
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNIK RADOVA PRAVNOG
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 76 | GODINA LVI | 2017

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

Nº 76 | YEAR LVI | 2017

NIŠ, 2017.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2017.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Saša Knežević, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

Urednici broja

Prof. dr Saša Knežević
Prof. dr Maja Nastić

Članovi Redakcionog odbora iz zemlje

Prof. dr Dragan Nikolić Prof.
dr Nevena Petrušić Prof. dr
Miroslav Lazić
Prof. dr Marina Dimitrijević
Prof. dr Nebojša Raičević Doc. dr
Dušica Miladinović Stefanović

Članovi Redakcionog odbora iz inostranstva

Prof. dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg
Austrija
Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, dekan
Pravnog fakulteta Finansijskog univerziteta Vlade
Ruske federacije
Prof. dr Sašo Georgijevski, profesor Pravnog
fakulteta Justinijan Prvi, Skoplje, Makedonija
Grucina Людмила Югъевна, doktor pravnih nauka,
Katedra građanskog prava Finansijskog univerziteta
Vlade Ruske federacije
Prof. dr Anatolij Kapustin, profesor
Finansijskog univerziteta Vlade Ruske
federacije
Prof. dr Isabel S. Marcus, profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Bafaloa, Bafalo, SAD Selivon Nikolaj
Fedosovič, akademik, predsednik Međunarodnog
trgovinskog arbitražnog suda pri Privredno-
industrijskoj komori Ukrajine
Prof. dr Šagieva Rozalina Vasil'evna, prorektor
Akademije advokature i notarijata Ruske federacije

Sekretar Redakcionog odbora: Doc. dr Miloš Prica

Prevodi: Gordana Ignjatović (engleski) **Lektura:**
Aleksandra Gojković

Tehnički urednik: Nenad Milošević

Štampa: Medinvest Niš, **Tiraž:** 100

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

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2017

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Saša Knežević, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Issue Editorial Prof.

dr Saša Knežević Prof.

dr Maja Nastić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Editorial Board Members (Faculty of Law):

Prof. dr Dragan Nikolić

Prof. dr Nevena Petrušić

Prof. dr Miroslav Lazić

Prof. dr Marina Dimitrijević

Prof. dr Nebojša Raičević

Doc. dr Dušica Miladinović

Stefanović

Editorial Board Members (international):

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria

Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus",

Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia

Prof. dr Grucina Lyudmila Yur'evna, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Anatolij Kapustin, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA

Selivon Nikolaj Fedosovich, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine

Prof. dr Shagieva Rozalina Vasil'evna, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board: Miloš Prica, LL.D.

Translation: Gordana Ignjatović (English)

Proofreading: Aleksandra Gojković

Desktop publishing: Nenad Milošević

Print: Medivest Niš, **Circulation:** 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia Telephone:

+381 18 500 201,

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

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

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

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

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

SADRŽAJ

Uvodna reč.....	XVII
Reč urednika konferencije.....	XX

TEMA BROJA

GLOBALIZACIJA I PRAVO

JAVNOPRAVNA SESIJA

Dr Marijana Pajvančić, Ljudska prava u kontekstu globalizacije.....	1
Dr Dragan Simeunović, Relacije nacionalne države i globalizacije u vremenu velikih migracija.....	17
Dr Irena Pejić, Unificiranje ustava u globalnim razmerama.....	35
Dr Radomir V. Lukić Nacionalno pravo i globalizacija.....	51
Dr Oliver Nikolić, Dr Ana Čović, Ustavno sudstvo na pragu dvadeset prvog veka.....	69
Dr Maja Nastić, Opšte biračko pravo u eri globalizacije: glasanje dijaspore.....	83
Dr Jelena Vučković, Ustavni princip podele vlasti i globalizacija.....	101
Dr Zoran Jovanovski, Upotreba sile protiv nedržavnih aktera na osnovu međunarodnog prava u uslovima globalizacije.....	125
Dr Suzana Medar, Utopijski „preludijum“ sveopšte globalizacije.....	135
Dr Slobodanka Kovačević Perić, Radnopravne posledice krivičnog dela na radu (opravdanost otkaza)	155

Dr Natalija Žunić,
Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije
žena i njena uloga u artikulaciji koncepta
diskriminacije i afirmaciji političkih prava žena.. 169

Dr Vesna Stojanović,
Položaj osoba sa invaliditetom u međunarodnim
dokumentima i domaćem zakonodavstvu.....193

KRIVIČNOPRAVNA SESIJA

Dr Dragan Jovašević,
Savremeno krivično pravo kao izraz globalizacije209

Dr Dušica Miladinović Stefanović,
Istanbulska konvencija i krivičnopravna
zaštita žena od nasilja u Republici Srbiji 231

Mirjana Sredojević,
Krivičnopravna zaštita maloletnog lica
od zapuštanja i zlostavljanja 253

Dr Snežana Brkić,
Mogućnosti i granice amerikanizacije
glavnog pretresa prema ZKP Srbije iz 2011. godine.....271

Dr Mladenka Govedarica,
Pravo na suđenje bez odgađanja..... .287

Dr Saša Knežević,
Dr. Vanda Božić,
Dr Željko Nikač,
Globalni i regionalni aspekt pravnog i institucionalnog
okvira za suzbijanje trgovine ljudima..... 295

Dr Darko Simović,
Dr Biljana Simeunović Patić,
Fizičko kažnjavanje u svetlu prava deteta.....319

Dr Dejan Mirović,
Stalni Međunarodni krivični sud i Srbija341

Dr Miroslav Lazić, Svojinski režim na građevinskom zemljištu i urbana komasacija	353
Dr Mihajlo Cvetković, Globalizacija ugovornog prava: podsticaji, prepreke i neočekivani ishodi**	371
Dr Ivana Simonović, Dužnost međusobnog obaveštavanja i pravne posledice njene povrede.....	389
Dr Stanka Stjepanović, Globalizacija kao uzrok desekularizacije bračnog prava	413
Dr Jelena Vidić-Trninić, Usmeno zaveštanje u pravu Srbije i ostalim savremenim pravima Evrope	421
Dr Đorđe L. Nikolić, Pravna priroda građanskopravne odgovornosti medicinskih poslenika	447
Dr Srđan Radulović, Autonomni koncept odnosa lekara i pacijenta kao produkt drugog talasa globalizacije	467
Milica Vučković, Građanskopravna odgovornost za neželjeni život	479
Dr Anđelija Tasić, Izvođenje dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovinskim stvarima – uticaj međunarodnih i regionalnih dokumenata na nacionalno zakonodavstvo	495
Dr Nataša Stojanović, Ovlašćenja javnih beležnika u uređenju porodičnopravnih odnosa u državama na prostoru bivše SFRJ	511

Dr Sonja Lučić,
Pravo biblioteke da digitalizuje delo koje se nalazi u njenom fondu s ciljem da ga stavi na raspolaganje putem posebnih uređaja..... 537

Dr Aleksandar Đorđević,
Recepcija grčko-rimskog (vizantijskog) privatnog prava u Dušanovom zakonodavstvu 549

TRGOVINSKO-PРАВNA SESIЈA

Dr Aleksandar Ćirić,
Uticaj globalizacije na pravnu regulativu međunarodnih ekonomskih odnosa563

Dr Mileva Anđelković,
Izazovi savremenih poreskih reformi595

Dr Srđan Golubović,
Uticaj globalne finansijske krize na evoluciju uloge centralne banke 611

Dr Marina Dimitrijević,
Reformisanje modela javnog budžetiranja kao globalni trend 625

Dr Aleksandar S. Mojašević, Dr Ljubica Nikolić,
Onlajn sistem rešavanja sporova i elektronska trgovina 641

Dr Marko Dimitrijević,
Monetarni suverenitet u uslovima globalizovanih ekonomskih i finansijskih odnosa659

Dr Svjetlana Ivanović,
Kaznena naknada štete u pravu intelektualne svojine675

Marija Ampovska, LL.D.
INSURANCE POOLS: Followers of classical insurance contracts in the field of nuclear law..... 693

Dr Milica Panić, Pravo potrošača na odustanak od ugovora o prodaji na daljinu putem interneta.....	707
Dr Ivana Rakić, Zajedničko ulaganje (joint venture) kao predmet kontrole u pravu konkurencije EU: primena full-function kriterijuma	731
Mr Đorđe Marilović, Oporezivanje prihoda iz stranih izvora porezom na dohodak u Republici Srpskoj	747
Uputstvo za autore.....	767

CONTENTS

Editor's Introductory Note..... XVIII

Conference Editors Introductory Note..... XX

MAIN TOPIC

GLOBALISATION AND LAW

Public Law Session

Marijana Pajvančić,
Human Rights in the context of Globalization.....1

Dragan Simeunović,
Relations between nation-state and globalization in
times of great migrations.....16

Irena Pejić,
Constitutional Unification on the Global Scale35

Radomir Lukić,
National Law and Globalization51

Oliver Nikolić,
Ana Čović,
Constitutional Judiciary at the outset of the 21st century.....59

Maja Nastić,
Universal Suffrage in the Globalization Era: Diaspora Voting.... 83

Jelena Vučković,
Constitutional Principle of Separation of
Powers and Globalization..... 101

Zoran Jovanovski,
Use of Force against Non-state Actors under the
International Law in the Globalized World..... 125

Suzana Medar,
Utopian Prelude to a General Globalization135

Slobodanka Kovačević Perić,
Labour and Employment Law Implications of a Criminal
Offence at Work: Justification for Dismissal155

Natalija Žunić,
The Convention on the Elimination of All Forms of
Discrimination against Women, and its role in defining the
concept of discrimination and promoting women's political
rights..... 169

Vesna Stojanović,
The Status of Persons with Disabilities in International
Documents and in National Legislation193

Criminal Law Session

Dragan Jovašević,
Contemporary Criminal Law as a Reflection of Globalization 207

Dušica Miladinović-Stefanović,
The Istanbul Convention and Criminal Law Protection of
Women against Violence in the Republic of Serbia..... 229

Mirjana Sredojević,
Criminal Law Protection of Minors from
Neglect and Abuse.....251

Snežana Brkić,
Possibilities and Limitations of Americanization of
Trial Proceedings under the 2011 Serbian Criminal
Procedure Code 269

Mladenka Govedarica,
The Right to be Tried without Undue Delay..... 285

Saša Knežević,
Vanda Božić,
Željko Nikač,
Global and Regional Aspects of Normative and Institutional
Framework for Combating Human Trafficking293

Darko Simović,
Biljana Simeunović Patić,
Corporal Punishment in light of Children's Rights..... 317

Dejan Mirović,
The International Criminal Court and Serbia339

Civil Law Session

Miroslav Lazić,
Ownership on Construction Land and Urban
Comassation in the Republic of Serbia..... 349

Mihajlo Cvetković,
Globalization of Contract Law: Incentives, Obstacles
and Unexpected Outcomes 367

Ivana Simonović,
Duty to inform and legal consequences
of breaching this duty 385

Stanka Stjepanović,
Globalization as a Reason for
Desecularization of Marital Law 409

Jelena Vidić-Trninić,
Oral Testament in Serbian Law and other
Modern European Legislations417

Đorđe L. Nikolić,
Legal Nature of Civil Liability Of Medical Professionals 443

Srđan Radulović,
Autonomy-based Doctor-Patient Relationship as a
Product of the Second Wave of Globalization..... 463

Milica Vučković,
Civil Liability for Wrongful Life475

Andelija Tasić,
Taking of Evidence abroad in Civil and Commercial Matters:
The Influence of International and Regional Documents on
Serbian Legislation491

Nataša Stojanović,
The Notary Public Authorities in Family-law Matters in the
former SFRY countries 507

Sonja Lučić,
The Right of a Library to Digitise a Work from its Collection
in order to make it available via Dedicated Terminals533

Aleksandar Đorđević,
The Reception of Greco-Roman (Byzantine) Private Law in
Tsar Dušan's Legislation..... 545

Trade and Economic Law Session

Aleksandar Ćirić,
The Influence of Globalization on Legal Regulation of
International Economic Relations557

Mileva Anđelković,
Challenges of Contemporary Tax Reforms 589

Srđan Golubović,
The Impact of the Global Financial Crisis on the
Evolving Role of Central Banks..... 605

Marina Dimitrijević,
Reforming the Model of Public Budgeting
as a Global Trend619

Aleksandar S. Mojašević,
Ljubica Nikolić,
Online Dispute Resolution and Eletronic Commerce635

Marko Dimitrijević,
Monetary Sovereignty in Conditions of Globalised
Economic and Financial Relations.....653

Svjetlana Ivanović,
Punitive Damages in Intellectual Property Law..... 669

Marija Ampovska, Zajednički fondovi osiguranja: Sledbenici klasičnog osiguranja u oblasti nuklearnog prava.....	687
Milica Panić, The Consumer's Right to Withdraw from Distance Sales Contracts via the Internet	701
Ivana Rakić, Joint Venture Control under the EU Competition Law: Application of the Full-Function Criteria.....	725
Đorđe Marilović, Foreign Income Taxation by Income Tax in the Republic of Srpska	741
Guidelines for Authors.....	769

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Tema Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu broj 76/2017 posvećena je Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Globalizacija i pravo“ koja je održana 21. i 22. aprila 2017. godine na Pravnom fakultetu u Nišu. U ovoj svesci možete pročitati deo radova izloženih na Međunarodnoj naučnoj konferenciji na srpskom jeziku. Radovi su sistematizovani u četiri celine i prate strukturu Konferencije organizovane po sesijama: Javnopravna, Krivičnopravna, Građanskopravna i Trgovinsko-ekonomska sesija. Radovi ostalih učesnika Konferencije na engleskom jeziku dostupni su u posebnoj monografskoj publikaciji u izdanju Centra za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

U Nišu, decembar, 2017. godine

*Prof. dr Irena Pejić,
glavni i odgovorni urednik*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

This issue of the scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, (No. 76/2017) is a thematic collection of articles from the International Scientific Conference "Globalisation and Law", held at the Law Faculty in Niš on 21st-22nd April 2017. This issue includes the scientific papers which were presented at the Conference in Serbian. The papers are classified into four sections, in compliance with the organizational structure of the Conference thematic sessions: Public Law, Criminal Law, Civil Law, and Trade Law and Economics. The Conference papers presented in English will be published in a separate monograph which will be issued by the Publication Center of the Law Faculty in Niš.

Niš, December 2017

Prof. Irena Pejić, LL.D.
Editor-in-Chief

TEMA BROJA

GLOBALIZACIJA I PRAVO

Reč urednika Konferencije

Međunarodna naučna konferencija "Globalizacija i pravo", održana je na Pravnom fakultetu u Nišu 21-22. aprila 2017. godine. Tema Konferencije je svojom aktuelnošću i mogućnošću sveobuhvatnog pristupa, okupila veliki broj inostranih i domaćih stručnjaka. Globalizacija je posmatrana ne samo kao globalizacija tržišta već kao proces sveukupnog društvenog, kulturnog, ekonomskog, političkog, vojnog i pravnog povezivanja i integrisanja u međunarodnu zajednicu. Autori radova prezentovanih na Konferenciji analizirali su glavne karakteristike globalizacije, njene negativne i pozitivne učinke, ukazujući da ona sa sobom nosi interkativni odnos sa drugim uporednim procesima transformacije svetskog sistema, kao što su dramatičan porast nejednakosti između bogatih i siromašnih zemalja, etnički sukobi, masovne migracije na međunarodnom planu, organizovani zločini na globalnom nivou. Interakcija i povezivanje društvenih odnosa na svetskom nivou zahteva i neku vrstu pravne globalizacije: unifikacije i usaglašavanja pravnih sistema.

Opšti je utisak da je Konferencija postigla visok naučni nivo, što potvrđuje i objavljivanje sedamdeset naučnih radova u dva zbornika: tematski zbornik sa radovima na engleskom jeziku i radovi na srpskom jeziku u okviru Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu. Objavljivanje navedenih zbornika ima za cilj da rezultate istraživanja u česnika Konferencije učine dostupnim naučnoj, stručnoj i široj javnosti, kako bi se podstakla naučna i stručna rasprava o teorijskim i praktičnim problemima koje globalizacija sa sobom nosi.

UREDNICI

Prof. dr Saša Knežević, dekan Fakulteta

Prof. dr Maja Nastić, prodekan za nastavu i naučni rad

Editors-in-Chief Introductory Note

The International Scientific Conference “Globalization and Law” was held at the Faculty of Law, University of Niš on 21st-22nd April 2017. The contemporary nature of the Conference topic and the authors’ comprehensive approach to a wide range of contemporary issues has contributed to gathering a large number of foreign and domestic experts. Globalization has been observed not only as the globalization of the economic market but also as a process of overall social, cultural, economic, political, military and legal cooperation, interconnectedness and integration into the international community. The authors of the presented papers have analyzed the main characteristics of globalization, its negative and positive effects, and its interaction with other comparative processes related to the transformation of the world system, such as: a dramatic increase in inequality between the rich and poor countries, ethnic conflicts, mass migrations at the international level, organized crime on the global scale, etc. The interaction and social cooperation at the global level call for a kind of legal globalization, which is embodied in the unification and harmonization of legal systems.

There is a general impression that the Conference has been highly successful in terms of the attained level of scientific research, which is substantiated by more than 70 scientific papers published in two thematic Collections of Papers of the Law Faculty in Niš: a collection of papers in English and a collection of papers in Serbian. The publication of these collections of papers aims to make the the Conference participants’ research results available to the scientific, professional and general public, for the purpose of encouraging scientific and professional discussion on the theoretical and practical issues underlying the globalization process.

Editors-in-Chief

*Prof Saša Knežević, LL.D.,
Dean of the Faculty of Law, University of Niš*

*Prof. Maja Nastić, LL.D.,
Vice Dean of Studies and Scientific Research,
Faculty of Law, University of Niš*

JAVNOPRAVNA SESIJA



Dr Marijana Pajvančić,*
Redovna profesorka Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu (u penziji)

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776001P

UDK: 342.72/.73
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

LJUDSKA PRAVA U KONTEKSTU GLOBALIZACIJE

Apstrakt: *Ljudska prava čine vrednosti (garantovanje ljudskih prava i njihova zaštita) prihvaćene i na globalnom i na regionalnim nivoima, ali i u nacionalnim okvirima. Ove vrednosti dobijaju univerzalno značenje i povezuju svet, a njihovo pozitiviranje u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima utiče na nacionalna zakonodavstva. Proces globalizacije, njegov sadržaj i tok, kao i uticaj na ustavno garantovanje, sadržaj i zaštitu ljudskih prava u unutrašnjem pravu u središtu je pažnje u ovom prilogu.*

Ključne reči: *konstitucionalizacija ljudskih prava, internacionalizacija ljudskih prava, odnosi globalizacije i nacionalnog pravnog sistema.*

1. Od konstitucionalizacije do internacionalizacije ljudskih prava

Procesu internacionalizacije ljudskih prava prethodio je (gotovo vek i po) proces konstitucionalizacije ljudskih prava, započet Deklaracijom o pravima građana (1789. godine) / Deklaracijom o pravima građanki (1789. godine)¹ i Deklaracijom o nezavisnosti (1776. godine) kao nesumnjivo najvažnijim dokumentima koji prethode donošenju prvih ustava, najpre na tlu Evrope i Severne Amerike, u kojima su sažete ključne vrednosti na kojima počiva moderna ustavna država. Ljudska prava kao temeljne vrednosti koje sve do danas ostaju suštinska odlika konstitucionalizma pozitivirana su u prvim ustavima donetim krajem XVIII i u prvoj polovini

* marijana.pajvancic@gmail.com

1 Olimpija de Guž (1775–1793), francuska novinarka i književnica, osnivačica i aktivistkinja ženskih političkih kružnica između 1789. i 1793. godine.

XIX veka.² Zajednička karakteristika ovih ustava su garancije osnovnih ličnih i političkih prava, ali ne i socijalno-ekonomskih prava.

Nakon toga, proces konstitucionalizacije ljudskih prava proširio se na sve kontinente i tekao je još tokom čitavog veka. Ovaj proces nastavljen je tokom druge polovine XIX veka u Evropi³ i Americi,⁴ ali se proširio i na Aziju⁵, Afriku⁶ i Australiju⁷ gde je samo nekoliko zemalja u tom periodu usvojilo prve ustave. Tokom prve polovine XX veka proces konstitucionalizacije ljudskih prava je intenziviran,⁸ a tokom druge polovine XX veka, posebno nakon raspada kolonijalizma kada su mnoge azijske⁹ i afričke¹⁰ države donele svoje prve ustave, priveden je kraju. Zajednička karakteristika ovih ustava ogleda se u tome što se u najvećem

2 Prvi ustavi na tlu Evrope su ustavi Francuske (1971), Poljske (1971), Švajcarske (1798), Holandije (1798), Španije (1812), Norveške (1814), Portugalije (1822), Belgije (1831), Srbije (1835), Nemačke (1848), Danske (1849), Italije (1861) i dr. Prvi ustavi na tlu Amerike su ustavi SAD (1787), Haitija (1805), Venecuele (1811), Meksika (1812), Čilea (1812), Paragvaja (1813), Perua (1813), Argentine (1819), Kolumbije (1819), Nikaragve (1821), Brazila (1822), Kostarike (1824), Hondurasa (1825), Urugvaja (1830), Ekvadora (1830), Dominikanske Republike (1844), Gvatemale (1847). Na tlu Afrike u ovom periodu svoj ustav donela je samo Liberija (1847).

3 Među evropskim zemljama u tom periodu svoje prve ustave donose Rumunija (1886), Luksemburg (1868), Bugarska (1879) i dr.

4 Na američkom kontinentu svoje prve ustave u ovom periodu donose Panama (1863), Kanada (1867), Salvador (1879); Gvajana (1891).

