je osnovni zadatak sudije da “pronade pravu meru stvari”, odnosno da permanentnim dovođenjem u vezu prava i pravde obezbedi suđenje koje će biti pravično, zakonito i

jednako. U afirmaciji načela nezavisnosti sudova i sudija, kao zvezda vodilja, posebno se izdvojila prosvetiteljska besednička misao profesora dr Slobodana Perovića. Svojom čistom i sjajnom biografijom, dugim stvaralačkim životom, odvažnim javnim delovanjem i doslednim poštovanjem moralnih vrednosti koje je proklamovao, profesor je postao uzor i podsticaj mladim pravnicima, pobornicima znanja i odazvanicima filozofije prava i filozofije pravde kao stožerne čovekove vrline. Zato se celokupan rad uvaženog profesora Perovića može uzeti kao potvrda stava da su najbolji pravници oni koji ne ostanu samo učeureni u dogmatsku jurisprudenciju, već koji uspeju da svoje znanje nadograde, te da pronicljivim kritičkim duhom iznova i iznova preispituju postojeća rešenja pozitivnog prava. Ovo posebno važi za sudije, koje bi morale biti čuvari istinskog i pravednog prava, a ne puki izvršioци prostog legaliteta.

SVETLANA S. MIJOVIĆ

Ph.D. candidate, Faculty of Law, Univeristy of Belgrade
Judge, The First Basic Court of Belgrade

THE IMPORTANCE OF THE KOPAONIK SCHOOL OF NATURAL LAW,
AND ESPECIALLY ITS FOUNDER PROF. DR. SLOBODAN PEROVIĆ
TO THE AFFIRMATION OF THE PRINCIPLES OF JUDICIAL INDEPENDENCE

Summary

The role and the position of courts in the system of three part division of power, was the subject of great attention of the Kopaonik school of Natural Law, especially its founder Dr. Slobodan Perović. In his "Orations from Kopaonik", the professor often emphasized the importance of the principle of courts' and judges' independence in the contemporary legal systems, considering it within the framework of other teachings of Natural Law. One of the most significant contributions of Kopaonik school is the formulation of the Law XII tables of Judicial Independence. By systematizing various aspects of judiciary's independence, an original contribution has been given to the development of our legal thought. The basic premise of this kind of manifesto, which the professor named as the Law XII tables of Judicial independence both figuratively and associatively, is that the independence of judges is not only an important legal issue but it is a question of a community's general culture. Therefore, the paper represents a collage of parts of collected orations written by the professor and academician Slobodan Perović, at the core of which is the issue of independent judging, with the modest task of the author to mark the basic ideological threads and presents some of his thoughts on the subject.

Key words: three-part division of power, judicial power, the principle of judicial independence, Kopaonik School of Natural Law, Slobodan Perović

Literatura

- Perović S., “Vratimo se školi prirodnog prava” (1992. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Heksagon prirodnog prava” (1994. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Između čulnosti i umnosti prava” (1995. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Legalitet prirodnih prava” (1996. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Moralna triparticija i prirodno pravo” (1997. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Prirodno pravo i univerzalne vrednosti” (2005. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Prirodno pravo i miroljubive integracije” (2008. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Prirodno pravo i moral” (2012. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Prirodno pravo i dostojanstvo” (2013. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja” (2014. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Prirodno pravo i društveni imperativi” (2016. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Perović S., “Prirodno pravo i stvarnost” (2017. godina), *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.

SADRŽAJ

RADOVI ZA NAGRADU
“PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ”

Evolucija prava na moreuzu između Scile provincijalizma i Haribde pravne nesigurnosti The evolution of law in the strait between the Scylla of provincialism and the Charybdis of legal uncertainty – <i>Andreja Mihailović</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd	7
The EU credit reporting industry: the need for a uniform regulatory approach Kreditni izveštaji EU: potreba za uniformnim regulatornim pristupom – <i>Luigi Buonanno</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Bocconi, Milano, Italija	25
Unifikacija prava: pitanje odgovornosti prodavca za sumnju u nedostatke robe prema pravilima Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji i pravu Evropske unije Unification of law: the seller’s liability in case of suspicion of a defect under the rules of the Vienna convention and EU law – <i>Pavle Novevski</i> , student master studija evropskih integracija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	55
Krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom Criminal act of abuse in the process of public procurement – <i>Ivana Radisavljević</i> , saradnik u nastavi i doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	77
Doprinos javnog tužilaštva unifikaciji prava Contribution of the public prosecutor’s office to the unification of law – <i>Gordana Krstić</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	95
Građanskopravni pojam imovine Patrimony in civil law – <i>Aleksa Škundrić</i> , student master akademskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	115
	211

Pitanje punovažnosti jednostranih arbitražnih klauzula i njihov pravni tretman u praksi The issue of the validity of the unilateral arbitration clauses and their legal treatment in practice	
– <i>Jovana Đorđević</i> , student master studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	131
Informisanje i konsultovanje zaposlenih – pravo zaposlenih ili dužnost poslodavca Information and consultation of employees – employees’ right or an employer’s duty	
– <i>Tijana Kovačević</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	151
Towards an EU-wide collective redress model: an opportunity for strengthening Eastern Europe countries’ access to justice Put ka EU modelu kolektivne pravne zaštite: prilika za jačanje pristupa pravdi u zemaljama Istočne Evrope	
– <i>Andrea Piletta Massaro</i> , istraživač, Univerzitet u Torinu	173
Značaj Kopaoničke škole prirodnog prava, a posebno njenog osnivača profesora dr Slobodana Perovića, za afirmaciju načela sudijske nezavisnosti The importance of the Kopaonik School of Natural Law, and especially its founder Prof. Dr. Slobodan Perović to the affirmation of the principles of judicial independence	
– <i>Svetlana S. Mijović</i> , sudija Prvog osnovnog suda u Beogradu, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	195

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

**КОПАОНИЧКА школа природног права Слободан Перовић (33 ; 2020 ;
Београд)**

Unifikacija prava i pravna sigurnost : zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović : međunarodna naučna konferencija, Beograd, 23. decembar 2020. Tom 4 = Unification of law and legal certainty : collection of papers from the 33rd Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović : international scientific conference, Belgrade, december 23, 2020. Vol. 4 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2020 (Novi Sad : Futura). - 212 str. ; 24 cm

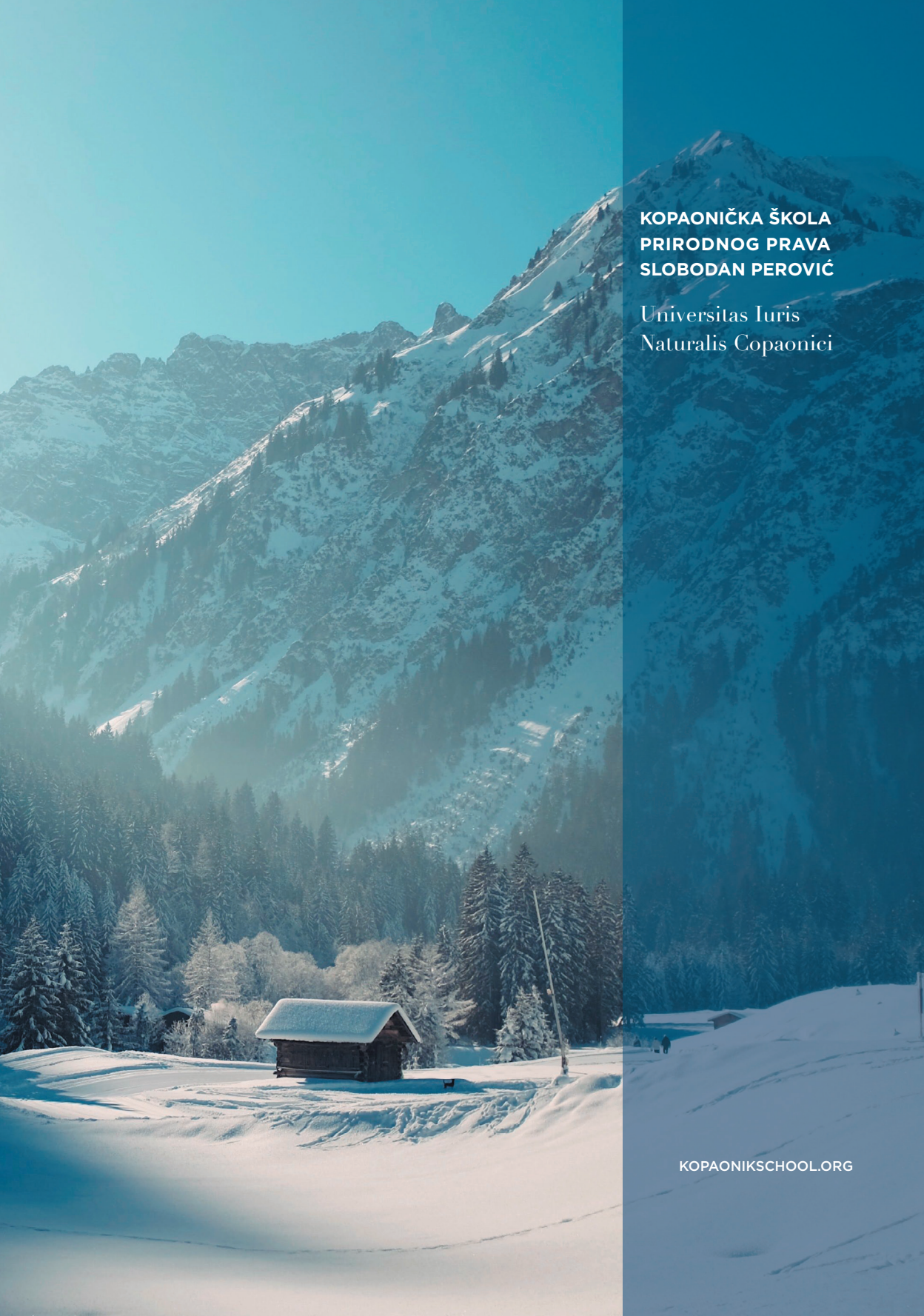
Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 300. - Str. 3-4: Radovi za nagradu "Profesor Slobodan Perović" / Jelena S. Perović Vujačić. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries.

ISBN 978-86-81956-01-4

ISBN 978-86-903009-7-6 (za izdavačku celinu)

a) Право -- Зборници

COBISS.SR-ID 28133897



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

KOPAONIKSCHOOL.ORG