5 U Aziji u tom periodu svoje prve ustave doneli su Japan (1899) i Turska (1876).

6 U Africi samo je Egipat u tom periodu usvojio svoj ustav (1866).

7 Na tlu Australije prvi ustav usvojen je na Novom Zelandu (1852).

8 U tom periodu prve ustave usvojile su sledeće evropske države: Rusija (1906), Monako (1911), Albanija (1914), Finska (1919), Mađarska (1919), Estonija (1920), Lihtenštajn (1921), Malta (1921), Irska (1922), Letonija (1922), Litvanija (1922) i dr. Na američkom kontinentu svoje prve ustave donela je Kuba (1901). Na tlu Azije svoje prve ustave doneli su: Avganistan (1921), Mongolija (1924), Irak (1925), Liban (1926), Saudijska Arabija (1926), Tajland (1932), Filipini (1935). U Africi prvi ustav donela je Etiopija (1931).

9 Svoje prve ustave donose npr.: Indonezija (1945), Jordan (1946), Vijetnam (1946), Kambodža (1947), Laos (1947), Burma (1947), DR Koreja (1948), Južna Koreja (1948), Nepal (1948), Indija (1950), Pakistan (1956), Malezija (1957), Brunej (1959), Singapur (1959) i dr.

10 Svoje prve ustave donose npr.: Gambija (1954), Sudan (1956), Tunis (1957), Gana (1957), a nakon sticanja nezavisnosti posle 60-ih godina XX veka još i Mali (1960), Nigerija (1960), Obala Slonovače (1960), Čad (1960), Sijera Leone (1961), Gabon (1961), Mauritanija (1961), Maroko (1962), Alžir (1963), Zambija (1968) i dr., a proces usvajanja ustava privodi se kraju devedesetih godina XX veka kada svoje prve ustave donose Benin (1990), Kongo (1991), Džibu ti i Mauricijus (1992), Sejšeli (1993) i Maldivi (1994).

broju ustava pored garantovanja osnovnih ličnih i političkih prava garantuju i osnovna socijalna i ekonomska prava.

Kratak uvid u proces konstitucionalizacije ljudskih prava pokazuje da su ljudska prava i njihovo garantovanje ustavom kao osnovnim i najvišim pravnim aktom političke zajednice i moderne države postepeno prihvaćeni od strane najvećeg broja država. I upravo taj proces konstitucionalizacije ljudskih prava pokazuje da su ljudska prava (najpre osnovna lična i politička prava, a potom i osnovna socijalna i ekonomska prava), kao temeljna vrednost modernih država, postala zajednički imenitelj koji povezuje svet na globalnom nivou i mogli bismo reći da su prvi korak ka globalizaciji.

2. Internacionalizacija ljudskih prava kao univerzalnih vrednosti

Internationalizacija ljudskih prava je proces koji započinje nakon Drugog svetskog rata. Proces univerzalizacije ljudskih prava posebno je bio podstaknut masovnim kršenjem ljudskih prava tokom Drugog svetskog rata koje je pokazalo da se garantovanje i zaštita ljudskih prava ne sme „prepuštiti“ samo državama pojedinačno, budući da su ljudska prava univerzalne vrednosti i da je stoga ove vrednosti potrebno garantovati i zaštititi na globalnom nivou.

Spoznaja da su ljudska prava univerzalne vrednosti koje pripadaju svakom ljudskom biću, kao i da su ove vrednosti jednako značajne ne samo za svaku individu u već i za čovečanstvo u celini, rezultirala je započinjanjem procesa ustanovljavanja standarda ljudskih prava i njihove zaštite u dokumentima koji garantuju ljudska prava, usvojenim u okviru OUN kao međunarodne organizacije koja okuplja najveći broj država u svetu. Dve su grupe izvora: pravni izvori koji uključuju univerzalne i regionalne međunarodne konvencije i koje ustanovljavaju standarde ljudskih prava i politički dokumenti koji utvrđuju pravce razvoja i strategije.

2.1. Univerzalne i regionalne međunarodne konvencije o ljudskim pravima

Proces univerzalizacije ljudskih prava započinje nakon Drugog svetskog rata, usvajanjem opštih međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima pod okriljem organizacije Ujedinjenih nacija, pre svega usvajanjem

Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.¹¹ Potom slede svakako dva najznačajnija dokumenta OUN o ljudskim pravima koji ustanovljavaju standarde garantovanja osnovnih ljudskih prava: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, koji garantuje osnovna lična i politička prava¹², i prateći protokoli uz ovaj dokument koji utvrđuju standarde i procedure praćenja primene ljudskih prava i njihovo poštovanje od strane država koje su ratifikovale ovaj dokument (obaveza izveštavanja o primeni ljudskih prava i upućivanje preporuka nakon razmatranja izveštaja) i ustanovljava telo (Komitet za ljudska prava) koji nadzire poštovanje standarda ljudskih prava i razmatra predstavlke upućene od strane država¹³, i Međunarodni pakt o socijalnim, ekonomskim i kulturnim pravima¹⁴.

Pored garantovanja ljudskih prava, u protokolima koji prate ove dokumente ustanovljavaju se mehanizmi svojevrsnog nadzora i praćenja primene i poštovanja međunarodnih standarda ljudskih prava u državama koje su prihvatile i ratifikovale ove dokumente. Ovi mehanizmi uklju čuju obavezu država da kontinuirano prate ostvarivanje ljudskih prava, što uključuje interni monitoring primene ljudskih prava i obavezu države da periodično izveštava Komitet za ljudska prava o tome, i eksterni monitoring Komiteta za ljudska prava nad ostvarivanjem preuzetih obaveza, koji uključuje pravo Komiteta za ljudska prava da, na osnovu uvida i rasprave o izveštaju koji dostavlja država, upućuje svoje preporuke za unapređenje ostvarivanja ljudskih prava, kao i da pod uslovima i po postupku propisanom međunarodnim dokumentom vodi postupak i rešava o predstavkama protiv država koje su mu neposredno upućene.

11 Usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 A (III) od 10. XII 1948. godine.

12 Usvojen i otvoren za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200 A (X XI) od 16. XII 1966. godine. Stupio na snagu 23. III 1976. godine, ratifikovan *Službeni list SFRJ – međunarodni ugovori*, br. 7/1971.

13 Fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen i otvoren za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje usvojen rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200 A (X XI) od 16. XII 1966. godine, stupio na snagu 23. III 1976. godine; Drugi fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija br. 44/128 od 15. XII 1989, stupio na snagu 14. VII 1990.

14 Usvojen i otvoren za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200 A (X XI) od 16. XII 1966. godine. Stupio na snagu 3. I 1976. godine. Ratifikovan *Službeni list SFRJ – međunarodni ugovori* br. 7/1971.

U međunarodnim konvencijama¹⁵ ili pratećim protokolima uz konvencije koje regulišu posebna prava ili se odnose na posebne subjekte i njihova prava¹⁶ ovakve nadležnosti imaju i specijalizovane (pod)komitete OUN.

Drugi korak su posebni (specijalizovani) dokumenti u kojima se postepeno izgrađuju i bliže operacionalizuju standardi ljudskih prava s obzirom na konkretne okolnosti (prilike) koje su izazvale usvajanje međunarodnog dokumenta; s obzirom na pojedina, posebno značajna osnovna ljudska prava; s obzirom na posebno ranjive subjekte i mogućnosti da i praktično realizuju opštegarantovana ljudska prava kao i garantovanje posebnih prava ovim subjektima.

Okolnosti koje su povod za usvajanje međunarodnih dokumenata vezanih za ljudska prava su različite. Tako su npr. tragična iskustva Drugog svetskog rata bila podsticaj za usvajanje Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida¹⁷, Međunarodna konvencija o statusu izbeglica¹⁸ i dr.

Među posebnim dokumentima izdvajaju se oni dokumenti čija je specifičnost da se fokusiraju samo na neka, posebno značajna osnovna ljudska prava koja su po svojoj prirodi primarna pretpostavka za ostvarivanje svih drugih ljudskih prava. Stoga se ova prava i standardi koje uključuje sadržaj ovih prava regulišu posebnim međunarodnim dokumentima. To je, na primer, pravo na dostojanstvo i elementarnu zaštitu psihičkog i fizičkog integriteta ličnosti (npr. odnosi Konvencija protiv mučenja i drugih svirepih, nečovečnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka),¹⁹ sloboda odlučivanja o sklapanju braka (npr. Konvencija o pristanku na

15 Npr. Konvencijom o pravima deteta II deo čl. 43 – 46 ustanovljen je Komitet za prava deteta.

16 Npr. protokolom 25 uz Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena ustanovljen je Komitet za eliminisanje diskriminacije žena.

17 Usvojena i otvorena za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 260 A (III) od 9. decembra 1948. godine. Stupila na snagu 12. I 1951. godine. Ratifikovana *Službeni vesnik prezidijuma Narodne skupštine FNRJ* br. 2/1950.

18 Konvencija o statusu izbeglica sa Završnim aktom Konferencije opunomoćenika Ujedinjenih nacija o statusu u izbeglica i lica bez državljanstva (apatrida), sa priložima, Ženeva 28. VI 1951. godine. Konferencija opunomoćenika sazvana je rezolucijom 429 (V) Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 14. XII 1950. godine, kako bi se završila redakcija i potpisala Konvencija o statusu izbeglica. Stupila na snagu 22. IV 1954. godine, ratifikovana *Službeni list FNRJ – međunarodni ugovori* br. 7/1960.

19 Usvojena i otvorena za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih br 39/46 od 10. XII 1984. godine, ratifikovana, *Službeni list SRJ* br. 9/1991.

brak, minimalnoj starosti za sklapanje braka i registrovanju braka²⁰) ili pak prava novije generacije kao što su na primer pravo na zdravu životnu sredinu (npr. Konvencija o pristupu informacijama o životnoj sredini, u češću javnosti u donošenju odluka i pristupu pravdi),²¹ očuvanje i zaštita prirodnih resursa (vode, vazduha, tla i dr.), biljnog i životinjskog sveta koji su danas regulisani velikim brojem međunarodnih dokumenata.²²

Činjenica da svi subjekti kojima se međunarodnim dokumentima garantuju osnovna ljudska prava nemaju jednake mogućnosti da ta prava efektivno i koriste pod jednakim uslovima kao i svi drugi, naročito kada se radi o posebno ranjivim grupama ili izrazito nejednakom društvenom položaju u kome se one nalaze, podstakla je usvajanje niza međunarodnih dokumenata koji utvrđuju i operacionalizuju standarde vezane za pravo na ravnopravnost bez diskriminacije po bilo kom ličnom svojstvu. Sadržaj ovih međunarodnih dokumenata fokusiran je na ljudska prava određenih (posebno ranjivih) subjekata. Među ovim dokumentima su na primer: Međunarodna konvencija o statusu izbeglica²³ i protokol o statusu izbeglica uz ovu konvenciju²⁴, Međunarodna konvencija o ukidanju

20 Usvojena 1962. godine, ratifikovana *Službeni list SFRJ – međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 13/1964.

21 Konvencija o pristupu informacijama o životnoj sredini, u češću javnosti u donošenju odluka i pristupu pravdi (Arh uska konvencija) 25. VI 1998. godine, ratifikovana *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*, br. 38/09.

22 Npr., Okvirna konvencija o klimatskim promenama, Rio de Žaneiro, stupila na snagu marta 1994. godine. Kjoto protokol uz ovu konvenciju usvojen decembra 1997. godine, stupio na snagu 2005. godine, ratifikovana i Okvirna konvencija i Kjoto protokol *Službeni glasnik RS*, br. 88/2007 i 38/2009; Konvencija o dugotrajnim organskim zagađujućim supstancama (Stok holmska konvencija) usvojena 22. V 2001. godine, stupila na snagu 17. V 2004. godine. Ratifikovana 2009. godine *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 42/09;), Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti, Rio de Žaneiro (5. VI 1992) ratifikovana *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/2001.

23 Konvencija o statusu izbeglica sa Završnim aktom Konferencije opunomoćenika Ujedinjenih nacija o statusu izbeglica i lica bez državljanstva (apatrida), sa priložima, sačinjena je u Ženevi 28. VI 1951. godine. Konferencija je sazvana rezolucijom 429 (V) Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 14. XII 1950. godine, da bi se završila redakcija i potpisala Konvencija. Stupila na snagu 22. VI 1954. godine. Ratifikovana 1960. godine, *Službeni list FNRJ – međunarodni ugovori* br. 7/1960.

24 Stupio na snagu 4. IV 1967. godine.

svih oblika rasne diskriminacije,²⁵ Konvencija o političkim pravima žena²⁶, Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena²⁷ i Fakultativni protokol uz ovu konvenciju,²⁸ Konvencija o pravima deteta,²⁹ Konvencija o zaštiti prava osoba sa invaliditetom.³⁰

Paralelno sa univerzalnim međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima postupno se uspostavljaju regionalni sistemi ljudskih prava koji ustanovljavaju i oblikuju standarde ljudskih prava polazeći od univerzalnih dokumenata o ljudskim pravima ali i od konkretnih prilika na regionalnom nivou. Regionalni sistemi ljudskih prava prate osnovni pravac u pogledu sadržaja garancija ljudskih prava i dinamiku procesa koji se odvija u okviru univerzalnog sistema ljudskih prava.

U okviru Saveta Evrope najpre se usvajaju opšti dokumenti koji garantuju osnovna ljudska prava (Evropska konvencija za zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda i prateći protokoli uz ovu konvenciju³¹ i Revidirana Evropska socijalna povelja)³² ili štite samo pojedina posebno važna osnovna ljudska prava (npr. Konvencija o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja i prateći protokoli uz

25 Usvojena i otvorena za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2106 A (X X) od 21. XII 1965. godine. Stupila na snagu 4. I 1969. godine, ratifikovana *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* br. 6/1971. godine.

26 Usvojena i otvorena za potpisivanje 31. III 1953. Ratifikovana *Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori* br. 7/1954. godine.

27 Usvojena i otvorena za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 34/180 od 18. XII 1979. godine. Stupila na snagu 3. IX 1981. godine, ratifikovana, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* br. 11/1981.

28 Usvojen i otvoren za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 54/4, aneks, stupio na snagu 22. XII 2000. godine.

29 Usvojena i otvorena za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 44/25 od 20. XI 1989. godine. Stupila na snagu 2. IX 1990. godine, ratifikovana *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/1990. godine i *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97.

30 Usvojena i otvorena za potpisivanje i ratifikovanje ili pristupanje rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija na 61. zasedanju, 13. XII 2006. godine, ratifikovana *Službeni glasnik RS*, br. 42/2009.

31 Usvojena u Rimu, 4. XI 1950. godine, stupila na snagu 3. IX 1953. godine, ratifikovana *Službeni list SCG – međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 12/2010.

32 Ratifikovana *Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori*, br. 42/2009.

konvenciju,³³ Konvencija o borbi protiv trgovine ljudima,³⁴ Evropska konvencija o ekstradiciji³⁵ i dr.)

Evoluciju garantovanja i zaštite ljudskih prava na regionalnom nivou karakteriše usvajanje konvencija koje garantuju i posebno štite prava određenih subjekata: dece (Evropska konvencija o vršenju dečijih prava,³⁶ Konvencija o zaštiti dece od seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja³⁷ i dr.); pripadnika nacionalnih manjina (Evropska povelja o regionalnim ili manjinskim jezicima,³⁸ Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina³⁹ i dr.); žena (Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici⁴⁰).

Garantovanje ljudskih prava novije generacije, među kojima su biomedicina i genetske tehnologije (npr. Konvencija o ljudskim pravima u biomedicini⁴¹); održivi razvoj (npr. Konvencija o saradnji za zaštitu i održivo korišćenje reke Dunav⁴²), zaštita prirodnih resursa (npr. Evropska konvencija o predelu,⁴³ Konvencija o očuvanju evropske divlje flore i faune i prirodnih staništa,⁴⁴ Konvencija o prekograničnom zagađivanju vazduha na velike daljine i o dugoričnom finansiranju Programa saradnje za praćenje i procenu prekograničnog prenosa

33 Usvojena u Strazburu 26. XI 1987. godine, izmenjena i dopunjena Protokolom 1 i Protokolom 2, 4. 11. 1993. godine, ratifikovana *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003.

34 Usvojena 16. V 2005. godine u Varšavi, ratifikovana *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 19/2009.

35 Usvojena 13. XII 1957. godine Parizu i protokoli uz konvenciju, ratifikovana *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 10/2001.

36 Usvojena u Strazburu 25. I 1996. godine i otvorena za potpisivanje.

37 Usvojena 20. X 2007. godine i otvorena za potpisivanje.

38 Usvojena u Strazburu 5. XI 1992. godine, ratifikovana 2005. godine, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 18/2005.

39 Usvojena u Strazburu 10. XI 1994. godine, ratifikovana 1998. godine *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/98.

40 Usvojena u Istanbulu 11. V 2011. godine, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 12/2013.

41 Usvojena u Oviedu 4. 04. 1997, ratifikovana 2010. godine *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

42 Usvojena u Sofiji, 29. VI 1994. godine, stupila je na snagu oktobra 1998. godine, ratifikovana 30. 01. 2003. *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/2003.

43 Usvojena u Firenci 20. X 2000. godine. Ratifikovana 2011. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 4/2011.

44 Ratifikovana 2007. godine, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 102/2007.

zagađujućih materija u vazduhu na velike daljine u Evropi⁴⁵ i dr.) odlikuje i regionalne međunarodne dokumente o ljudskim pravima.

U okviru regionalnog, u prvom redu evropskog, sistema ljudskih prava novum su međunarodni dokumenti koji ustanovljavaju određene standarde ljudskih prava koja se ostvaruju u javnom životu, ali regulišu i osnovne institucionalne aranžmane (organizacija javnih vlasti), kao i način ostvarivanja ovih prava u političkom životu zajednice (npr. Evropska povelja o lokalnoj samoupravi,⁴⁶ Evropska povelja o rodnoj ravnopravnosti na lokalnom nivou⁴⁷).

3. Strategije - programski i usmeravajući dokumenti

Pored univerzalnih i regionalnih međunarodnih konvencija o ljudskim pravima u kojima se oblikuju i na međunarodnom planu pozitiviraju i jemče standardi ljudskih prava, ustanovljavaju instrumenti za praćenje primene i poštovanja ovih standarda od strane država članica kao i zaštita ljudskih prava pred međunarodnim institucijama, uključujući i zaštitu pred međunarodnim sudovima, primetno je da, već krajem XX veka, na međunarodnom planu započinje i proces usvajanja strateških planskih dokumenata koji definišu ciljeve i pravce aktivnosti (politike) i načine delovanja kako bi se ostvarili ciljevi postavljeni u strateškim dokumentima. To govori da se na međunarodnom planu (na globalnom i regionalnom nivou), a na osnovu uvida u stanje ljudskih prava u određenim oblastima, planski i na organizovan način deluje na realizaciji utvrđenih politika u tim oblastima ljudskih prava.

Sadržaj strateških dokumenata koji utvrđuju ciljeve politika, aktivnosti koje je potrebno preduzeti da bi se realizovali postavljeni ciljevi i nosioce tih aktivnosti pokazuje da su oni fokusirani na elementarna ljudska prava.

Brojni međunarodni strateški dokumenti odnose se na pravo na zdravu životnu sredinu i njeno očuvanje „radi interesa samog čovečanstva“⁴⁸,

45 Ratifikovana 1987. godine, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/87.

46 Usvojena u Strazburu 1985. godine, ratifikovana *Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori*, br. 70/2007.

47 <http://www.skgo.org/publications/download/311>

48 Ubrzo nakon usvajanja dokumenta (1983. godine) OUN formira Komisiju za životnu sredinu i razvoj na čijem je čelu bio premijer Norveške Gro Harlem Brundtland po kome je komisija nazvana „Brundtlandova komisija“. Komisija je prvi izveštaj pod nazivom „Zajednička budućnost“ podnela 1987. godine. U izveštaju je prvi put upotrebljen izraz održivi razvoj koji je definisan kao „razvoj u pravcu zadovoljavanja

kako se naglašava u svetskoj strategiji očuvanja prirode.⁴⁹ Zdrava životna sredina i njeno očuvanje kao razvojnog resursa su okosnica strategije održivog razvoja čije principe, ciljeve, aktivnosti koje je potrebno preduzeti i aktere određuje više strateških dokumenata (npr. Deklaracija o životnoj sredini i razvoju⁵⁰; Akcioni plan održivog razvoja za 21. vek⁵¹; dokumenti „Rio+5“⁵², „Rio+10“⁵³ i „Rio +20“⁵⁴ i dr.).

To su nadalje i globalne strategije koje utvrđuju najvažnije ciljeve razvoja, identifikuju najvažnije prepreke koje stoje na putu ostvarivanja tih ciljeva i markiraju oblasti i resurse značajne za njihovo ostvarivanje (npr. Milenijumska deklaracija⁵⁵ i Milenijumski ciljevi,⁵⁶ Agenda održivog razvoja UN 2015–2030.⁵⁷ i dr.), ali i strategije koje se odnose na prava specifična po subjektima kojima se garantuju (Pekinška deklaracija i platforma za akciju⁵⁸).

Strateški dokumenti usvajaju se i na regionalnom nivou. Njihov sadržaj odnosi se na prava na zdravu životnu sredinu i održivi razvoj (npr.

potreba sadašnjih generacija ne ugrožavajući mogućnost budućim da zadovolje njihove potrebe”. <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>.

49 Usvojena 1980. godine UNCED <http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html>

50 Dokument je usvojen na konferenciji Ujedinjenih nacija, koja je okupila najveći broj učesnika i čija središnja tema značajna za čitavo čovečanstvo je bila održivi razvoj, održana je u Rio de Žaneiru 1992. godine. Poznata je i pod nazivom „Rio deklaracija“.

51 Usvojen 1997. godine. Poznat je pod nazivom „Agenda 21“.

52 Usvojen u Njujorku 1997.

53 Dokument usvojen na samitu u Johannesburgu 2002. godine, poznat je pod nazivom „Rio + 10“. On se oslanja na tekovine Deklaracije o životnoj sredini i razvoju usvojenoj u Rijiju 1992. godine. http://www.johannesburgsummit.org/html/basic_info/unced.html

54 Dokument „Budućnost kakvu želimo“ poznat pod nazivom „Rio+20“, usvojen je 2012. godine. UNCSD <http://www.uncsd2012.org/www.un.org/futurewewant>

55 Milenijumska deklaracija usvojena 2000. godine, postavlja 8 globalnih ciljeva fokusirana je na problem siromaštva posebno na zemlje u razvoju, a koje bi trebalo ostvariti do 2015. godine.

<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>

56 MDGs <http://www.undp.org/content/undp/en/home/mdgoverview.html>

57 Usvojena u Njujorku 2015. godine, predstavlja nastavak Milenijumskih ciljeva 2000–2015. Sadrži 17 razvojnih ciljeva koji obavezuju sve članice UN i ne odnose se samo na zemlje u razvoju. <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>

58 Svakako najvažniji strateški dokument vezan za položaj žena i njihova prava. Usvojena na IV Svetskoj konferenciji o ženama 1995. godine.

http://www.e-jednakost.org.rs/kurs/kurs/download/pekinska_deklaracija.pdf

Evropska strategija održivog razvoja⁵⁹ i Revidirana strategija održivog razvoja⁶⁰), na pojedina, posebno značajna prava (npr. Evropska strategija zapošljavanja,⁶¹ Strategija Evropa 2010–2020.⁶²) ili se odnosi na posebne subjekte prava (npr. Evropska strategija za osobe sa invaliditetom 2010–2020;⁶³ Akcioni plan 2004. za unapređenje ravnopravnosti polova;⁶⁴ Deklaracija i program akcije – demokratizacija, sprečavanje konflikata i izgradnja mira: perspektive i uloga žena;⁶⁵ i dr.)

Ovi strateški dokumenti, kako univerzalni tako i regionalni, neposredno su uticali i utiču na usvajanje sličnih dokumenata u zemljama članicama međunarodnih organizacija. To je uticalo da se na nacionalnom nivou u strateškim dokumentima oblikuju i formulišu pravci politika u različitim domenima ljudskih prava kao i da se načini, dinamika ostvarivanja postavljenih ciljeva i akteri tog procesa bliže odrede u akcionim planovima za sprovođenje strategija.

4. Uticaj međunarodne regulative na unutrašnje pravo

Paralelno sa usvajanjem univerzalnih i regionalnih međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, pratećih protokola koji ustanovljavaju način i instrumente primene međunarodnih standarda ljudskih prava kao i njihovu zaštitu, započeo je i postupno tekao i proces preuzimanja i implementacije međunarodnih standarda ljudskih prava u unutrašnje pravo. Tako internacionalizacija ljudskih prava i standardi ljudskih prava utvrđeni u međunarodnom pravu neposredno utiču na unutrašnje pravo, pre svega na ustavno pravo država koje su članice ovih međunarodnih organizacija.

U savremenoj ustavnosti međunarodno pravo, pod uslovima koje propisuje ustav, postaje deo unutrašnjeg prava. Status međunarodnih izvora

59 <http://ec.europa.eu/environment/eussd/>

60 EU Revidirana strategija održivog razvoja: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st10/st10917.en06.pdf>

61 Usvojena 1997. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=hr>

62 <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=hr>

63 <http://www.noois.rs/medjunarodni-propisi/91-evropska-strategija-za-osobe-sa-invaliditetom-2010-2020>

64 Usvojen u Sofiji 2004. godine. Rešenje ministarskog veća OEBS – br. 14/04.

65 Usvojena na Petoj evropskoj konferenciji ministara o jednakosti između žena i muškaraca (Skopje 22–23 I 2003). Izvor: *Rodna ravnopravnost u međunarodnim dokumentima – Savet Evrope*, knjiga II, Kancelarija za rodnu ravnopravnost Vlade Republike Crne Gore, Podgorica 2005. str. 28–40.

ljudskih prava u pravnom sistemu utvrđuje ustav, bilo opštom normom,⁶⁶ bilo odredbama u kojima se izričito propisuje da ovi izvori prava imaju primat nad nacionalnim zakonodavstvom.⁶⁷

Neki ustavi bliže i eksplicitno utvrđuju uslove pod kojima međunarodna konvencija postaje deo unutrašnjeg prava. Ovi uslovi vezuju se za:

– ratifikaciju međunarodne konvencije⁶⁸ kao propisivanje posebnih uslova čije ispunjavanje se zahteva za ratifikaciju međunarodne konvencije (npr. ocena saglasnosti međunarodne konvencije sa ustavom,⁶⁹ raspisivanje fakultativnog referenduma pre ratifikacije međunarodne konvencije,⁷⁰ kvalifikovanu većinu neophodnu za odluku o ratifikaciji određenih međunarodnih ugovora – ugovori kojima se na međunarodne

66 „Pravni poredak Italije usklađuje se sa opštepriznatim principima međunarodnog prava.“ (čl. 10 Ustava Italije)

67 „Opšte odredbe međunarodnog prava su deo Saveznog zakona. One su nadređene zakonima i iz njih proizlaze prava i dužnosti građana SR Nemačke.“ (čl. 25 Ustava SR Nemačke), Prava čoveka br. 9–10/2004 str. 127 do 182; „Potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni su dio unu trašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva.“ (čl. 9 Ustava Crne Gore)

68 „Ratifikovan međunarodni ugovor, po njegovom objavljivanju ... u Dnevniku Zakona, postaje deo nacionalnog pravnog poretka i neposredno se primenjuje.

Međunarodni ugovor ratifikovan po zakonom izraženoj prethodnoj saglasnosti ima prvenstvo nad zakonom, ako se taj zakon ne može uskladiti sa ugovorom.

Ako to proističe od Republike Poljske ratifikovanog ugovora koji konstituše međunarodnu organizaciju, pravo u tvrđeno njome primenjuje se neposredno, i ima prednost u slu čaju kolizije sa zakonima.“ (čl. 91 Ustava Poljske) Prava čoveka br.

2–3/ 2003.

69 „Ako Ustavni savet kome se obrate Predsednik Republike, prvi ministar ili predsednik jednog od domova, izjavi da neka međunarodna obaveza sadrži odredbu suprotnu Ustavu ovlašćenje za ratifikovanje, odnosno potvrdu može biti dato samo posle izmene Ustava.“ (čl. 54 Ustava Francuske); „1. Zaključivanje nekog međunarodnog ugovora koji sadrži odredbe suprotne Ustavu zahteva prethodnu ustavnu reviziju.

2 Vlada ili bilo koji od domova mogu se obratiti Ustavnom sudu da se izjasni da li ovakva suprotnost postoji ili ne.“ (čl. 95 Ustava Španije) Arhiv za pravne i društvene nauke br. 4/1979. str. 553–602

70 „Pre ratifikacije međunarodnog ugovora (ugovor kojim se prenosi izvršavanje dela suverenih prava na međunarodne organizacije) državni zbor može da raspiše referendum. Predlog je na referendumu prihvaćen ukoliko za njega glasa većina birača, koji su valjano glasali. Državni zbog je vezan za ishod referenduma. Ukoliko je referendum bio izveden, u pogledu zakona o ratifikaciji takvog međunarodnog ugovora nije dopušteno raspisati referendum.“ (čl. 3a, st. 2 Ustava Slovenije)

organizacije prenosi deo suverenih prava ili stupanje u odbranbeni savez sa državama⁷¹ i dr.);

- obavezu objavljivanja međunarodne konvencije u službenom glasilu;⁷²
- princip reciprociteta;⁷³
- neposrednu primenu međunarodnog ugovora i njegovu supremaciju nad nacionalnim zakonodavstvom samo u slučaju kada postoji kolizija nacionalnog zakona sa međunarodnim ugovorom;⁷⁴
- izričito vezivanje primata međunarodnog nad unutrašnjim pravom za ljudska prava i njihovu interpretaciju;⁷⁵
- zaštitu i očuvanje posebnih ustavnih vrednosti koje se u ustavu eksplicitno navode, a koje međunarodna konvencija ne može ugroziti.⁷⁶

71 „Slovenija može međunarodnim ugovorom koji ratifik u je državni zbor 2/3 većinom glasova svih poslanika da prenese izvršavanje dela suverenih prava na međunarodne organizacije koje se zasnivaju na poštovanju ljudskih prava i osnovnih sloboda, demokratije i načela pravne države, kao i da stupi u odbranbeni savez sa državama koje se zasnivaju na poštovanju tih vrednosti.“ (čl. 3a, st. 1 Ustava Slovenije)

72 „1. Punovažno zaklju čeni međunarodni ugovori, pošto budu zvanično objavljeni u Španiji, čine deo unutrašnjeg pravnog poretka. Njihove odredbe mogu biti ukinute, izmenjene ili obustavljene samo na način predviđen samim ugovorima ili saglasno opštim pravilima međunarodnog prava.“ (čl. 96 Ustava Španije); Član 91, stav 1 Ustava Poljske.

73 „Ugovori ili sporazumi koji su na redovan način ratifikovani, odnosno potvrđeni, imaju, od trenu tka svog objavljivanja, veću snagu od zakona, pod uslovom da sporazum, odnosno ugovor, primenjuje i druga strana.“ (čl. 55 Ustava Francuske), Prava čoveka, br. 7--/2003 str. 140–147)

74 Član 91, stav 3 Ustava Poljske.

75 „Norme koje se odnose na osnovna prava i slobode koje Ustav priznaje, tumače saglasno Sveopštoj deklaraciji prava čoveka i međunarodnim ugovorima i konvencijama koje se odnose na ova pitanja, a koje je Španija ratifikovala“. (čl. 10, st. 2 Ustava Španije); „Prava i slobode ostvaruju se na osnovu Ustava i potvrđenih međunarodnih sporazuma“. (čl. 17, st. 1 Ustava Crne Gore)

76 Ustav SR Nemačke ne dopušta da se izmena Ustava do koje bi došlo u slu čaju prihvatanja međunarodne konvencije koja bi nalagala izmenu ustava, ako se ta izmena odnosi na *principe navedene u članu 1 – zaštita ljudskog dostojanstva* „1. Dostojanstvo čoveka je nepovredivo. Obaveza svih državnih institucija je da ga poštuju i štite.

2. Nemački narod se stoga zala že za nepovrediva i neot uđiva ljudska prava kao osnovu svake ljudske zajednice, mir i pravednost u svetu. 3. Osnovna prava koja slede obavezu ju zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, kao neposredno va žeće pravo.“ i članu 20 – *pravo na otpor* „1. SR Nemačka je demokratska i socijalna država. 2. Sva državna vlast polazi od naroda. Nju narod sprovodi izborima i glasanjima, kao i preko posebnih zakonodavnih organa, izvršne vlasti i organa za izricanje presude.

5. Zaključak

Proces integrisanja međunarodnih standarda ljudskih prava kao univerzalnih vrednosti u nacionalni pravni sistem povezuje države sveta. Sadržaj i vrednosti (ljudska prava) koje stoje u osnovi ovog procesa i koje su jezgro povezivanja država su samo nastavak procesa globalizacije ljudskih prava, započetog pre više od dva veka konstitucionalizacijom ljudskih prava, potom njihovom internacionalizacijom i univerzalizacijom, da bi se danas sa globalnog nivoa integrisala u nacionalna zakonodavstva. Postupnost toga procesa, osnovne karakteristike pojedinih etapa u tom procesu, i primere koji to ilustruju želeli smo da prikažemo u ovom prilogu.

3. Zakonodavstvo je vezano Ustavom, a izvršna vlast i sudska vlast za zakon i pravo.

4. Ako druga pomoć nije moguća, svi Nemci imaju pravo na otpor svakome ko pokuša da u čine ustavni poredak SR Nemačke“. (čl. 23 Ustava SR Nemačke), Prava čoveka br. 9-10/2004 str. 127 do 182.

Marijana Pajvančić, LL.D.

Full Professor (retired),

Faculty of Law, University of Novi Sad

HUMAN RIGHTS IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION

Summary

The focal point of the author's attention in this article is the impact of the globalization process on the constitutional guarantees, content and protection of human rights in domestic law. In the light of comparative constitutionality, the article focuses on the following issues:

- 1. International human rights standards (legal sources and their status in national law) and their impact on internal law, particularly on the constitutional guarantees of human rights and their protection.*
- 2. Acceptance and implementation of international human rights standards in domestic law (the constitution and laws).*
- 3. Internal (state) control (on the basis of accepted international obligations) and external control (by international bodies, monitoring the implementation of international human rights standards in domestic law). Special attention is given to reporting on the implementation of international human rights standards and recommendations of international bodies that oversee the implementation of international standards.*
- 4. Protection of human rights in domestic law (by courts and the Constitutional Court) and the international protection of human rights (before international courts), and relations between international law and domestic law.*

Keywords: *globalization, human rights, constitutional guarantees, international standards, internal law.*

Dr Dragan Simeunović,*
Redovni profesor Fakulteta političkih nauka,
Univerzitet u Beogradu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776017S

UDK: 321.011:342.7
UDK: 342.15:314.74

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

RELACIJE NACIONALNE DRŽAVE I GLOBALIZACIJE U VREMENU VELIKIH MIGRACIJA**

Apstrakt: Iako je početak globalizacije najavio brzi kraj nacionalne države i njenog suvereniteta, pa u krajnjem i nacije kao njenog nosioca, to se nije dogodilo. Tačnije, sve što je imalo nacionalni predznak pružilo je najveći mogući otpor globalizaciji. To je imalo za rezultat da je globalizacija kao proces najviše uspeha imala na ekonomskom, a daleko manje na političkom i naročito na bezbednosnom planu.

Vreme velikih migracija u kome se upravo nalazimo donelo je novi, veliki i posledično još nesagledivi izazov ne samo globalizaciji kao procesu, već i globalizmu kao ideologiji i "novom svetskom poretku" kao političko-pravnoj konstrukciji globalnog sistema. Upravo su nacionalne države, i to i one male, a ne samo neke od najvećih, bile te koje su usred okrilja EU bacile rukavicu globalnim obrascima i napravile snažan zaokret ka nacionalnom interesu, obnovi nacionalnog suvereniteta i nacionalnih vrednosti, iako je do skora izgledalo da su se mnoge od tih "renacionalnih" država bile potpuno utopile u evropsko kao nadnacionalno zajedništvo i zajednicu nenacionalnog suvereniteta. Sve je očiglednije da su migracije i razne moguće opasnosti koje one sobom donose bile samo povod za reiterativnu obnovu koncepta nacionalne države i njenih granica ne samo na tlu Evrope već i šire u područjima zahvaćenim migracionim tokovima.

Ključne reči: nacionalna država, suverenitet, globalizacija, SAD, migracije, EU, Evropa.

* dragan.simeun@gmail.com

** Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta Univerziteta u Beogradu – Fakulteta političkih nauka, *Politički identitet Srbije u regionalnom i globalnom kontekstu* (evidencioni broj: 179076), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. Uvod

Henri Kisindžer možda i nije u pravu kad misli da se baš u „svakom veku“ događa da se „pojavljuje jedna zemlja koja poseduje moć i volju, kao i intelektualnu i moralnu snagu da u skladu sa sopstvenim sistemom vrednosti oblikuje čitav međunarodni poredak“ (Kisindžer, 1999: 5), ali je potpuno u pravu u tome da se to događa i ponavlja.

Iako ne postoji bilo kakva vrsta vremenske pravilnosti u pojavljivanju tog fenomena koji sebe uvek vidi kao „novi poredak sveta“, oduvek je postojala „volja za moć“ najjačih država na svetu (odnosno, bar onih koje su sebe smatrale najjačim), kao što su postojali i njihovi planovi i pokušaji da svet uredi prema svojim nazorima, potrebama i interesima. Ta istorijska činjenica je izgrađivana vojnim, političkim i kulturnim dominacijama starih Persijanaca, Grka, Rimljana i drugih naroda, a overavana mačevima vojskovođa poput Aleksandra Makedonskog, Cezara i Napoleona, sve do savremenih kao drugolikih, a u biti istovrsnih osvajačkih pohoda.

Sadašnja najjača sila sveta, SAD, takođe ima takve planove i takvu volju, i kao i prethodne svetski dominantne sile, ima i svoje saveznike i sledbenike, a i svoje neprijatelje.

Neprijatelji najjačih retko kada se legitimišu kao takvi, naprosto iz straha od najjačih. Mnogi prijatelji najjačih pak nisu iskreno na njihovoj strani već su principijelno na strani svakog onog ko je najjači, jer u tome vide put za ostvarivanje svojih interesa. Uostalom, u ljudskoj prirodi je da se vole pobednici i da se svi lako identifikuju sa njima, pa čak i poraženi.

Ta nastojanja SAD i oko njih formalno i neformalno okupljenih zemalja danas se nazivaju različitim terminima, od kojih se najčešće sreću sledeća tri: globalizam, globalizacija i novi svetski poredak (Simeunović, 1995: 45). Oni se često koriste bez dovoljno razumevanja, čak i kao sinonimi, što stvara pojmovnu zbrku. Zato je potrebno naglasiti da se radi o tri različita pojma koji su srodni po tome što se odnose na sadržinski isprepletene fenomene. Njihovi pojmovni sadržaji su slični, ali oni se ne poklapaju u potpunosti, već se samo presecaju.

Globalizam je ideologija, globalizacija je proces realizacije ideoloških premisa globalizma, a novi svetski poredak je sistem u nastajanju (Simeunović, 2014: 103–140).

2. Globalizacija

Globalizacija je proces povezanog delovanja političkih, ekonomskih i vojnih aktivnosti niza političkih, vojnih i ekonomskih subjekata na čelu sa SAD kao državom-nosiocem globalizacije, kojima se usmerava kretanje ukupnog ljudskog društva u pravcu realizovanja postavki ideologije globalizma (Bžežinski, 2004: 100). Zamajac globalizacije su velike multinacionalne kompanije sa sedištem u SAD ili u Zapadnoj Evropi. Ispoljava se, pre svega, u realizovanju ekonomskih ciljeva uz političku i vojnu potporu zemalja nosilaca globalizacije.

Ekonomski ciljevi globalizacije su jedinstveno svetsko tržište, trgovina bez granica, internacionalizacija proizvodnje pomoću direktnih investicija multinacionalnih kompanija i gradnja jednog sveobuhvatnog sistema integrisanih finansijskih tržišta. Smisao toga je postizanje što većeg profita dolaskom do što jeftinijih sirovina, posebno energenata, korišćenjem što jeftinije radne snage uz drugovrsna minimalna ulaganja.

Globalizacija se može označiti kao proces širenja svetske zajednice demokratskih tržišno orijentisanih zemalja, koji se ostvaruje na ekonomskom, političkom, kulturnom i svakom drugom planu.

Obuhvat tog procesa je globalan, jer se njegovo realizovanje planira u svetskim razmerama, odnosno, kako to precizno formuliše Bil Klinton, dok „svaki čovek na svetu“ (Kisindžer, 1999: 716) ne bude mogao da uživa sve prednosti takve i te zajednice živeći u njoj.

Henri Kisindžer smatra da su međunarodni odnosi tek u našem dobu prvi put u istoriji „zaista postali globalni. Komunikacije su trenutne, svetska privreda funkcioniše istovremeno na svim kontinentima“ (Kisindžer, 1999: 10). Osim toga, mnogi drugi problemi poput zaštite čovekove okoline, demografske eksplozije, migracija, sprečavanja širenja raznih bolesti, terorizma i slično, odista su takvog karaktera da moraju i jedino mogu da se rešavaju na svetskom nivou.

Da je globalizacija pre svega ekonomski proces, vidi se i iz toga što je ona na ekonomskom planu sve vreme bila takoreći nezaustavljiva. Uostalom, svi otpori globalizaciji su najpre političke prirode, recimo oko održanja suvereniteta, a skoro da uopšte nisu ekonomskog karaktera. I Rusija i Kina su potpuno prihvatile globalizaciju kao ekonomsku neminovnost. U tom smislu ona je već skoro ostvoreni ekonomski poredak sveta.

2.1. Nacionalna država kao prepreka globalizaciji

Što se pak tiče onih dimenzija globalizacije u kojima se ona iskazuje kao proces desuverenizacije i denacionalizacije država, otpori su, i svakako će i ubuduće biti, daleko izraženiji. U tom smislu se kao snažna prepreka globalizaciji javlja nacionalna država sa njenim konceptom suverenosti, nacionalnih granica i relativno samostalnom politikom, kao i težnjom da sama upravlja svojom privredom čime dokazuje samostalnost. Vrata za globalizaciju takvih država su još zatvorenija ukoliko je u njima razvijen nacionalizam. Sve je to upravo ono što usporava kretanje roba i ljudi i time smanjuje profit. Elite koje stoje na čelu multinacionalnih korporacija ne žele da dele i da gube ako ne moraju, a ne moraju jer je takva konstelacija međunarodnih odnosa da postoji samo jedna velika sila kojoj trenutno niko nije ravan. Erozija suvereniteta, kao preživele kategorije, i oduzimanje autonomije nacionalnim državama u pogledu vođenja ekonomske politike se zato postavljaju kao veoma važni ciljevi globalizacije.

Razumljivo je da se sve zemlje ne ponašaju jednako, a još manje kooperativno kada je reč o gubitku suvereniteta. Zato SAD kao najveća sila-nosilac globalizacije prilazi desuverenizaciji i denacionalizaciji kao „neistovremenom postupku“ (Zürn, 1998: 299) koristeći raznovrsne metode, od „dobrovoljne kapitulacije“, o kojoj rado govori Zbignjev Bžežinski, do privoljavanja silom.

Pri tom se moraju imati u vidu i prikriveni otpori onih koji su na strani globalizacije. Recimo, mnoge evropske zemlje koje zbog velikih razlika u moći ne mogu da računaju sa održanjem svog suvereniteta pred naletom globalizacije, danas diskretno, pod maskom prava na sopstvenu migracionu politiku, vrše proces raznovrsne resuverenizacije, i to kroz globalističke nadnacionalne zajednice poput Evropske unije, koja im omogućuje da spasu bar deo onoga što su izgubile kao nacionalne države (Kreile, 1999: 607). Prenosjenjem državnih kompetencija na EU, što se recimo vidi iz konjunktura principa supsidijarnosti¹, stvaranjem dve vrste granica, mekih između „nas“ i tvrdih između „nas“ i „njih“, orijentacijom na ideale zatvorene planske privrede, evropske države su, iako glavni zagovornici globalizacije uz SAD, ipak, pokazale tendencije ka lokalizmu, makar se on odnosio na ceo kontinent.

1 Supsidijarnost određujemo kao prenošenje određenih funkcija nacionalne države nekoj međunarodnoj organizaciji, instituciji ili nekoj drugoj državi usled toga što ona ne može da ih valjano ostvari.

Posebno težak udarac globalnom konceptu koji neguje Evropska unija otvoreno su zadale brojne zemlje Centralne i Istočne Evrope, u prvom redu Mađarska, Poljska i Slovačka, u pogledu izvršavanja odluka Brisela koje se tiču politike EU prema migracijama. Međutim, pogodnosti koje donosi globalizacija krupnim igračima u svetskoj privredi nagone i te države da se ipak ne otklanjaju od centara globalizacije, jer to od njih traži njihova privredna i finansijska elita. Recimo, globalizovana finansijska tržišta omogućuju da se državni deficiti lako mogu pokrivati, što većini vlada slabih država (u koje spadaju i navedene) znatno olakšava da vode relativno uspešnu politiku i tako održavaju ugled pred svojim biračima, iako su svesne da to vodi totalnoj zavisnosti od stranih investitora (Cohen, 1998: 150), kao i da otežava odlučivanje u internacionalizovanoj proizvodnji, a ponegde i bilo kakav uticaj na nju u smislu usmeravanja njenih efekata u „nacionalnu“ kasu.

2.2. Globalizacija kao mreža međuzavisnosti nejednakih

Globalizacija ne podrazumeva stvaranje univerzalne državne zajednice, pa ni univerzalnost na svakom planu. Ona je više, kako je definiše Džozef Naj, „mreža međuzavisnosti“. Međuzavisnost se ogleda u situacijama u kojima događaji u različitim delovima sveta, kao i njihovi učesnici utiču jedni na druge (Naj, 2006: 265). Problem sa nemalim brojem nacionalnih država je u tome što one odbijaju da budu puki recipijenti, i mada ne pokazuju ambicije da kreiraju tokove te međuzavisnosti, nastoje da odluke koje se tiču nekog njihovog dobra definisanog kao „nacionalni interes“ donose same.

Globalizacija bar za sada, i pored brojnih strahova njenih protivnika da bi se to moglo dogoditi, ne pokazuje usmerenost ka stvaranju svetske države, već samo globalnog društva i njegovog poretka kao sistema ponašanja i vrednosti, uređenim po pravilima nosilaca globalizacije. Očigledno je da se u skoroj budućnosti ne može desiti ono što je kao „despotiju iz koje se ne može izaći“ opisao početkom 19. veka prvi poznati kritičar koncepta svetske države Anselm Fojerbah, opisavši je kao državu (*Weltstaat*) u kojoj „samo jedan samostalno dela“ i „samo jedan za sve misli i o svemu odlučuje, dok svi preostali trpe, služe i slušaju“. Takvu državu je Fojerbah, kritikujući Napoleonovu ideju o svetskoj državi, nazvao „grobnicom čovečanstva“. Svetska vladavina vodi ka prividnoj vladavini pravom, a stvarnoj vladavini silom i zato, smatra Fojerbah, čovečanstvu zapravo treba **globalno pravo**, a ne globalna vladavina. S obzirom na jurističku i drugu tradiciju, nije slučajno što je baš EU bila inicijator stvaranja jednog, najzad regularnog, a ne više *ad hoc*,

međunarodnog krivičnog suda koji bi važio za sve, a ne samo za „velike male“ krivce, dakle suda sa globalnim važenjem, i nije slu čajno što su baš SAD odbile da se priključe toj akciji kojom su rukovodile UN. Razumljivo je da onaj ko ima manju moć teži da obuzda veću moć pomoću prava, ali je razumljivo i to da onaj ko raspolaže najvećom silom ne želi da bude sputan nikakvom novom odgovornošću, naročito ne nekom međunarodnog karaktera.

Politika globalizacije je moćna poluga ekonomske globalizacije koja joj krči put, a služi i kao njen korektor ukoliko je to potrebno. Sadrži se u promociji i nametanju ideoloških postavki globalizma kao neoliberalizma, sistematičnom i nadziranom demokratizovanju država i u povećanju značaja međunarodnih organizacija moći, kao što su NATO, Međunarodni monetarni fond, Svetska banka, Svetska trgovinska organizacija i sl.

Ukoliko politika ne može da savlada otpore koji stoje na putu globalizaciji, njeni nosioci se služe i vojnom silom. Da bi se ostvarilo globalno uređenje sveta, neophodno je uvođenje pravila po kojima će svet funkcionisati a to ponekad može da obezbedi samo sila. Najvažnije pravilo je apsolutno poštovanje volje najjačeg izraženo u maksimalnoj kooperativnosti. U svrhe postizanja toga se vode ratovi i vrše tzv. humanitarne intervencije. Privatizacija rata i uticaj multinacionalnih korporacija u konfliktima ogledaju se i u sve većem angažovanju tzv. korporacijskih vojnika, odnosno pripadnika privatnih vojnih i bezbednosnih kompanija. Na primer, u toku 2008. godine, u Iraku je bilo 30.000 najamnika i oni su činili drugu po veličini vojnu silu u toj zemlji.²

Na planu kulture globalizacija se posle informatičke revolucije širi munjevito korišćenjem interneta i drugih komunikacionih dostignuća, kao što su satelitska televizija ili mobilna telefonija. Informacija o svemu bitnom što se događa na svetu dostupna je svima u formi vesti ili čatovanja na elektronskim medijima. Svet je odista postao „globalno selo“ zahvaljujući ekspanziji komunikacione tehnologije. Ipak, i tu postoji dominacija ako ne i nadzor, jer devet desetina informacionih kapaciteta na svetu drže SAD.

I na drugim planovima kulture je slična situacija. Holivud proizvede četiri petine svih filmova na svetu. Rezultat toga je da nekada moćne nacionalne filmske industrije poput francuske skoro da više i ne proizvode filmove. Engleski jezik je jezik ne samo diplomatije i biznisa

2 Prema: *Report of Congressional Research Service*, 2008.

već i interneta. Dolar je opšte platežno sredstvo svuda na svetu. Bžežinski navodi da svake godine pola miliona mladih iz celog sveta hrli u Ameriku radi studiranja (Bžežinski, 2001: 28). Činjenica da američki kulturni obrazac ima veliku privlačnost za mlade naraštaje širom sveta se očigledno ne reflektuje samo u „mekdonaldizaciji“ sveta, kultu koka-kole i brendovima sportske odeće.

Što se tiče odnosa globalizacije i religije, i pored strahovanja da je globalizacija bauk koji će poništavajući nacionalnu državu, poništiti i njenu religiju, hrišćanski teoretičarski krugovi, uračunav i pravoslavne, ne dele te strahove. Prvi razlog tome je što religije nisu nacionalne, odnosno nisu ograničene na jednu državu, a drugi je što globalizacija insistira na suživotu svake vrste, pa i na religijskom. Otuda sledi i zaključak grčkog mitropolita Jovana Zizjulusa da globalizacija, i pored toga što je u biti veliki izazov „omogućuje svim religijama ... da žive s drugim religijama i drugim kulturama, kao i da sarađuju“³. Nešto drugačije stoji stvar sa islamom, iz čijeg krila dolazi ozbiljan otpor globalizaciji i kao ideji i kao praksi, bilo da je reč o islamskim državama, bilo da je reč o migrantima muslimanske vere, koji se upravo iz tog razloga teško integrišu u zapadna društva.

Pristalice globalizacije ističu njenu važnost za uklanjanje svih prepreka „slobodnoj trgovini“. Takođe smatraju da će globalizacija učiniti svet demokratiskim, podstaći zaposlenost, održivost razvoja, smanjiti međunacionalne i međuverske tenzije, doprineti potpunoj zaštiti svakovrsnih manjina, pomoći očuvanju svetskog mira, makar i silom, i podići opšti standard života. Pristalice globalizacije su svuda u svetu mahom iz redova političara i imućnih slojeva jer niti je teško voditi lojalnu politiku u okviru globalističke porodice niti bogaćenje (ekstra profit) može da smeta bogatim.

Protivnici globalizacije, skoncentrisani u širokoj lepezi od islamskih fundamentalista na Istoku do antiglobalističkih pokreta na Zapadu, smatraju da ona donosi neslobodu malim narodima i zemljama, da potire nacionalne kulturne i verske identitete, da koristi samo akcionarima multinacionalnih korporacija, da će uvećati nezaposlenost širom sveta, doprineti ubrzavanju zagađenja zemlje, vode i vazduha, stvaranju ozonskih rupa, globalnom zagrevanju, nestanku mnogih biljnih i životinjskih vrsta i porastu bede i kriminala. Protivnici globalizacije su mahom iz redova običnog sveta, uračunav i nešto intelektualaca. Džozef Naj smatra

³ Intervju sa mitropolitom pergamskim Jovanom Zizjulasom povodom međunarodnog simpoziona Eparhije braničevske SPC, *Iskon*, februar, 2005, str. 76–77.

da bi učestalost finansijskih kriza i drastični porast nezaposlenosti mogli prouzrokovati velike pokrete masa radi otpora globalizaciji (Naj, 2006: 254).

Novi svetski poredak je još nedovršeni sistem sveta koji kao poredak kosmopolitske demokratije podrazumeva izgradnju određenih pravila ponašanja za sve i usvajanje određenih vrednosti od strane svih. To ne znači da svi treba da se ponašaju isto. Taj poredak je, naime, sistem nejednakih, i po njihovom bogatstvu i po njihovom učešću u kreiranju politike svetskog društva. Ako je istina da su taj poredak smislili najbogatiji i najmoćniji ljudi na svetu, onda je sasvim logično da su ga smislili ne zato da druge izjednače sa sobom, već da uvećaju svoju moć i bogatstvo. Naj smatra za svojstvo globalizacije to što je „prati sve širi jaz između bogatih i siromašnih. Ona ne podrazumeva ni jedno-obraznost ni jednakost“. Pravila ponašanja se zato već sada dele na ona pravila koja su za privilegovane i na ona koja su za ostale. To je najbolje izrazio jedan od zagovornika globalizacije rekavši da će svet morati da se navikne na duple standarde.

Različiti odnos prema malim zemljama i narodima uslovljen je ne samo interesom SAD već i stavom malih zemalja i naroda prema SAD. Ukoliko male zemlje i narodi vide u SAD i njihovoj politici moćno okrilje, one su onda dobrodošle i zaštićene, i to ne bilo kako već *egidom*, Zevsovim čarobnim štitom koji omogućuje ne samo apsolutnu zaštitu od svakoga već i bezbrižan napad zaštićenih „mališa“ na svoje protivnike. Oni sa druge strane štita automatski postaju „loši“. Njihova krivica je sadržana već u njihovom kašnjenju. Ko pre postane član moćne „globalne porodice“, on je ne samo u sporovima sa neglobalizovanim, već i sa kasnije globalizovanim državama uvek u pravu.

3. Nastanak novih i resuverenizacija globalizovanih nacionalnih država

Sve sadašnje forme otpora globalizaciji, od protesta antiglobalističkih pokreta do islamističkog i anarhističkog terorizma, ne deluju kao ozbiljne prepreke koje bi je mogle zaustaviti, već je jedino ometaju u njenom napredovanju.

Ono što je jedino ugrožava jeste nastanak novih i resuverenizacija starih, već globalizovanih nacionalnih država.

Masovni nastanak novih nacionalnih država je najvažniji u nizu sve više nagoveštaja da sadašnji, iako u mnogo čemu nedovoljno legitimiziran i

nedovoljno garantovan, ipak relativno stabilan odnos raspoređenosti nacija i drugih etničkih grupa u države i njihove sadašnje granice neće dugo potrajati, i da se stanje umerenog zadovoljstva etniciteta zbog razloga etničke situiranosti sve više pretvara u stanje etničkog nezadovoljstva i moguće nacionalističke eksplozije planetarnih razmera.

Posedovanje nacionalno-statusnih prava, pa ni jednakih, nije više dovoljno. Država ili autonomija bliska državno posebnom statusu je, po svemu sudeći, buduća meta etničke hidre koja je sve spremnija da baci rukavicu ne samo dosadašnjoj državnoj organizaciji sveta, već i nadirućoj globalizaciji. Raskorak brojnosti od 3.600, sve „osvešćenijih“, etničkih grupa (uz stalnu tendenciju rađanja „novih“), i njihove raspoređenosti u okviru „svega“ 179 država sveta, sve više se, i to ne samo usled sve izrazitije glasnosti ispoljavanja želja državno neafirmisanih etničkih grupa da prestanu biti tek „moguće nacije“, nego i usled sticanja civilizacijskih uslova za to (npr. usled uvažavanja činjenice da su brojne granice zemalja u razvoju, naročito u Africi, na Bliskom i Srednjem Istoku, povlačene „kolonijalnim lenjirom“, bez naročitog vođenja računa o etničkim, preciznije rečeno, tada plemenskim razgraničenjima i odnosima, ili pak usled sve izrazitije međunarodno-subjektivne tolerancije interpretiranja, a time i doživljavanja priznavanja prava na etničku posebnost kao prava na prerastanje u naciju), pretvara u opasnost i realnost novog trenda koji je snažno obeležio već kraj 20. i početak 21. veka – masovno stvaranje i još masovnije pokušavanje stvaranja novih nacionalnih država separacijama mirnim putem ili nasiljem, kao i intenziviranje međunarodnih podupiranja ili sprečavanja tih napora.

Oснаženje nacionalizama malih, do skoro marginalizovanih grupa, i njihovih partikularističkih identiteta je duboko složen i protivurečan proces. On obnavlja i etničko disidentstvo u „primirenim“ etnicitetima kao što su baskijski, korzikanski, katalonijski, škotski ili irski, kao što ga i rađa u onim etničkim grupama koje su smatrane tradicionalno politički neambicioznim poput romske.

Svako činjenje od strane velikih nekome etnicitetu na planu njegovog osamostaljenja i podržavljenja odmah povlači zahtev za sličnim postupanjem u slu čaju drugih. Nekadašnje pitanje „Ako može da bude nezavisna Ekvatorijalna Gvineja, zašto ne bi mogla da bude i Katalonija?“, takoreći juče preoblikovano u pitanje „Ako ostrva Fidži mogu da steknu nezavisnost zašto to ne bi mogla i Škotska?“, danas na više strana odjekuje kao „Ako može Kosovo, zašto ne bismo mogli i mi?“.

Mada nije sporno da globalna ekonomija pruža šansu za razmah malih naroda i razvoj regionalnih ekonomija, a time i za civilizacijsko dozrevanje zakasnelih nacija, one u svom nastojanju da imaju sopstvenu državu moraju imati u vidu sadašnje nepisano pravilo konstruktora i promotera globalizacije čijem se rezolucijskom ozakonjenju od strane OUN inače teži, a koje glasi da nema separacije bez oslanjanja na najveće sile „novog svetskog poretka“ i prihvatanja potpune zavisnosti od njih kada je reč o budućnosti njihovih, novouspostavljenih nacionalnih država. Dakle, interes velikih se iskazuje i ovde kao kriterijum za pomaganje malih i zakasnelih naroda neovisno od opravdanosti njihovih želja. Neprihvatanje tih uslova vodi međunarodnom ustanovljavanju „nacionalne krivice“, a svaki otpor, pa i otpor kulturnoj i jezičkoj dominaciji, smatra se političkim grehom.

Mogućnost nastanka velikog broja novih nacionalnih država je u direktnoj vezi sa mogućim raspadom ne samo velikih, već i malih federativnih država ukoliko se nalaze u zoni konflikta ili u osetljivoj geopolitičkoj zoni. Migracije samo ubrzavaju takve procese. Loše definisane granice u prošlosti su takođe ozbiljan povod za separatističko redefinisane brojnih nacionalnih država. Ipak, u tome konačnu reč nema pobunjeni etnicitet.

Po svemu sudeći, opstanak ili nestajanje etnički složenih država silom ili milom, ostaće po svoj prilici kao i sada vrlo zavisni od saglasnosti, odnosno različitosti interesa, kao i od odnosa snaga više međunarodnih subjekata, i biće, kao recimo sada u pogledu eventualnog stvaranja države Kurdistan na tlu Sirije i Iraka, posebno zavisni od usklađenosti interesa tih država sa interesima gospodara „novog svetskog poretka“. I ovde se očituje jedno pravilo. Među migrantima skoro da i nema Kurda. Države se prave od onih koji ostaju, jer je njima prepuštena pusta zemlja.

Za sada razvoj ovakvih procesa usporavaju neka nastojanja koja, istini za volju, nemaju prevelikog odjeka u političkim rešenjima ne samo nosilaca globalizacije nego i u rešenjima drugih zemalja. Među tim, pretežno interesno fundiranim nastojanjima, vredna su teorijske pažnje ona koja zagovaraju održavanje i stvaranje etničkih konsocijacija u kojima bi suživot različitih etničkih grupa na principu ravnopravnosti imao to više izgleda na uspeh što bude više ravnopravnosti. Ova lepa teorijska postavka u praksi za sada nailazi na taj nerazrešivi problem da ko god ima višak prava i moći ne želi da ih se odrekne drugačije do formalno, a etnički federalizam ne uspeva ukoliko se zasnuje na bilo čijoj vladavini, pa i vladavini većine.

Ako se pak ostvari predviđanje nekadašnjeg generalnog sekretara UN Butrosa Galija izrečeno u formi strahovanja sredinom 1992. g., postaće konačnom istinom i teza Karla Fridriha o nacionalizmu kao najjačoj snazi planete (Friedrich, 1968: 30). U analizi početaka toga procesa koji će se možda zaustaviti a možda i neće, ali koji je nesporno započeo, biće sve jasnije da nikakav duh nacionalizma svetskih razmera nije pušten iz boce nego da je to nemistični proces interesne transformacije ljudskog društva u, ne samo ona nova obličja koja je pred njega postavila postindustrijska organizacija života društva, nego i u ona čija je odlika zanemarivanje interesa i potreba etniciteta u ime brzine i profita, što neumitno rezultira konvulzijama njihove spontane samorazvojnosti i intervencionizmom u funkciji njihovog podržavljenja kao trenutno najbržeg i politički najprofitabilnijeg rešenja, kojim se problemi tih etniciteta ustvari ne rešavaju nego tek začinju. Zato će se, ukoliko se ovaj proces ne zaustavi, kao najveći problem globalizacije postaviti jednoga dana pitanje organizacije sveta kao „razbijenog ogledala“, što kao zadatak, bar za sada, potpuno nadmašuje mogućnosti svake sile, a što ne znači samo informaciono, vojno, tehnološki i privredno najrazvijenijih zemalja nego i njihovih međunarodnih ekonomskih, političkih i vojnih organizacija i saveza. Nestabilnosti razbijenog ogledala najviše doprinosi kretanje njegovih delića. Neki to zovu migracije.

4. Borba globalnog i nacionalnog u vremenu velikih migracija i anomalija

Borba globalnog i nacionalnog je u stvari borba opšteg i posebnog. Ako bi se uništilo posebno, opšte bi prestalo biti opšte jer se ne bi više imalo od čega razlikovati. Ta dva identiteta se zapravo uslovljavaju i zavise jedan od drugog. Osim toga, kao što i zastupnici posebnog greše, nestanak opšteg ne bi nimalo pomogao posebnom, već bi ga naprotiv degenerisao. Otuda je perspektiva borbe nacionalnog i globalnog, opstajanje i jednog i drugog, borba u kojoj ne može potpuno pobediti niko već samo može prevladavati bilo generalno bilo na nekim tačkama Zemljinog šara. Niti se mogu Francuzi odreći svog jezika i svoje raskošne, iako razbarušene kulture, niti Englezi žele da se odreknu volana na desnoj strani kao ni mnogo čega drugog što pripada njihovoj tradiciji, a teško je i pomisliti da bi zasad vrlo nespešna integracija migranata muslimana u zapadnim društvima mogla da dovede bar do simboličnog broja onih koji su napustili islam kao svoju veru. Kao što se da videti, praksa nadmetanja globalnog kao opšteg i nacionalnog kao

posebnog je uslovljena pre svega položajem u kom se nalazi nacija. To se naročito dobro vidi danas u Evropi u uslovima velike migracione krize.

Migracije koje su pre par godine zapljusnule Evropu i koje još traju, prigušene labavim evropsko-turskim ugovorom o zadržavanju migrantskog toka u zamenu za par milijardi evra i za neprecizno uvećanje šansi za ulazak u EU, pokazale su razne slabosti važećeg koncepta evropske zajednice kao uzora globalizacione teorije i prakse. Slabosti su se najlakše videle u brojnim anomalijama koje su pratile migracionu krizu.

U nastojanju da obuzdaju i kontrolišu enorman priliv migranata u zemlje Evropske unije, mnoge od njenih članica su u nedostatku opšteg i obavezujućeg stava počele da preduzimaju solitarne državne mere na tom planu koje često ne samo da nisu imale željeni efekat, već su i doprinele menjanju slike o demokratskom statusu tih zemalja i ukazale na brojne raskorake između proklamovanih principa i propisa EU i antimigracione prakse.

Na osnovu analize događaja u proteklih pola godine može se sa sigurnošću reći da su se u Evropi povodom migracija događale i dalje događaju velike političke i drugovrsne anomalije koje ugrožavaju njen status barjaktara globalizacije.

Glavna anomalija je u tome što se zabranom prolaska izbeglica krši globalni princip slobode kretanja ljudi, roba i ideja na kome je baziran koncept EU, zatim svakako je velika anomalija sadržana u činjenicama da u demokratskoj Evropi 21. veka imamo nepoštovanje ljudskih prava migranata, a naročito prava na naturalizaciju, kao i porast ksenofobije, što politiku mržnje prema strancima i susedima praktikuju zemlje kojima su puna usta demokratije i koje su drugima, pa i nama, davale silne lekcije o toleranciji. Usled svog aktuelnog anti-migracionog ponašanja takve zemlje počinju stoga da liče na u čitelje koji podučavaju druge lekciji koju sami nisu savladali.

Nije li anomalija to što zidove na svojim granicama podižu zemlje poput Mađarske, Hrvatske i Slovenije u kojima izbeglice uopšte ne nameravaju da ostanu već samo teže da kroz njih što pre prođu. Istorijska je anomalija što su zahtev EU da prihvate po kvotama jedan deo izbeglica odbile zemlje poput Mađarske, Slovačke, Češke i Poljske iz kojih su svojevremeno mnogi birali put izbeglištva⁴, kao i to što zemlje koje odbijaju da prime izbeglice time pokazuju da imaju jednostran odnos sa EU – hoće samo

⁴ Kroz Jugoslaviju je u vreme duboke krize u sovjetsko-mađarskim odnosima 1956. godine, samo iz Mađarske prošlo 20.000 izbeglica – mađarskih državljana.

korist od EU bez namere da uzvrate solidarnošću na njene potrebe kada je ona kao zajednica u problemu. Time pokazuju da smatraju da članstvo u EU nije povezano sa imanjem izvesnih odgovornosti. Svakako da je anomalija i to što je Evropa kao najuređeniji kontinent sveta ispoljila potpunu nesprenost i visok stepen neorganizovanosti, pa i prevelike iznenađenosti, a neke članice EU čak i paniku u suočavanju sa migrantskim talasom iako on uveliko teče još od 2011, a intenzivno od 2014. godine. Evropa će morati da se zapita da li je anomalija ili prirodna reakcija to što se otpisana nacionalna država i odbačeni nacionalni suverenitet kao anahrone pojave preko noći vraćaju na velika vrata u politički život Evrope kroz samožive odluke zemalja članica Unije, kroz podizanje žičanih ograda kroz koje teče električna struja, i obnavljanje granica i graničara ne samo između Mađarske, Slovenije i Hrvatske, već i između tako demokratski naprednih i etnički i istorijski bliskih zemalja kao što su Nemačka i Austrija.

Anomalija je i odluka EU da se svi migranti koji nisu iz Avganistana, Iraka ili Sirije proglašavaju za ekonomske migrante, čime se odabirom zemlje porekla vrši diskriminacija jednog broja nacionalnih država i njihovih državljana i narušava pravo migranata da kao pojedinci pristupe azilnim procedurama, što je UNHCR kao odluku kritikovao.

Anomalija je i to što velik, ako ne i najveći teret migrantske krize, zasad snose zemlje koje nisu ni na koji način doprinele stvaranju kriznih žarišta u Iraku, Libiji i Siriji, a još manje su doprinele bedi u afričkim državama iz kojih izbeglice najviše dolaze u Evropu, te što su najviše pogođene migrantskim talasom one evropske države koje, poput Grčke, nisu ništa profitirale od ratova koji su se u tim kriznim žarištima vodili ili vode.

I pored gordog posrtanja globalizacije kao prakse u uslovima migracione krize, ona mnogima i dalje izgleda ne samo kao istorijski nezadrživa, već i kao veoma korisna na opštem ekonomskom planu. Mnogi veruju da će ona bar na tom planu sigurno pobediti, ako već nije. Iako islam upozorava da je "brzina saveznik đavola", sve ubrzaniji svet traži sve brži i brži protok roba i ljudi.

Sa druge strane, nacionalne države sa gubitkom suvereniteta ne gube samo na carinama i državnim dažbinama, već i na ugledu u sopstvenom narodu koji je svestan da su one postale mehanizmi ispražnjeni od realne moći. Stoga ne čudi što je povratak nacionalnoj državi i suverenosti od političara tipa Viktora Orbana stvorio nacionalne spasioce i heroje. Istina je da resuverenizirane države ne mogu dugo

istrajati u insistiranju na svojoj apsolutnoj suverenosti, a istovremeno biti i članice EU. Pre ili kasnije one će se morati odreći i one količine suverenosti koju su prigrabile nazad da bi sprečile ulivanje migrantskih tokova u svoja dvorišta. Ostaje im da nađu način kako da održe iluziju kod svojih pristalica da je resuverenizacija koju su delom postigle totalna i trajna. U tom cilju one mogu naći novi smisao svog resuverenizacionog eksperimenta u tome što će se njihove odluke na tom planu ticati nacionalno specifične duhovnosti i kulture, što će sebe proglasiti da su čuvari i odgajivači duha nacije i njenih posebnosti, pomagači opstajanja „njene“ religije, uopšte njenog identiteta i sl.

Takođe su i one religije koje se kao izraz posebnosti vezuju za nacije i etničke grupe jednako kao i nacija doživljene, kako uočava Vladeta Jerotić, kao „najveća smetnja za puno ostvarivanje velikolepnih planova zapadnih, u prvom redu američkih moćnika“, smetnja, „koje su ovi gordi i agresivni carevi `novog svetskog poretka` veoma dobro svesni“ (Jerotić, 2000: 32). Religijsko-filosofska misao Evrope koja podržava globalizaciju vidi izlaz iz te suprotstavljenosti raznovrsnosti religija i globalizacije u stvaranju jedne nove „univerzalne religije“ za ceo svet u kojoj bi se mogle naći ključne postavke svih sadašnjih religija „pod uslovom da se odreknu svojih verskih i nacionalnih originalnih odlika“ (Jerotić, 2000: 32). Međutim, nije li projektovani kraj globalizacije svet bez Boga? Ako je suditi po izrazito globalizovanim sredinama poput ateizirane Evrope, odsustvo Boga je karakteristika globalizacije. Ne stvara se novi svetski poredak da bi njime upravljao Bog, već najmoćniji među ljudima.

Svi ipak daleko više pričaju o materijalnom nego o duhovnom osiromašenju sveta. Pažnju najviše zaokuplja pad životnog standarda i svuda rastuća nezaposlenost. Mnogo se govori i piše i o povećanju razlika između bogatih i siromašnih. Već sada 1% čovečanstva raspolaže sa 93% opšteg svetskog bogatstva, a taj trend se nastavlja. Od najvećeg strateškog značaja po čovečanstvo je pitanje „Da li je na pomolu novi ekonomski imperijalizam ili novo ropstvo?“. (Očić, 2016: 119). Tek povremeno se sa pravom diže buka zbog nestanka mnogih životinjskih i biljnih vrsta zbog kojih svet u celini postaje siromašniji. Ipak, odista najveće i nepopravljivo osiromašenje će se desiti ako se istopi i nestane beskrajna raznovrsnost duha i sve sadašnje šarenilo etnosa utopi u jedan monolitni identitet robotizovanog sveta. Za sada, od 6.000 jezika koliko trenutno postoji na svetu, svake dve nedelje iščezne jedan. Engleski jezik sve više i više govore ne samo deca i mladi, već i stariji u skoro svim zemljama sveta. Razumljivo, engleski je jezik interneta, a bez njega se više ne može zamisliti naš život. Globalizacija, koja je

upravo i započela širenjem engleskog jezika početkom 20. veka, time se potvrđuje kao zaokružujući opštesvetski proces koji ima svoje posebne zakonitosti.

Paradoks je u činjenici "istovremenog povećanja i smanjenja sveta: rastom broja ljudi, novih država, količine novca, uz kraće distance i manjak vremena potrebnog za reagovanje" (Parag, 2009: IX).

Na planu moći i suvereniteta sudbine nacija i nacionalnih država će biti kao posebne, neminovno različite. Oduvek je zapravo svako bio suveren onoliko koliko je mogao, a danas je ta činjenica samo razgolićena. Jedna mala zemlja je, recimo, oduvek bila suverena u odnosu na neku još slabiju i manju, i to pod uslovom da ta manja nema moćnog saveznika. Međutim, danas mnoge male zemlje imaju velikog saveznika kome su poklonile svoj suverenitet. Moglo bi se reći da su trampile relativnu samostalnost i slobodu za relativnu sigurnost. Ako bi se skinuo iluzorni veo sa priče o tome da je svaka država suverena, videlo bi se da na svetu ima svega nekoliko država koje odluke donose potpuno samostalno, i da je tako oduvek bilo. Suverenost je oduvek bila iskazivana u odnosu na nekoga, a samo kod retkih, onih najjačih ili kod "otpadnika", u odnosu na sve.

5. Zaključak

Iako je početak globalizacije najavio brzi kraj nacionalne države, njenog suvereniteta, pa, u krajnjem, i nacije kao njenog nosioca, to se nije dogodilo. Globalisti su sa pravom videli u naciji, nacionalizmu i nacionalnoj državi svog najvećeg protivnika, i sa pravom su im objavili rat do istrebljenja u cilju svoje pobeđe. I odista, sve što je imalo nacionalni predznak pružilo je u poslednjim decenijama dvadesetog i prvim decenijama dvadeset prvog veka najveći mogući otpor globalizaciji, bez obzira na otvorenu ili mimetičku formu u kojoj se to zbiva. To je imalo za rezultat da je globalizacija kao proces najviše uspeha imala na ekonomskom, a daleko manje na političkom i naročito na bezbednosnom planu.

Vreme velikih migracija u kome se upravo nalazimo donelo je novi, veliki i posledično još nesagledivi izazov ne samo globalizaciji kao procesu, već i globalizmu kao ideologiji i "novom svetskom poretku", kao političko-pravnoj konstrukciji globalnog sistema. Upravo su nacionalne države, i to i one male, bile te koje su usred svog EU-okrilja bacile rukavicu globalnim obrascima i napravile snažan politički zaokret ka nacionalnom interesu, obnovi nacionalnog suvereniteta

i nacionalnih vrednosti, iako je do skora izgledalo da su se mnoge od tih "renacionalnih" država bile potpuno utopile u evropsko kao nadnacionalno zajedništvo i zajednicu nenacionalnog suvereniteta. Sve je očiglednije da su migracije i razne moguće opasnosti koje one sobom donose bile ne samo razlog za brojne političke i pravne anomalije, već i povod za reiterativnu obnovu koncepta nacionalne države i njenih granica ne samo na tlu Evrope, već i šire u područjima zahvaćenim migracionim tokovima. Ipak, sudbina tog procesa da se lako predvideti. U pitanju je uskointeresna, a ne na ideološkim premisama utemeljena reiteracija, koja će uvenuti kada i migracije usahnu. Ono što je važno jeste poduka centrima globalizma da su prerano otpisali nacionalnu državu i da će ona u budućnosti zacelo biti osnaživana i drugim povodima kada u pitanju bude bilo zadovoljenje nacionalnog kao posebnodržavanog interesa koji se u zajednici ne može zadovoljiti, ili bar ne u meri koja nekom posebnom društvu odgovara.

Zahvaljujući migracionoj krizi se potvrdilo da je globalizacija proces koji trenutno nema konkurenciju, ali i to da ona ima svoju alternativu u jačanju nacionalne države, pritom ne u usamljenoj već u kooperativnoj. "Renacionalna" država po pravilu ima ali ne ispoljava deficit vojne i političke moći, a ekonomsku moć i dalje uvećava saradnjom sa globalnim miljeom. Mađarska je izbegla sankcije gospodara Evrope tako što je, poslavši hiljadu svojih vojnika u Avganistan, ušla pod egido SAD i postala nedodirljiva.

Migrantska kriza pokazuje da sukob globalizacije i nacije do sad nije doneo apsolutnu prevagu nijednom polu, kako nacionalnom, tako ni globalnom, a da migraciona zbivanja koja ga prate podrazumevaju korekciju nekih globalističkih ideja, recimo one „da su etničke veze osuđene da u procesu modernizacije iščeznu“ (Putinja, Stref-Fenar, 1997: 32).

Za verovati je da će relacije nacionalne države i globalizacije još vrlo dugo obeležavati njihov paralelan hod uz nešto podmetanja noge sa obeju strana. U onoj meri u kojoj uspeju iskoristiti onog drugog za svoje ciljeve, napredovaće ili nazadovaće i nacija i globalizacija, ali nijedna od njih neće pobediti. Ovakve kakve su sada one i te kako zahtevaju adaptaciju vremenu budućem, koje neće trebati pobednike već daleko više umeće svakovrsnog preživljavanja.

Literatura

- Bžežinski, Z. (2004). *Američki izbor: globalna dominacija ili globalno vođstvo*. Podgorica: CID
- Bžežinski, Z. (2001). *Velika šahovska tabla*. Banja Luka: „Romanov“ Intervju sa mitropolitom pergamskim Jovanom Zizjulasom povodom međunarodnog simpoziona Eparhije braničevske SPC. (februar, 2005). *Iskon*
- Jerotić, V. (2000). *Vera i nacija* Beograd: Ars Libri
- Kisindžer, H. (1999). *Diplomatija I*. Beograd: Verzalpres
- Kreile, M. (1999). Globalisierung und europäische Integration. U W. Merkel und A. Busch (Hrsg.), *Demokratie in Ost und West*. Frankfurt am Main: Suhrkamp
- Naj, Dž. (2006). *Kako razumevati međunarodne odnose*. Beograd
- Očić, Č. (2016). Kriza smisla: Kraj rada ili novo ropstvo?, *Crimen*. 2(VII). 119–127
- Parag, K. (2009). *The Second World: How Emerging Powers Are Redefining Global Competition In The Twenty-First Century*. London: Penguin Books
- Putinja, F., Stref-Fenar, Ž. (1997). *Teorije o etnicitetu*. Beograd: Biblioteka XX vek
- Report of Congressional Research Service*. (2008)
- Simeunović, D. (2014). *Nacija i globalizacija*. Beograd: Prosveta
- Simeunović, D. (1995). *Le Nouvel Ordre Mondial l'Etat-Nation*. Paris – Guernes: Dialogue
- Zürn, M. (1998). Schwarz-Rot-Grün-Braun: Reaktionsweisen auf Denationalisierung. U U. Beck (Hg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*. Frankfurt am Main
- Cohen, D. (1998). *Fehldiagnose Globalisierung*, Frankfurt am Main
- Friedrich, C. (1968). *Trends of Federalism in Theory and Practice*. New York

Dragan Simeunović, PhD

Full Professor,

Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

**RELATIONS BETWEEN NATION-STATE AND
GLOBALIZATION IN TIMES OF GREAT MIGRATIONS**

Summary

Although the beginning of globalization announced the near end of the nation-state, its sovereignty and even of the nation as its bearer, it has never happened. More precisely, everything 'national' was the focal point and the vessel of the most persistent resistance to globalization. In consequence, globalization as a process was the most successful in the economic domain, much less in the political, and especially security domains. The era of great migrations, which we are witnessing right now, has brought a new, big and consequentially even less foreseeable challenge to globalization as a process, as well as to globalism as an ideology, and the "new world order" as a political and legal construction of the global system. It was actually the nation-states (the small as well as the biggest ones) that challenged global patterns from the shelter of EU and made a strong turn to national interests, the revival of national sovereignty and national values, even though it seemed only until recently that many of those "re-nation-states" were completely submerged into the European Union, as the supranational community and the community of non-national sovereignty. More and more obviously, migrations and various potential dangers they bring along are just a cause for reiterative restoration of the nation-state and its borders, not only on European soil but also in all areas affected by the migration flows.

Keywords: nation-state, sovereignty, globalization, migrations, EU, Europe.

Dr Irena Pejić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776035P

UDK: 342.4

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

UNIFICIRANJE USTAVA U GLOBALNIM RAZMERAMA**

Apstrakt: Rad predstavlja pokušaj da se pruži sažeta analiza o tome u kojoj meri su savremeni ustavi preslikani obrasci sa preuzetim osnovnim načelima čija primena u različitim društvenim sredinama stvara uslove za razvitak osobenog „političkog“ ustava. Nakon načelnog razmatranja procesa unificiranja ustava u globalnim razmerama i faktora koji utiču na to, u radu se razmatraju primeri uspešne i manje uspešne ustavne prakse kao izraza globalizacije u pravu. Posebno se izlaže o pravu na ljudsko dostojanstvo kao značajnom dostignuću u procesu unificiranja i globalizacije ustavnog prava, dok se kao primer neuspešnog uticaja navodi sprovođenje decentralizacije i teritorijalne regionalizacije koja, uprkos svojim teorijskim prednostima, u ustavnoj praksi daje posledice suprotne očekivanim.

Ključne reči: Globalizacija, ustav, uporedno pravo, pravo na ljudsko dostojanstvo, decentralizacija.

1. Uvod

Donošenje prvih ustava i sprovođenje temeljnih ustavnih promena predstavljeno je u teoriji kao inicijalni čin ustavotvorne vlasti koja funkcionalno treba da opravda postojanje nacionalne zajednice i njenog identiteta. Međutim, u savremenim uslovima globalizacije tradicionalna funkcija ustava zadržana je samo u proceduralnom smislu. Ustavotvorac je zadržao ulogu *constituent power* koja mu je namenjena samo

* irena@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj RS u projektnom ciklusu 2011–2017.

sa razlogom da obezbedi normativni okvir za funkcionisanje države. Supstancijalna strana ustavnog kreiranja pravnog poretka postepeno se menjala, da bi u uslovima „konstitucionalizacije“ međunarodnog prava i „globalizacije“ međunarodnog poretka ona bila značajno oslabljena. Izvorna funkcija ustavotvorne vlasti sadržana je u „kreiranju“ ustavnog poretka, što je prestalo da bude *in rerum natura* „ustavotvorstva“ jer ustav nastaje „pozajmljivanjem“ pravnih rešenja koja se smatraju proverenim i prihvatljivim tamo gde dugi niz godina postoji praksa njihove primene. Zbog toga se u uporednom ustavnom pravu pojavio izraz „migracija ustavnih ideja“ (Choudhry, 2006; Schauer, 2005: 907), koji bi trebalo da objasni procese u savremenim državama prilikom donošenja novih ustava. Moglo bi se govoriti o dva smera „migracije“: prvi, koji se odnosi na pomenutu supstancijalnu stranu ustavotvorne vlasti, koja je svedena na preuzimanje pravnih principa po principu „švedskog stola“, i drugi, prema načinu primene i tumačenja ustavnih normi od strane redovnih i ustavnog suda, koji sve više vode računa o iskustvu i sudskoj praksi uporednih sistema. Stanovište o „migraciji ustavnih ideja“ upotpunjeno je gledištem da države sa izgrađenim ustavnim identitetom imaju neuporedivo jače brane u procesu „pozajmljivanja“ od onih koje nisu uspele da izgrade svoj ustavni identitet (Schauer, 2005: 907). U tom smislu čini se da normativno istraživanje ustava (konstitucija sa velikim početnim slovom „U“) mora biti zamenjeno istraživanjem ustavne prakse (konstitucija u stvarnosti – sa malim početnim slovom „u“), (Law, Versteeg, 2011: 1169). Simbolično i na ovaj način ukazuje se na sve veći stepen funkcionalne erozije ustavotvorne vlasti. Proces unificiranja u domenu ustava može imati svoje prednosti, kao kada se radi o uspostavljanju garancija ljudskih prava, dok se, sa druge strane, javljaju i manje uspešni primeri, odnosno kada se „zahtevani“ modeli, kao na primer decentralizacija u vertikalnoj organizaciji vlasti, veštački presađuju i izazivaju posledice u skali od očekivanih pozitivnih do neželjenih.

2. Konstitucionalizacija u globalnim uslovima

Tokovi modernog konstitucionalizma značajno su doprineli da se shvati značaj ustava kao brane arbitrernoj vlasti u državama koje nemaju tradiciju u praktikovanju demokratske ustavnosti. Međutim, proces globalizacije izazvao je pravu zbrku u teorijskom poimanju ustava u sistemima koji imaju dugu tradiciju. Izvor nacionalnog ustava leži u ustavotvornoj vlasti koja oličava i sjedinjava sve ono što predstavlja

istoriju i političku tradiciju nacije.¹ Otuda se otvara potreba preispitivanja klasične teorije o ustavotvornoj vlasti kao originernoj vlasti koja obezbeđuje funkcionisanje države u granicama prava, a uz saglasnost građana kao izvornih nosilaca vlasti. Ovaj problem postaje očigledan u procesu globalizacije međunarodnog poretka u kome građani, kao nosioci vlasti, nisu odobrili donošenje određenih pravila, a ipak su dužni da se njih pridržavaju. U tom smislu, Nenad Dimitrijević (2015: 230–231) otvara značajna pitanja o savremenom konstitucionalizmu: prvo, o potrebi da se razmotri i odbrani „državni konstitucionalizam“, i drugo, o potrebi da se diskutuje o „globalnom konstitucionalizmu“. Dok se na prvom nivou zahteva jačanje „legitimne supremacije ustavne demokratije u državi u odnosu prema svojoj teritoriji i građanstvu, kao i učvršćivanje pozicije države kao glavnog aktera međunarodnog prava“, dotle se drugi nivo preispitivanja odnosi na ustavne institucije i praksu supra-nacionalnih organizacija koji nužno zahteva i preispitivanje osnovnih postulata demokratije. U savremenoj konstitucionalnoj teoriji pojavljuje se novi aspekt posmatranja, tzv. konstitucionalni pluralizam koji traži preispitivanje tradicionalnih postulata, kao što su suverenost i ustavotvorna vlast. Jedno od gledišta je i teorija dualizma u svetskom poretku (Cohen, 2012: 66–76) po kojoj se ovaj poredak sastoji od međunarodne zajednice država i globalne političke zajednice u kojoj ljudska prava i globalne institucije utiču na pravo, politiku i kulturu suverenih država. Ovo gledište o konstitucionalizaciji globalnih institucija moglo bi se uklopiti u okvir ustavnog pluralizma.

U svetlu ustavne globalizacije otvara se pitanje ustavne legitimacije i mogućnosti da se moć naroda, tradicionalna *volonté générale*, sprovede u državama koje više nemaju izgleda da same odlučuju o svojim osnovnim pravnim načelima i ustavnim vrednostima. Jedno je pitanje šta se dešava sa ustavotvornom vlašću (*constituent power*) kada ona jednokratno iscrpi svoj potencijal i donese prvi ili novi ustavni akt države, a drugo je pitanje da li ista vlast gubi svoj legitimacijski osnov jer je ona na određeni način otuđena od svog „čeda“, prepuštajući ustavnim organima da tumače pravna načela i stvaraju tzv. živi ustav? Dakle, ovde se otvara potreba preispitivanja mogućnosti ustavotvorne vlasti ne samo u inicijalnoj fazi, prilikom donošenja prvog ustava, već i njene moći u uslovima kada postoji globalni ili internacionalni

1 Kao što je J. Habermas objasnio, građani nacije često koriste ustavni diskurs kao sredstvo da „objasne način na koji oni žele da razumeju sami sebe kao građane specifične republike, kao stanovnike specifične regije, kao naslednika specifične kulture, čiju tradicija oni žele da nastave i koju oni žele da prekinu, i kako oni žele da se nose sa svojom istorijom.“ (Prema Choudhry, 1999: 822)

okvir koji onemogućava kreativnu sposobnost njene izvorne funkcije. Iako su međunarodni izvori u hijerarhiji izvora ustavnog prava ispod ustava (ima primera da imaju snagu ustavnog pravila), oni određuju zakonodavnu politiku i dinamiku zakonodavstva, pa čak mogu ići i mimo onoga što je bila izvorna namera ustavotvorca. Može se desiti da međunarodnopravni izvori, čak i kad to nije formalna ustavna pretpostavka, dovedu do promene ustava da bi se zakonom mogla urediti određena oblast društvenih odnosa na globalno prihvatljiv način. To se u velikoj meri kosi sa tradicionalnim gledištem (Sieyès, 1789) da je svaka nacija potpuno oslobođena bilo kakvih formalnih stega u pogledu uspostavljanja svog pravnog poretka.

Sociološko gledište o globalizaciji i njenom uticaju na pravo ukazuje na globalizaciju kao posledicu ekonomske dominacije velikih sila (kao, na primer, postojanje agencija za pomoć velikih sistema kao što su SAD, UK ili Evropska unija, zatim privatne fondacije, pa čak i agencije Ujedinjenih nacija). Nacionalnim subjektima se prepušta samo da pronađu način da primene ono što je cilj globalnih sila, pri čemu je potpuno izuzeta mogućnost da se odbrani posebnost na periferiji, odnosno na teritoriji suverene države. U poređenju sa erom kolonizacije, moglo bi se reći da uticaj globalizacije ima slične implikacije na pravo. Tako je zakon „predstavljen“ kao sam po sebi autonoman, univerzalan, bezličan, superioran i prenosiv iz sistema u sistem (Halliday, Osinsky, 2006: 455). Kao što je u doba prosvetiteljstva pridržavanje osnovnih načela o privatnoj svojini i slobodi preduzetništva, građanskim i političkim pravima značilo odraz modernosti, tako se u doba globalizacije očekuje ispunjenje određenih pravnih principa kao odraz racionalnosti i mogućnosti da država postane deo globalne zajednice. Brojna istraživanja, kako pravna tako i sociološka, ukazuju na pokazatelje koji bi mogli da obezbede pravnu „transplantaciju“ iz jednog sistema u drugi: 1. ukoliko su odabrani modeli dobrovoljno preuzeti nakon detaljnog razmatranja alternativnih rešenja, 2. ukoliko postoji sličnost između pravnih sistema zemalja koje se ugledaju i „uglednih“ primera, 3. ukoliko zemlja „domaćin“ sama traži, a ne nameću joj se rešenja, 4. ako su pravni posrednici dovoljno upoznati sa zakonom i mogu da ga prilagode lokalnim uslovima, 5. ako postoji izgrađena institucionalna struktura koja može da iznese preuzeta rešenja, i 6. ako građani imaju neko iskustvo sa primenom pravnih principa (Berkowitz, Pistorc, Richard, 2003: 165–195). Ukoliko se zanemare ovi uslovi, „transplantacija“ u pravu neće imati uspešan ishod. Na temelju ovih istraživanja, govori se o tri talasa pravne „transplantacije“. Prvi talas je nastao kao posledica

imperijalizma i obuhvata period od 1890. do 1914. godine, kada je u velikoj meri vršena recepcija francuskog i engleskog prava u zemljama Latinske Amerike, Azije i Afrike. Drugi talas je nastao nakon Drugog svetskog rata, kada se naročito istakao uticaj SAD, mada njihov pravni obrazac nije mogao jednostavno da bude preuzet, pa su se zemlje i dalje oslanjale na svoje ranije uzore. Treći talas je posledica sloma realsocijalizma i velikog broja istočnoevropskih i zemalja bivšeg Sovjetskog Saveza koje su pronašle svoje uzore u zapadnoevropskom i američkom pravnom sistemu (Berkowitz, Pistorc, Richard, 2003: 165–166).

Novi ustavi doneti u eri globalizacije postaju jednoobrazni – izomorfni, što ukazuje na globalni uticaj demokratizacije, ideologije ljudskih prava i ekonomskog neoliberalizma (Go, 2003: 71). Ustavi zemalja u tranziciji uglavnom su pravljeni „*a la carte*“, odnosno kao obrok sastavljen od različitih jela, jer se pravni mehanizmi preuzimaju iz drugih sistema ne vodeći računa da li oni mogu da funkcionišu kao celina u konkretnom pravnom okruženju (Elster, 1992: 15). Preuzimajući „proverena“ rešenja, a često i pod uticajem „međunarodnog“ faktora u konstitucionalizaciji poretka, ustavi se grade od „idealnih“ normativnih konstrukcija kojima se sa aspekta pravne teorije nema šta prigovoriti, osim što njima nedostaje uporište u društvenoj stvarnosti. Otuda se takvi ustavi ne mogu odbraniti ni od manjih udara u političkom životu, a kamoli od ozbiljnih ekonomskih i društvenih pomeranja.

Za pravnike komparacija među ustavima je uglavnom doktrinarna i ona se realizuje upoređivanjem tekstova i pisanih izvora. Otuda i nastaje problem kada treba komparirati “živi” ustav, odnosno kada treba sagledati njegovu primenu, naročito kroz praksu ustavnih i redovnih sudova. Kako pojedini autori tvrde, upoređivanje je moguće samo na mikro planu, dok se na makro planu komparativisti teško odlučuju na kompariranje ustavnih činilaca kao što su ustavna kultura, ustavne vrednosti, ustavni moral i drugo. Mora se priznati da je uporedno istraživanje dobilo novu dimenziju koja je posledica globalizacije u svim društvenim sferama, pa i u oblasti prava. U tom svetlu postaje jasnije koliko je *common law* sistem poslednjih godina izvršio uticaj na strukturu *civil law* sistema pod okriljem sudske prakse i stvorio uslove za primenu sudske precedenta. U evropskom kontinentalnom pravu to je *explicite* učinjeno pozivanjem na odluke Evropskog suda za ljudska prava, što znači da sudski precedent ulazi neposredno u domen nacionalnog prava. Zbog toga izvori ustavnog prava u svojoj klasičnoj hijerarhijskoj šemi zadržavaju pretežno formalno značenje, dok se sudska praksa doživljava kao suštinski važan element kreiranja pravnog poretka.

Globalizacija prakse u modernom konstitucionalizmu predstavlja novu snagu sa kojom se mora računati prilikom tumačenja ustavnih normi. Moglo bi se naći dosta primera u kojima sudovi koriste komparativnu jurisprudenciju prilikom ustavne interpretacije. To je u značajnoj meri vidljivo u praksi ustavnih sudova koji su po prirodi stvari ovlašćeni na tumačenje i interpretaciju ustavnih odredaba. U tzv. ustavnim sporovima ustavni sudovi u kontinentalnom sistemu ili redovni sudovi u anglosaksonskom sistemu imaju zadatak da legitimiziraju akte koje donose političke vlasti, zakonodavna i izvršna. U tom smislu može se preispitivati legitimacijski okvir javne vlasti i justifikacija koja se očekuje od akata javnih vlasti (Choudhry, 1999: 819). Na prethodno se nadovezuje pitanje pravičnosti u tumačenju ustavnih normi kada se prilikom interpretacije glavna argumentacija traži u uporednim sistemima ili uporednom pravu. Ovo pitanje je možda još i aktuelnije u sistemima sa starim ili „nepisanim“ ustavom gde, na primer, istorijsko ili originerno tumačenje (jedno od onih koje primenjuju američke sudije) ima svoju svrhu ukoliko se nakon donošenja ustava i proteka određenog vremena, pored izvornih ciljeva ustavotvorca, kao osnova za tumačenje uzimaju dobra iskustva iz drugih ustavnih sistema (Choudhry, 1999: 822).

Dakle, uticaj globalizacije u domenu ustavnog prava može biti posmatran kroz prizmu delovanja političkih vlasti, zakonodavne i izvršne, kao i kroz prizmu tumačenja prava od strane sudske vlasti. Na terenu zakonodavne vlasti prilikom ostvarivanja tzv. zakonodavne politike postalo je očigledno ugledanje na „trendove“ u sprovođenju određenih ustavnopravnih načela. To je jasno ispoljeno u procesu decentralizacije i regionalizacije, što se smatra posledicom unificiranja ustava u globalnim razmerama i ispunjavanja određenih političkih zahteva bez obzira na društvene uslove u kojima je to (ne)sprovodivo. Sa druge strane, u procesu unificiranja ustava u drugoj polovini dvadesetog veka nesumnjivo je pravno dostignuće proglašenje prava na ljudsko dostojanstvo i uspostavljeni sistem zaštite prava u nacionalnim i međunarodnim razmerama koji je razvijen pod uticajem doktrine o ljudskih pravima.

3. Pravo na ljudsko dostojanstvo – pozitivan primer unificiranja

U građanskim ustavima donetim posle Drugog svetskog rata, kao i u međunarodnim izvorima ljudskih prava, na primarnom mestu u sistematizaciji ličnih prava koja imaju obeležje «odbrambenih» prava našlo se ljudsko dostojanstvo. Ono je obezbedilo poziciju ne samo «novog» subjektivnog prava, već i kvalitet opšteg načela pravne države.

Ljudsko dostojanstvo je ustanovljeno kao merilo i vrednost poretka ljudskih prava u ustavnoj državi. Pravo čoveka na neprikosnovenost dostojanstva, kao osnovno lično pravo, i garancije «ljudskog dostojanstva», kao ustavni princip, uklopljeni su u savremeni koncept ustavne države koja počiva na principima vladavine prava. Ustavne garancije neprikosnovenosti ljudskog dostojanstva otvorile su pitanje odnosa države prema pojedincu i značaja prava negativnog statusa (*status negativus*) za funkcionisanje pravne države.

U istorijskom razvoju građanske države na mesto tradicionalne doktrine o „prirodnim pravima“, koja je dominirala u procesu njihove konstitucionalizacije, stupila je ideja o „ljudskim pravima“ koja predstavlja izraz internacionalizacije osnovnih prava u savremenoj ustavnoj državi. Danas su ljudska prava ono što su pod tim pojmom podrazumevali klasici konstitucionalizma, kada su koristili izraz „prirodna prava“. Kao i prirodna prava, tako se i ljudska prava „moraju izvesti iz prirodnog stanja (tj. iz potrebe i sposobnosti) ljudi kao takvih, bilo onakvih kakvi su danas ili onakvih kakvi su u stanju da postanu“ (*C. B. Macpherson*), (*Cranston, 1991: 34*). Osim značaja ljudskih prava u nacionalnom poretku kao pretpostavke pravne države i kao temelja ustavne demokratije, ljudska prava se smatraju začetkom procesa „internationalizacije“ demokratije.

Uporedo sa razvojem ustavne države i procesom internacionalizacije, menjao se način definisanja prirode „ljudskih“ prava. Priroda ljudskih prava ne određuje se više primarno kroz njihov pojam, koji je danas gotovo nesporan, već kroz dejstvo ljudskih prava, koje zahteva aktivnu ulogu države u stvaranju pravnog i političkog ambijenta za ostvarivanje garantovanih prava. Neposredna primena ustavnih normi o ljudskim pravima, odnosno direktno dejstvo ljudskih prava, ustavni je princip koji je nastao u novije doba. Posleratni građanski ustavi (Nemačka, Italija, Španija, a od 70-ih godina i Francuska) ustanovili su pravilo o „direktnom dejstvu“ ljudskih prava, koje zahteva ustavnosudsku zaštitu ustavom garantovanih prava i sloboda građana (*Sweet, 2004: 93*). Ima mišljenja da se normama o ljudskim pravima mora dati suprapozitivna snaga, koja proizilazi iz njihovog svojstva „prirodnog prava“ koje je starije ne samo od države, već i od samog konsenzusa slobodnih građana na kome se temelji ustav (*Neuman, 2002/2003: 1868*).

Koncept „ljudskog dostojanstva“, kao fundamentalno pravilo ljudskih prava i osnova ustavnih sloboda, pravno je formulisano u čl. 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (1948): „Sva ljudska bića rađaju

se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.² Međutim, pravi izvor internacionalizacije „ljudskog dostojanstva“, kao posebne vrednosti nacionalnog i međunarodnog pravnog poretka, nalazi se u Povelji Ujedinjenih nacija (1945) koja je u svojoj preambuli pozvala na vaspostavljanje „vere u osnovna prava čoveka, u dostojanstvo i vrednosti ljudske ličnosti ...“.³ Mada se prve ustavne garancije dostojanstva mogu naći u nekim ustavima s početka dvadesetog veka,⁴ proces konstitucionalizacije ljudskog dostojanstva kao osnovnog prava i primarne vrednosti u pravnoj državi započeo je posle Drugog svetskog rata. Prvi evropski ustav koji je otvorio put konstitucionalizaciji ljudskog dostojanstva, bio je nemački ustav – Osnovni zakon Savezne Republike Nemačke (1949). U prvom članu Osnovnog zakona navodi se da je ljudsko dostojanstvo vrednost demokratskog i socijalnog poretka Nemačke. Sličnu pravnu formulaciju sadrže ustavi Španije (1978) i Portugala (1976), dok italijanski Ustav (1947) to čini podvlačeći istovremeno značaj „socijalnog“ i „ljudskog“ dostojanstva.⁵ Zajedničko ovim građanskim ustavima je da su doneti u dva talasa demokratizacije posle Drugog svetskog rata, nakon perioda diktatorskih režima u kojima su stradala prvenstveno ljudska prava, kao i da su to ustavni dokumenti na koje su uticali spoljni činioci uklapajući ih u tokove nove internacionalne zajednice.

U istočnoevropskim ustavima postsocijalističkih zemalja ljudsko dostojanstvo je zaštićeno kao vrednost ustavnog sistema, ističući to u samoj preambuli ustava (Ustav Bugarske, 1991) ili je ova vrednost proglašena na samom početku normativnog dela ustava prilikom definisanja principa na kojima počiva ustavni poredak (čl. 1 Ustava Rumunije, 1991). Neprikosновенost ljudskog dostojanstva predstavlja merilo u garantovanju principa jednakosti građana (čl. 12 Ustava Slovačke, 1992, Povelja o ljudskim pravima i slobodama Češke, 1993) ili je definisano kao prirodni i pravni izvor svih ljudskih prava (čl. 30 Ustava Poljske, 1997). Ustav Ruske Federacije obavezuje državu da štiti ljudsko dostojanstvo i ne sme činiti ništa što bi ga ugrozilo (čl. 21 Ustava Rusije, 1993).

2 Usvojena i proklamovana rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 10. decembra 1948. godine (*Universal Declaration of Human Rights*).

3 Usvojena 26. juna 1945. godine, a stupila na snagu 24. oktobra 1945. godine (*The Charter of the United Nations*).

4 Pod uticajem novih ideja o socijalnoj pravdi ili pod okriljem stavova dominantne religije (kao što je to bio slu čaj u katoličkim zemljama), neki ustavi doneti na početku 20. veka garantovali su direktno ili indirektno čoveku pravo na dostojan život (Vajmarski ustav 1919, Ustav Finske 1919, Ustav Irske 1937).

5 Čl. 1 Osnovnog zakona Nemačke, čl. 10 Ustava Španije, čl. 1 Ustava Portugala, čl. 41 Ustava Italije.

Time se upućuje da pravo na ljudsko dostojanstvo spada u grupu prava negativnog statusa koja su apsolutno zaštićena, a dužnost je države da se uzdržava od radnji kojima može narušiti individualnu sferu sloboda i prava građana. U novom mađarskom Ustavu (proglašen 25. 04. 2011. godine, stupio na snagu 01. 01. 2012. godine), ljudsko dostojanstvo je osnovna vrednost na koju se poziva u ustavnoj preambuli, kao i u odeljku o ljudskim pravima. Međutim, pojam „ljudskog“ u pravnoj kategoriji „dostojanstva“ obuhvata i fetus od njegovog začeca, pa je tako mađarski Ustav, iako jedan od najmlađih evropskih ustava, uneo konfuziju u pravnom tumačenju prava na prevremeni prekid trudnoće.

Pogrešno bi bilo zadržati se na pukom pobrajanju ustavnih normi koje garantuju neprikosnovenost ljudskog dostojanstva kao osnovno ljudsko pravo. Kao univerzalna vrednost ustavnog poretka, ljudsko dostojanstvo predstavlja rezon i merilo tumačenja svih ustavnih normi, kako onih kojima se garantuju ljudska prava, tako i onih kojima se uređuje sistem vlasti u državi. Za većinu pravnika koncept „ljudskog dostojanstva“ fundiran je na sveukupnosti ustavnih garancija osnovnih prava i sloboda, mada je on istovremeno pretpostavka i uslov njihovog ostvarivanja. Zato se može reći da dostojanstvo čoveka određuje „sadržaj, širinu i granice svih drugih prava“ (G. Dúrig, navedeno prema Bognetti, 2005: 90), odnosno da ono predstavlja apsolutnu vrednost u relativnom okruženju pravnih pravila kojima je profilisan ustavni poredak. Dostojanstvo čoveka postavlja granice delovanja i način postupanja institucija koje mogu na bilo koji način da povrede fizičke ili mentalne slobode pojedinca. Sa druge strane, u odnosima između subjekata prava dostojanstvo je osnovni princip koji predstavlja pravičnu i krajnju granicu u uživanju individualnih prava i sloboda (Bognetti, 2005: 91).

Iako se u ustavnoj klasifikaciji pravo na dostojanstvo može svrstati u osnovna lična prava, ovo pravo ima jaku socijalnu dimenziju, možda i više od ostalih ustavom garantovanih prava. Na ovu osobenost ličnih prava ukazao je još u 17. veku Tomas Hobs (1991: 66), koji je dostojanstvo posmatrao kao «javno dobro čoveka», koje treba da bude zaštićeno «u» zajednici i «od» zajednice. Socijalni aspekt prava na dostojanstvo proizilazi iz «sposobnosti pojedinca da živi pristojno (dolično) u društvu».

Retrospektivni pogled na ustavno normiranje i ustavnosudsku zaštitu ljudskog dostojanstva ukazuje da je napor bio usmeren na jačanje ove univerzalne vrednosti kroz zaštitu osnovnih prava, postavljajući istovremeno standard u ostvarivanju individualnih prava. U isto vreme, razvijena je sadržina i značenje generalnih ustavnih principa, koji su

uspostavljeni kao osnovne vrednosti posle Drugog svetskog rata. Prvi koraci načinjeni su u praksi ustavnih sudova posle „sloma“ ljudskih prava u Drugom svetskom ratu. To je uticalo na implementaciju novih pravila, i to najpre u oblasti krivičnog prava, kojima je zaštićeno ljudsko dostojanstvo. Usledilo je ekstenzivno tumačenje ustavnih principa u oblasti socijalnog sistema, kojima je država preuzela odgovornost za zaštitu „socijalnog dostojanstvo“ svojih građana (na primer, garantovanjem prava na pristojno stanovanje). U novije doba, ljudsko dostojanstvo dobija novu dimenziju kroz zaštitu prava u oblasti genetskog inženjeringa.

4. Regionalizacija u suverenim državama – slabosti unificiranja ustava

U novije vreme princip decentralizacije i proces regionalizacije često dobijaju predznak „moderna ideja našeg doba“ (Hutchcroft, 2001: 23). Talas političke i administrativne decentralizacije zahvatio je veliki broj zemalja sveta u drugoj polovini dvadesetog veka.⁶ Ideja decentralizacije razvijena je u nekoliko pravaca u različitim ustavnim i političkim sistemima. Teško je utvrditi jedinstveni model decentralizacije, a još teže izdvojiti najbolje elemente modela koji bi bili odgovarajući za sve ustavne sisteme. Ovo je posebno važno za zemlje koje su posle raskida sa socijalizmom uvele model građanske demokratije i istovremeno otpočele proces evropske integracije. Proces decentralizacije vlasti, odnosno prenošenje određenih nadležnosti sa centralnih na niže teritorijalne autoritete, postao je jedan od važnih uslova demokratizacije, ali se problem otvorio na nivou utvrđivanja širine i načina prenošenja ovlašćenja centralne vlasti na niže nivoe odlučivanja.

Evropska unija ohrabruje i podržava procese regionalizacije ne samo u državama članicama, već i u ostalim evropskim državama.⁷ Jedna od teorija o nastanku i razvoju evropske integracije posle Drugog svetskog rata zasnovana je na idejama regionalizacije i globalizacije, koje su imale za ishod nastanak Evropske zajednice i potom Unije. Regionalizam u smislu okupljanja geografski upućenih zemalja koristi se kao izraz

⁶ U jednoj studiji Svetske banke navodi se podatak da je 63 od ukupno 75 zemalja u svetu sa preko pet miliona stanovnika, a koje su svrstane u zemlje u razvoju i tranziciji, izvršilo značajnu decentralizaciju prenoseći političku vlast sa centralnih vlasti na lokalne au toritete. (Hutchcroft, 2001: 23)

⁷ To je jasno izraženo u politici EZ od ustanovljavanja Fonda za evropski regionalni razvoj 1975. godine.

konsolidacije i objedinjavanja različitih ekonomskih aranžmana kasnih 80-ih godina prošlog veka.⁸ Pojam Evropa-regiona dobija sve više na ekonomskom i političkom značaju, jer regionalno povezivanje obezbeđuje neposrednu saradnju i kreiranje politike od strane građana i evropske administracije. To ne umanjuje uticaj državnih autoriteta, ali građanima evropskih zemalja pruža mogućnost da izraze svoje potrebe i razviju svest o pripadnosti, naročito u okviru Unije. Jačanje demokratske reprezentacije i institucionalnog kapaciteta na nivou regiona odgovara osnovnim ciljevima Evropske unije. Teritorijalna organizacija zasnovana na regionalizaciji u državama članicama obezbeđuje „implementaciju evropskog principa supsidijarnosti“ i preko regionalnih autoriteta omogućava učešće u „partnerskoj“ odgovornosti za razvoj i implementaciju regionalne politike (Lagendijk, 2003: 4).

Države istočne Evrope našle su se devedesetih godina prošlog veka u procesu građanske konstitucionalizacije. Jedan od pokazatelja demokratizacije predstavljao je i nivo razvijenosti nižih autoriteta i njihov odnos prema centralnim državnim organima. U procesu demokratske tranzicije centralna vlast je preuzela inicijativu i staranje o pitanjima u domenu nacionalne politike. Međutim, ako politika deluje globalno, posledice ovog razvoja ispoljavaju se lokalno i pogađaju građane direktno. Tu je nastao značajan sudar između centralne i lokalnih vlasti. Sistem lokalne samouprave u doba socijalističke ustavnosti bio je direktno pod uticajem centralnih partijskih organa i lojalnost prema centralnoj vlasti nikada nije dovedena u pitanje. Urušavanjem ovog sistema nestao je privid sklada i organizovanosti, jer su kompeticija i utakmica postali relevantni na svim nivoima organizovanja autoriteta, od lokalnih do centralnih. Veliki broj postkomunističkih zemalja okrenuo se novim principima teritorijalnog organizovanja, a sve inspirisane željom za ulazak u Evropsku uniju. U procesu priključenja Uniji istočnoevropske države imale su pred sobom zadatak da izvrše strukturne promene u oblasti teritorijalne organizacije države (Keating & Hughes, 2003: 89–105). One su preduzele korake u normativnoj sferi, pretežno u okviru postojećih ustava donetih u poslednjoj deceniji prošlog veka, a danas su ovi regioni vidljivi na mapi Evrope i aktivni na evropskoj ekonomskoj sceni.

8 Preteču institucionalizovanog regionalnog povezivanja u Evropskoj uniji predstavlja Skupština evropskih regiona kao oblik povezivanja geografskih regiona lociranih u Evropi, dok je polovinom devedesetih godina obrazovan Kongres opština i regiona u čiji sastav ulaze lokalna i regionalna predstavništva država članica Saveta Evrope. (Rosamond, 2000: 179)

Prvi koraci koje su istočnoevropske države preduzele početkom devedesetih godina proizašli su iz dva zahteva. Prvo, početak rekonstrukcije ustavnog sistema i uspostavljanje osnovnih principa građanske demokratije u oblasti ljudskih prava, organizacije vlasti i demokratizacije, kao i rekonstrukcija principa lokalne samouprave i teritorijalnog uređenja po uzoru na zapadnoevropske sisteme. Drugo, proces integracije i ulazak u tokove priključenja Uniji obuhvatio je proces ustanovljavanja i organizovanja regionalnih jedinica i unapređenja lokalne samouprave (Marcou, 2002: 13). Ipak, trebalo bi uvažiti značajnu činjenicu da Evropska unija ima širu i uticajnije moć u pogledu zemalja koje se nalaze u postupku pridruživanja nego što je to slučaj sa zemljama koje su već integrisane. Naime, pitanje unutrašnje teritorijalne organizacije i decentralizacije države spada u oblast državnog suvereniteta i o tome sve države članice samostalno odlučuju u skladu sa svojim ustavnim odredbama. Stare države članice su u određenoj meri ovo pitanje već uredile, dok su države koje se nalaze u postupku pregovaranja i pristupanja pod jačim uticajem evropskih vlasti i evropske politike u pogledu strukturiranja i primene principa decentralizacije. Treba uzeti u obzir i činjenicu da se procesom pridruživanja Evropskoj uniji očekuju najveće promene upravo na nivou regionalnih vlasti koje će biti subjekat dubokih promena, a njihov ustavni status je manje konsolidovan nego u starim državama članicama (Brusis, 2003: 89–105).

Ne samo da proces integracije novih država u Evropsku uniju pretpostavlja decentralizaciju kao jedan od osnovnih uslova, već i obrnuto, efekti evropske integracije mogu se videti upravo na nivou teritorijalnih (regionalnih) i lokalnih jedinica (Hughes, Sasse & Gordon, 2002: 1–3). Ono što bi bili pretpostavljeni efekti od pridruživanja Uniji, a koji bi se direktno odrazili na nivo lokalnih i regionalnih vlasti su sledeći: 1) suštinska korist od evropskih strukturnih fondova i 2) značajna promena odnosa centralnih vlasti prema lokalnim i regionalnim autoritetima u pogledu preraspodele troškova i sredstava. Evropska unija je u procesu proširivanja zainteresovana za komunikaciju sa nižim autoritetima, lokalnim i regionalnim, zato što se očekuje da će oni značajno uticati na obrazovanje i profilisanje javnog mnjenja. Tome treba dodati da se na ovaj način utiče na očekivanu referendumsku podršku prilikom integracije i prihvatanja osnovnih pravila Unije.

Uprkos pokušaju unificiranja, može se uočiti velika razlika u stepenu decentralizacije unutar Evropske unije, što ukazuje da u ovoj oblasti ne postoji jedinstveni model za sve države. Sa jedne strane nalaze se države koje imaju federalni sistem (Austrija, Nemačka, Belgija), zatim

države sa visokim stepenom decentralizacije (Španija, Italija, Ujedinjeno Kraljevstvo) i države koje su zadržale centralizovani model (Francuska, Irska). Princip supsidijarnosti i formiranje Komiteta regiona u Savetu Evrope imaju veliki uticaj na razvoj i povećanje značaja regionalnih vlasti u Evropi. Još uvek se, međutim, ne može govoriti o jedinstvenom "evropskom kalupu" regionalne organizacije kako u državama članicama, tako i u državama koje se kandiduju. Zato su modeli decentralizacije u novim članicama otvoreni za diskusiju, pri čemu se polazi od specifičnih istorijskih, političkih, ekonomskih i drugih okolnosti koje stvaraju uslove za uvođenje tzv. međunivoa vlasti i autoriteta u državi (Hughes, Sasse & Gordon, 2002: 1–3).

5. Zaključak

Posledica procesa globalizacije u domenu ustavotvorne vlasti je preuzimanje postojećih obrazaca bez obzira na konkretne uslove i društveni ambijent u kome ustavne institucije treba da funkcionišu. Utoliko se problem globalizacije u domenu razmatranja ustavnog prava na temelju normativnog okvira više ne može tretirati samo komparativno, upoređivanjem ustavnih tekstova, već i na osnovu ustavnog praktikovanja određenih pravnih načela, kao i pravila političke igre koja diktiraju nosioci političkih procesa.

Jedan od pozitivnih primera unificiranja ustava donetih posle Drugog svetskog rata, kao i u međunarodnim izvorima ljudskih prava, je to što se na primarnom mestu u sistematizaciji ličnih prava, koja imaju obeležje «odbrambenih» prava, našlo ljudsko dostojanstvo. Ono je obezbedilo poziciju ne samo «novog» subjektivnog prava, već i kvalitet opšteg načela pravne države. Ljudsko dostojanstvo je ustanovljeno kao merilo i vrednost poretka ljudskih prava u ustavnoj državi. Pravo čoveka na neprikosnovenost dostojanstva, kao osnovno lično pravo, i garancije «ljudskog dostojanstva», kao ustavni princip, uklopljeni su u savremeni koncept ustavne države koja počiva na principima vladavine prava. Ustavne garancije neprikosnovenosti ljudskog dostojanstva otvorile su pitanje odnosa države prema pojedincu i, u tom kontekstu, preispitivanje značaja prava negativnog statusa (*status negativus*) za funkcionisanje pravne države. Minimalna sadržina ove ustavne vrednosti obuhvata tri elementa: prvo, pravo svakog da uživa garancije kao ljudsko biće; drugo, da ova suštinska vrednost čoveka bude poštovana od drugih, jednakih članova zajednice; i treće, da ova vrednost bude zaštićena «od» države, tj. od svakog mešanja ili ograničavanja od strane nosilaca vlasti.

Sa druge strane, procesi internacionalizacije i globalizacije doveli su do novih formi „pritisaka“ na ustavotvornu vlast u pogledu državnog uređenja, odnosno profilisanja vertikalne organizacije vlasti. Tako je načelo decentralizacije „preplavilo“ većinu evropskih država nakon Drugog svetskog rata, što je podrazumevalo prenošenje ovlašćenja centralne vlasti, u većem ili manjem obimu, na niže nivoe odlučivanja. Međutim, u procesu praktikovanja ovog ustavnog načela otvorile su se „zamke“ decentralizacije koje su zahvatile i zemlje sa dugom tradicijom u građanskoj ustavnosti i primeni principa pravne države. U savremenoj literaturi postoji mnoštvo argumenata u korist decentralizacije, što se često pravda krunskim dokazom, tj. potrebom ulaska u sistem Evropske unije. Međutim, „zamke“ decentralizacije su jasne i one se ogledaju u tome što ustavni sistemi koji nisu „zreli“ u svim segmentima demokratizacije mogu imati problem u pogledu slabljenja ionako krhkih ustavnih institucija i njihovog kapaciteta vlasti na nižim nivoima organizovanja. Osim toga, utvrđivanje optimalne veličine jedinica teritorijalne autonomije može slabiti očekivani ekonomski učinak, naročito u odnosu na postojeću strukturu i mrežu lokalne samouprave.

Literatura

Berkowitz, D., Pistorc, K., Richard, J.F. (2003). „Economic development, legality, and the transplant effect“. *European Economic Review*. 47. 165–195.

Bognetti, G. (2005). „The concept of human dignity in European and US constitutionalism“. In G.Nolte, (ed.) *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 85–107.

Brusis, M. (2005). „The Instrumental Use of European Union Conditionality: Regionalization in the Czech Republic and Slovakia“. *East European Politics and Societies*. Vol. 19. No. 2. 291–316.

Go, J. (2003). „A Globalizing Constitutionalism? - Views from the Postcolony, 1945-2000“. *International Sociology*. Vol. 18. No. 1. 71–96.

Dimitrijević, N. (2015). „Constitutional theory in times of crisis: Power, law and morality“. *Philosophy and Social Criticism*. 42(3). 227–245.

Elster, J. (1992). „Making sense of constitution-making“. *East European Constitutional Review*. Vol. 1. No. 1. 15–17.

Keating, M., Hughes, J. (eds). (2003). *The Regional Challenge in Central and Eastern Europe, Territorial Restructuring European Integration*. Paris: Presses interuniversitaires européennes.

Law, D. S., Versteeg, M. (2011). "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism". *California Law Review*. No. 99. 1163–1258.

Legendijk, A., "Regionalisation in Europe. Stories, institutions and boundaries". In H. V. Houtum, O. Kramsh, W. Zierhofer (eds.). *Bordering Space*. Ashgate. 77–92.

Marcou, G. (2002). *Regionalization for Development and Accession to the European Union: a Comparative Perspective*. Budapest. Local Government and Public Service Reform Initiative.

Neuman, G. L. (2002/2003). "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance". *Stanford Law Review*. Vol. 55. 1863–1900.

Rosamond, B. (2000). *Theories of European Integration*. New York: Palgrave.

Sieyès, E. J. (1789). *What is the Third Estate?* (<http://pages.uoregon.edu/dlubke/301ModernEurope/Sieyes3dEstate.pdf>)

Schauer, F. (2005). "On the Migration of Constitutional Ideas". *Constitutional Law Review*. No. 37. pp. 907–919.

Sweet, A.S. (2004). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford Scholarship Online.

Halliday, T.C., Osinsky, P. (2006). „Globalization of Law“. *Annual Review of Sociology*. Vol. 32. 447–470.

Hobs, T. (1991). *Levijatan*, Niš; Gradina.

Hutchcroft, P.D. (2001). "Centralization and Decentralization in Administration and Politics: Assessing Territorial Dimensions of Authority and Power". *Governance: An International Journal of Policy and Administration*. Vol. 14. No. 1. 23–53.

Hughes, J., Sasse, G., Gordon, C. (2002). "The Ambivalence of Conditionality: Europeanization and Regionalization in Central and Eastern Europe". *ECPR Joint Sessions Turin*, London School of Economics, European Institute and Department of Government.

Cohen, J. L. (2012). *Globalization and sovereignty – Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism*. Cambridge University Press.

Cranston, M. (1991). „U čemu se sastoje ljudska prava“. u V. Vasilijević (ur). *Prava čoveka – Zbornik dokumenata o pravima čoveka*. Beograd: Prometej.

Choudhry, S. (ed.). (2006). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press.

Choudhry, S. (1999). "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*. No. 74. 820–892.

Irena Pejić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

CONSTITUTIONAL UNIFICATION ON THE GLOBAL SCALE

Summary

In constitutional theory, the adoption of the first constitutions or the implementation of radical constitutional changes is qualified as the initial act of confirming the constituent power, which shall functionally justify the existence of the national community and its identity. However, as a result of globalization, this function of the constitution may be retained only in procedural terms, which implies that the constituent power “plays” the intended role only formally in order to stabilize and strengthen the regulatory framework for the operation of the state and the exercise of its sovereignty. On the other hand, the substantive aspect of constitutional creation of the legal order has been weakening for years and has almost disappeared in the conditions of constitutionalization of international law and globalization of international legal order. Namely, as the constitution-makers are unable to exercise their original “constitutional design” function of “creating” the constitutional order, they have to resort to “borrowing” the constitutional solutions that are considered to be acceptable and proven in practice. In comparative constitutional law, Frederick Schauer uses the new term “migration of constitutional ideas” as an attempt to explain (in milder terms) what has been happening in countries that have experienced a complete constitutional revision.

The substantive aspect of the constituent power has been reduced to the level of borrowing legal principles from the “buffet”, although it also does not entail/imply full freedom of choice; namely, the “menu” is limited depending on the position of the specific state in international relations (e.g. the state’s position in the European integration process). Therefore, it seems that the normative analysis of the Constitution (with a capital letter “C”) must be replaced by the analysis of the constitutional practice (constitution in reality - with a small letter “c”), given the fact that in the course of its development the constitutional order has spun out of control of constitution-makers and is now operating as the so-called “living constitution”. It all points to a significant erosion of the traditional constituent power, if not in its entirety, then at least in terms of some of its functions.

Keywords: Constitution, globalization, comparative constitutional law.

Dr Radomir V. Lukić*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Istočnom Sarajevu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776051L

UDK: 342.22

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

NACIONALNO PRAVO I GLOBALIZACIJA**

Apstrakt: U radu se ispituju međusobne veze globalizacije, države i nacionalnog prava, sa ciljem da se odgovori na pitanje kakva sudbina čeka nacionalno pravo u eri globalizacije. Polazi se od pretpostavke da sudbina nacionalnog prava zavisi od sudbine nacionalne države. Ako nacionalna država slabi i „izumire“, ista sudbina čeka i nacionalno pravo. Pošto je globalizacija proces bez jasnog koncepta i krajnjeg cilja, nacionalna država, nacionalno pravo imaju budućnost, kao i do sada. Mogućnosti za stvaranje svetske vlasti, svetske države i globalnog prava kao sistema univerzalnih normi za sada nisu velike. Isto vredi i za mogućnost da dobrovoljnim konsenzusom država bude stvoren uniformni i univerzalni sistem pravni normi za celi svet. No, to ne znači da do konvergencije među nacionalnim pravnim sistemima ili pojedinim njihovim pravnim granama neće dolaziti.

Ključne reči: globalizacija, nacionalna država, nacionalno pravo, globalizacija prava, recepcija prava, pravni transplantati.

* radomirv.lukic@pravni.ues.rs.ba

** Odabrani naslov priloga mogao je da glasi i nešto drugačije da je sintagma „nacionalno pravo“ zamenjena nekom drugom, podjednako legitimnom sintagmom, koja bi zaobišla atributivni prefiks „nacionalno“ i da je upotrebljen drugi prefiks sa istim značenjem, kao, na primer, prefiks „unu trašnje“, „interno“, „lokalno“, „municipalno“ itd. Međutim, odlučio sam se za označeni prefiks nekako po inerciji naviknu tog korišćenja, bez svesnog ili podsvesnog orijentisanja na eventualni odlučujući značaj odabranog atributivnog prefiksa „nacionalno“ i njegovo gotovo uobičajeno i podrazumevano značenje, koje prvenstveno upućuje na sudbonosnu vezu između nacije i države, te nacionalne države i njenog prava. Mada, sa druge strane, ovaj prefiks više nego drugi navedeni odgovara pojmu globalizacije kao njemu kontraran pojam.

1. Uvod

Već relativno dugo, termini i reči, termini (i pojmovi) svetski sistem, globalizacija, globalizam, mondijalizacija, internacionalizacija, transnacionalizacija, denacionalizacija, nadnacionalizacija, deregulacija, desuverenizacija i deteritorijalizacija, u odnosu i vezi sa terminima i pojmovima nacionalnog prava, međunarodnog prava, transnacionalnog prava i nadnacionalnog prava, predmet su stalnog interesovanja raznih društvenih nauka. Interesovanja se ispoljavaju u širokom rasponu od socijalne futurologije, preko geopolitike, sve do pokušaja ozbiljnijeg i utemeljenijeg naučnog proučavanja promena koje su nastupile i koje uskoro realno mogu da se očekuju u postojećem poretku svetskog društva država, ali i u nacionalnoj državi.

Među brojnim pitanjima koja se u ovakvom okruženju veoma često postavljaju su i pitanja o tome kako globalizacija može da utiče na prirodu prava, osnov njegove obaveznosti i osnov njegovog važenja, njegovu sadržinu, tj. pravne institute i pravnu tehniku, pa time i na sudbinu nacionalnog prava, u svim vidovima i oblicima takvog uticaja, i da li globalizacija u svom konačnom ishodu može da dovede do nestanka nacionalnog prava i zameni ga nekim univerzalnim „globalnim“ pravom. I, uopšte, a više od prethodnog, može li globalizacija da donese neku kapitalnu, epohalnu i do sada neviđenu promenu u opštem konceptu prava, osnovu njegovog važenja i osnovu njegove obaveznosti, pravnim institutima javnog prava i privatnog prava i odnosu prema moralu. Spisak mogućih ozbiljnih i važnih pitanja nije ni izdaleka iscrpljen ovim koja su postavljena u gornjim redovima, a ni sam rad neće se baviti svim tim pitanjima.

U izuzetno narasloj literaturi o odnosu globalizacije i prava značajno mesto zauzimaju radovi koji su posvećeni pitanju sudbine nacionalnog prava (i nacionalne države) u eri globalizacije. Ovim skromnim radom pridružujemo se onima koji su pokušali da daju delimične i ograničene uvide u gornje pitanje. Pogled koji se nudi u ovom radu daleko je od obuhvatnog, celovitog i dovršenog, jer globalizacija prava je višedimenzionalan i kompleksan proces.

Naslov rada ne upućuje precizno na njegovu sadržinu, na neki način je preširok. Iza njega se nalazi skroman pokušaj da se sagleda odnos onoga što se pod globalizacijom podrazumeva prema nacionalnom pravu koga stvara nacionalna država, pa odatle i odnos globalizacije prema nacionalnoj državi.

2. Globalizacija

Svaki govor o sudbini nacionalnog (unutrašnjeg, municipalnog, lokalnog) prava u vremenima globalizacije svakako zahteva prethodno opredeljenje u odnosu na samu globalizaciju, tj. njeno (pojmovno) određenje. Od toga šta se podrazumeva pod terminom i rečju globalizacija uveliko zavise i mogući odgovori na pitanje kakvu sudbinu očekuje nacionalno pravo u takvom globalnom i globalizacijskom okruženju.

Međutim, u tom pogledu situacija nije sjajna, jednoznačna i monolitna. Zapravo, na delu je sve suprotno tome. Kao, uostalom, i u brojnim drugim pitanjima i sa brojnim drugim pojmovima koji se na ovaj ili onaj način vezuju za promene, razvoj, progres, regres i slične sadržajno-vremensko- prostorne koncepte. U pogledu globalizacije postoje mnogi nesporednosti, razlike, konceptijski sukobi i nerazumevanja. Ona počinju od pitanja da li je (današnja) globalizacija nova istorijska pojava, ili je ona na, drugačiji način ponovljena, istoriji već poznata pojava, preko pitanja da li se ona odnosi samo na promene zaista globalnog dometa ili i na sve regionalne, nadnacionalne i subnacionalne promene koje dovode u pitanje koncept, funkcije i ulogu nacionalne države, pa sve do njenog sadržajnog, vremenskog i prostornog određivanja. U skladu sa tim postoje i mnogi (prilično različiti) odgovori na ova i (brojna) druga, ovde neizrečena, ali veoma važna pitanja. Svakako da rad ovog obima i osnovnog predmeta, koji se tiče budućnosti nacionalnog prava u procesu globalizacije, nije najpogodnije mesto za iole obuhvatnije analiziranje postojećih određenja (i definicija) globalizacije, zbog čega se, u svrhu rasprave o osnovnom predmetu ovog rada, daju samo njihove blage konture, odnosno nedovoljno omeđene siluete te problematike.

Reč globalizacija je prvi upotrebio i njen koncept prvi razvio Ronald Robertson u dva svoja rada, jednom iz 1966. i drugom iz 1968. godine (Milardović, Njavro, 1999: 9). Iako mnogi smatraju da je globalizacija nastala tek u drugoj polovini dvadesetog veka, kao (gotovo „prirodan“) posledični proizvod neslućenih tehničkih i tehnoloških promena, koje su „sabile“ (i smanjile) vreme i prostor, i kao jedinstven, neponovljiv, neizbežan i nezaustavljiv istorijski proces, postoje osnovani i dobro argumentovani stavovi o tome da je, zapravo, danas na delu već druga, treća, odnosno četvrta po redu globalizacija, pošto su prethodne dve, odnosno tri (zavisno od autora koji se bave ovim problemom) ostvarene u 14, 18. i 19. veku (Santos, 2002: 16; Mark, 2001: 177; Kennedy, 2006: 19). Sadašnji talas globalizacije se kod većine autora razlikuje od prethodna dva, odnosno tri talasa nezabeleženim sabijanjem (kompresijom) vremena

i prostora koji dopušta da se i bez fizičkog prisustva u nekom delu sveta na njega utiče od subjekta koji je fizički veoma udaljen, zbog čega je današnja globalizacija „neumoljiva integracija tržišta, nacionalnih država i tehnologija u stepenu koji do sada nije viđen“ (citirano prema Mark, 2001: 1177). Neki razliku treće (četvrte) globalizacije u odnosu na prve dve/tri nalaze samo u tome što je tekuća treća, odnosno četvrta globalizacija u svemu ili najviše „američka globalizacija“, dok prethodne dve, odnosno tri to nisu bile, pa je, prema tim shvatanjima, sadašnji „talas globalizacije“ u stvari „amerikanizacija sveta“ (Mattei, 2003: 383–384; Twinig, 2000: 4; Nader 1998: 751, 754; Shapiro, 1993: 47–48, 61–64).

Pod (opštim pojmom) globalizacije u literaturi postoje različita određenja sadržaja i obima ovog pojma, od kojih neka međusobno korespondiraju, dok sa drugima to nije slučaj. Razlikovanje je u toj meri veliko da logički možemo da govorimo o terminološkoj zbrci, a jezički o pojavi sinonimije u reči „globalizacija“.

Naime, neki autori pod globalizacijom podrazumevaju tek, odnosno samo odnose međuzavisnosti i međusobnih uticaja, tj. kao „proces rastuće povezanosti među društvima tako da događaji u jednom delu sveta imaju sve više i više uticaja na veoma udaljene ljude i društva“ (Smith, 2005: 8; Gidens, 2001: 59).

Do takvog, u dosadašnjoj ljudskoj istoriji nezabeleženog, rasta međusobnog uticaja društava i njihovih nacionalnih država dolazi, pre svega, zbog veoma velikog broja formalnih (i formalizovanih), kao i neformalnih transnacionalnih akcija različitih državnih i nedržavnih aktera, koje prevazilaze granice nacionalnih država i nemogućnosti nacionalnih država da kontrolišu i usmeravaju sve takve transnacionalne akcije i podvrgnu ih svom vlastitom pravnom režimu. Međusobni uticaj društava i nacionalnih država znatno se povećava širenjem ekonomskog, političkog i kulturnog liberalizma, koji se pojavljuje u obliku (pravne) deregulacije, odnosno kao prepuštanje velikog, pa i pretežnog broja tih odnosa slobodnom uređivanju od strane njihovih učesnika, pojedinaca i njihovih udruženja, nevladinih organizacija pre svih drugih, u obliku privrednih društava i građanskih nacionalnih i međunarodnih nevladinih organizacija. Ovakav stav vodi i ka posebnom prostornom i strukturnom obuhvatu procesa koji se podvode pod procese globalizacije, pa se pod njima podrazumeva svaki proces koji prostorno i strukturno nadrašta, nadilazi i prerasta granice i poredak nacionalne države, zbog čega se u sadržaj pojma globalizacije uvrštavaju i procesi

internacionalnog (u smislu vestfalskog međunarodnog poretka), supranacionalnog, regionalnog i dijaspornog (uglavnom u smislu ekonomske i političke migracije) dometa. Po njima, u tekućem vremenu, ogromna većina procesa koji nadržavaju granice nacionalne države odvija se upravo na tim ravnima, uključujući i subnacionalnu ravan, posebno u kontekstu međunarodne saradnje subnacionalnih jedinca (Twining, 2009: 4).

Drugi u globalizaciji vide proces koji već sigurno vodi ka uspostavljanju jednog jedinstvenog (svetskog) poretka zbog širenja globalnih problema i globalnih potreba koje nacionalne države kao takve ne mogu da rešavaju same, bez jednog transnacionalnog poretka, čije je skoro buduće oblikovanje već sasvim izvesno. Današnji problemi koji zahtevaju globalno rešavanje su ekološki (planetarni) problemi, svetsko tržište, zaštita od genocida i drugih zločina protiv čovečnosti i međunarodnog mira, migracije ljudi, trgovina ljudima, naknada deliktne štete u transnacionalnim pravnim odnosima i terorizam. Treći u globalizaciji vide čak i sam takav (već) ustanovljeni globalni (svetski) poredak ili barem njegove osnove, na kojima će se graditi celovita institucionalizacija globalnog poretka. Ovakvo poimanje globalizacije podrazumeva globalizaciju u bukvalnom smislu te reči, kao proces koji bukvalno zahvata „svet ako celinu“, kao jedno, koji, dakle, ne zaobilazi nijedan njen deo, već u svakom njenom uglu proizvodi iste posledice i podleže istom režimu.

Sa dosta razloga može da se zaključi da je globalizacija višestran proces koji (još uvek) nije postao učvršćen poredak. Ona je, takođe, još uvek, nerazgovetan i nedovoljno jasan koncept, i pored toga što je široko tretirana i čak u svakodnevnom govoru skoro nezaobilazna. Ona još uvek ostaje nedovoljno otkriven i oblikovan proces i nedovoljno promišljen i nedovršen koncept. Odatle, o postojanju nekog opšteprihvaćenog plana i koncepta globalizacije, dakako, još uvek ne može ni da se govori.

Međutim, i pored toga, postoji potreba da se procesi, oblici, sadržaji i posledice sve veće saradnje država i nedržavnih aktera i njihovih transnacionalnih veza i odnosa objektivno utvrđuju i kritički promišljaju, pošto je očigledno da ti procesi postoje, kao i globalni problemi za čije je rešavanje nužna saradnja svih postojećih država.

O globalizaciji postoje i međusobno suprotstavljeni stavovi u novijoj literaturi, što je u vezi sa odnosom raznih autora prema globalizaciji i njenim vrednostima, koje D. Held deli na hiperglobaliste, transformacioniste i skeptike (McGrew, Goldblatt, Perraton, 1999: 3–11).

Dosta grubo pojednostavljujući pomenute razlike među pristalicama ta tri odnosa prema globalizaciji, moglo bi da se kaže da hiperglobalisti neguju diskurs o globalizaciji koji u globalizaciji vidi liberalizaciju i globalnu integraciju tržišta sa pravom koje ga reguliše, kao prirodnim pravom, neizbežan i nepovratan (ireverzibilan) proces promena dosadašnjeg sveta, „prirodan razvoj“ za koji čovek nije uopšte odgovoran (jer je nastao bez čovekove volje i njegovog delovanja), kojim čovek ne može da upravlja (pošto se radi o „neupravljivoj“, „prirodnoj“ procesu), korist za svakoga u/na svetu i progresivno širenje liberalne demokratije u svetu.

Skeptici smatraju da je to pogled na globalizacione procese odozgo i upravo u tim (i još nekim) elementima globalističkog diskursa vide, zapravo, elemente ideologije, a ne naučnog odnosa prema fenomenu sve veće saradnje i međudelovanja današnjih ljudi, država i nedržavnih subejkata (Steger 2002: 67–68).

Kritike koje se upućuju postojećim konceptima i praksi, odnosno praksama globalizacije (a neki autori govore čak i o postojanju više globalizacija u različitim oblastima društvenog i državnog delovanja, a ne o jednoj, jedinstvenoj i monolitnoj globalizaciji, jer ona, po njima, kao takva i ne postoji) često su obuhvatne i u priličnoj meri realne. Iako se međusobno razlikuju, ipak počivaju na nekim značajnim zajedničkim elementima. Neke od kritika počivaju na „pogledu odozdo“, odnosno na pogledu onih koji tim procesima gube i koji su u podređenoj ulozi (Santos, Rodrigez-Garavilo, 2005: 2–6, 10).

Pri tome, prvenstveno se radi o kritičkom odnosu prema (krajnjem) liberalizmu, odnosno danas preovlađujućem praktičnom ekonomskom, socijalnom i političkom neoliberalizmu, na kome počiva tekuća globalizacija. Takvom konceptu globalizacije prigovara se da je hegemonistički, nametan odozgo, te da je nasilno uniforman i unifikujući, i da, na kraju, korist ne donosi svima, već samo malom broju ljudi sa „zapada“ kugle. Pogled na današnju globalizaciju „odozdo“ je, prema takvim kritičarima, sasvim drugačiji. Ako se možda donekle i može prihvatiti stav da je kraj „hladnog rata“, koji se kod proponenata globalizacije i globalizma uzima kao čas kada su uslovi za širenje i razvoj globalizacije ponovo nastali, ne može se izbeći tvrdnja da je „buđenjem“ umesto ranijeg sukoba Zapad-Istok nastao novi, istina delom drugačiji, sukob Sever-Jug. Tvrdi se da se zapravo ne radi o globalizaciji na novim (pravednijim) osnovama, već o „zapadnizaciji“ (vesternizaciji) i amerikanizaciji nezapadnog dela sveta. Zato je

postojeći i nametani koncept neprihvatljiv. Međutim, kod kritičara ne postoji potpuni animozitet prema globalizaciji, ali globalizaciji koja je nehegemonistička.

Hiperglobalisti odgovaraju skepticima, tj. kritičarima nametanog koncepta globalizacije da kritikujući tekuću globalizaciju zastupaju državocentričan model „regulacije“ i političke organizacije, koji je prevaziđen zato što je disfunkcionalan prema rastućim problemima koji nadilaze strukturne mogućnosti i kapacitete nacionalne države.

3. Nacionalna država u procesima globalizacije

Iako ima shvatanja da je država uopšte, kao najapstraktniji pojam koji se tiče organizovanog i na prinudi, pa u konačnom i na fizičkoj sili, zasnovanog političkog organizovanja društva, stara koliko i sama politička vlast, ipak je nacionalna država sa svim svojim (današnjim) svojstvima pojava novijeg doba i vezuje se za nastanak moderne države. Ona je „stara“, dakle, tek nešto više od dvesta godina. Sa njom se pojavilo i nacionalno pravo, kao njena tvorevina, bez obzira da li je u njegovom stvaranju preovladavao prirodnopravni (koji insistira na otkrivanju prava, a ne na njegovom stvaranju od strane države), istorijskopravni ili pak pozitivistički pristup.

Za nacionalnu državu i naciju vezana su brojna i složena pitanja, na koja ni do danas nema zadovoljavajućeg naučnog i teorijskog odgovora. Počev od uzroka i uslova njenog nastanka, pa sve do njene svrhe i međusobnih odnosa država. Sva su vezana i za pravo koje nacionalna država sama stvara i primenjuje ili koje drugi stvaraju a država ga samo primenjuje. Iako je kod različitih naroda nastajala u različitim istorijskim i socijalnim okolnostima, zadatak nacionalne države je bio da određenoj (velikoj) socijalnoj grupi, koja je bila povezana različitim objektivnim i subjektivnim elementima, obezbedi političku samostalnost, zaštititi njene interese i obezbedi joj razvoj, u odnosu na druge takve velike grupe koje su takođe formirale svoje nacionalne države. Iako u vreme nastanka prvih nacionalnih država nije bilo izričito spominjano i proklamovano, kao što je to činjeno posle Prvog svetskog rata i, posebno, Drugog svetskog rata, u podlozi svega stajalo je (neizrečeno ali na neki način podrazumevano) pravo na samoopredeljenje, koje je podrazumevalo pravo na slobodan izbor budućnosti nacije, na samostalnost i na (samo)organizaciju svoje države. Trebalo je da nacionalna država izrazi, jemči i zaštititi samosvojnost i osobenost nacije kao posebne socijalne grupe i da zaštititi njene zajedničke interese u svim sferama

društvenog života, od ekonomije, preko politike, kulture, sve do prava i subjektivnog osećanja vlastite vrednosti. Utoliko je i državno pravo trebalo da sve to izrazi i jemči: opštost i ujednačavanje u nacionalnoj državi, a posebnost u odnosu na druge nacionalne države. Sve to je bilo izraženo kako u unutrašnjem pravu, tako i u međunarodnom pravu, pojmom (unutrašnje i spoljašnje) suverenosti države.

Međutim, i pored gorkih iskustava svetske istorije sa apsolutizacijom suverenosti države (kako, uostalom, biva i sa svim drugim pojmovima i institutima kada se shvataju i primenjuju na apsolutan, ničim ograničen, odnosno na neograničen način), od samih početaka postojanja moderne države nacije, odnosno modernih država nacija, postoje tokovi koji svedoče o postojanju srodnih pravnih instituta, pa i pravnih sistema, iako bi, možda, apsolutizacija državne suverenosti uputila na zaključak da će nacije države da se veoma mnogo razlikuju jedna od druge i da će teško biti da se pronađu dve iste ili visoko slične državnopravne „mustre“. Do pojava sličnosti struktura, organizacija i prava u modernoj državi došlo je zbog postojanja saradnje i koegzistencije modernih država, koje su, manje-ili više, uvek bile upućene na međusobnu saradnju i neku vrstu udruživanja, ali i zbog opšteg kulturnog napretka. Do sličnosti je dolazilo i zbog tzv. „kolonijalne globalizacije“, kojom su metropole direktno „transplantovale“ svoje strukture, organizaciju i pravo u kolonije, eliminišući dotadašnji poredak u kolonijama i pravila kojima je on uspostavljen i reprodukovano. Ipak, i pored toga, postojale su i znatne razlike, u tzv. drugom socijalističkom svetu, čiji se geografski raspored suzio posle pada Berlinskog zida i „gvozdene zavese“ uopšte, kao sinonima za izolaciju SSSR i njegovih „satelita“ i odbijanje vrednosti i prava zapadnog sveta. Razlike su postojale i pre uspostavljanja „gvozdene zavese“, a ne samo od njenog uspostavljanja i počivale su na razlici pravnih tradicija i pravnih kultura u svetu, koje su se održale i do danas u nekim pravnim granama i oblastima, u nekim modernim državama. Razlike su se, osim tradicijom i kulturom, pravdale i pravnom suverenosti države koja joj je načelno omogućavala da stvara pravo kakvo želi.

Danas se u delu literature o državi, postmodernosti i globalizaciji u pitanje dovodi upravo koncept suverenosti države. Globalizacija se, kako ističu neki autori, dobrim delom zasniva na njenom konfrontiranju sa nacionalnom državom i zahtevu da ona bude transformisana (Armin von Bogdandy, 2004: 886–888). Pojavljuju se i stavovi o tome da država, zapravo, raspolaže ograničenom suverenosti, do koje dolazi zbog transnacionalizacije i globalizacije.

Međutim, drugi drže da je globalizacija već sada dovoljno odmakla od svoje početne definicije visokog međusobnog uticaja društava jednih na druge zbog „kompresije prostora i vremena“, i da se već naziru konture tzv. transnacionalne države, odnosno države koja „prevazilazi nacionalnu državu“ koja joj je podređena i koja nacionalnu državu već drži pod svojom političkom kontrolom (Aspekti globalizacije, 2003: 248–9).

Čak se i Marks na neki način vaskrsava, jer se ponekada opet govori o odumiranju (ili izumiranju) države, za sada samo nacionalne države (Petrović, 2003: 287; Santos, 2002: 26), u korist transnacionalne države. Zametak transnacionalne države često se pronalazi na primeru Evropske unije. Transnacionalna država se, ipak, zamišlja uglavnom kao superdržava, a ne kao oblik njenog prevazilaženja „nečim“ što označava nov kvalitet.

Treći ocenjuju da globalizam i globalizacija neće još uvek dovesti u pitanje sam opstanak nacionalne države, ali će da dovedu do njenog redefinisanja, odnosno transformisanja, pre svega putem denacionalizacije i deregulacije državnog uređivanja niza prekograničnih i transnacionalnih odnosa i denacionalizacije celog niza pitanja, odnosno pravnih stvari iz dosadašnje nadležnosti, odnosno jurisdikcije nacionalne države i njihove transnacionalizacije. To se u prvom redu odnosi na gubitak nadležnosti suverene državne vlasti nad ekonomskim odnosima, s obzirom da se globalizacija prvo pojavila upravo u ekonomskim odnosima, blagodareći, kako se kaže, međunarodnoj raspodeli rada i transnacionalnom kretanju finansijskog kapitala. Odatle se gubitak nadležnosti širi na ljudska prava i slobode i dalje na nove pravne institute koji pripadaju nacionalnom ustavnom pravu, nacionalnom upravnom pravu i nacionalnom privatnom pravu.

Na taj način će da dođe i do izmene koncepta nacionalnog prava. Naime, smatra se da će izmenom koncepta nadležnosti države, tj. jurisdikcije države, tako što će se regulatorna aktivnost (pravno uređivanje transnacionalnih odnosa) realocirati, odnosno izmestiti u transnacionalna tela, a pri tome, posebno i celovito u ekonomskim odnosima, nacionalne države će svojim administrativnim i tehničkim aparatom da služe jedino kao izvršni servis transnacionalnih regulatornih (Santos, 2002: 52) za izvršavanje njihovih regulativa, odnosno njihovih pravnih akata. Na taj način bi i nacionalne države nestale kao današnje nacionalne države i postale bi samo teritorijalne jedinice bez autonomije, reklo bi se centralizovani organi centralne

transnacionalne vlasti, kao regionalne vlasti ili čak kao svetske vlasti.

Međutim, postoji i znatna opozicija gornjim manje ili više optimističkim ocenama o sadašnjem i budućem uspehu globalizacije, koja ističe da je nacionalna država još uvek osnovna politička i pravna jedinica savremenog društva i da će budućnost globalizacije u krajnjem da zavisi upravo od nacionalne države, odnosno od nacionalnih država, od čije volje, odnosno od čijih volja će da zavisi kako budućnost nacionalne države, jednako tako i budućnost transnacionalnih i nadnacionalnih tvorevina i njihovih regulatornih sistema, kako se o pravu govori i kako se u teoriji međunarodnih odnosa pravo naziva. Naravno, to se čini bez potpunih i dubokih uvida u ideju prava, pojam prava, strukturu prava, pravni sistem, pravnu normu i naučni sistem prava. U teoriji međunarodnih odnosa pravo je, čini se, još uvek samo pokorni i poslušni sluga koji bespogovorno izvršava naloge teorije međunarodnih odnosa, bez svoje „duše“ i bez svojih ideja i vrednosti, te puki tzv. „regulatorni mehanizam“.

Prikazana shema shvatanja o globalizaciji i njenim odnosima prema nacionalnoj državi i nacionalnom pravu je veoma grubo skicirana, i kada bi bila prikazana iole detaljnije, zadobila bi ponešto, mada ne i suštinski drugačije konture.

4. Globalizacija prava

Kao i kod opšteg pojma globalizacije, prilikom razmatranja uticaja globalizacije na pravo, na prvo mesto dolazi pitanje šta je globalizacija prava, odnosno kako taj pojam može da se odredi. Od toga zavisi svaki dalji govor i raspravljanje o globalizaciji prava. Da li globalizacija prava korespondira sa opštim pojmom globalizacije?

Kao što se može i očekivati s obzirom na razlike u definisanju pojma 'globalizacija', o sadržini i obimu pojma 'globalizacija' prava ne postoji jedinstven stav. Razlike su, reklo bi se, prilične, a stavovi na neki način oprečni.

Na jednoj strani je stav po kome se pod globalizacijom prava podrazumeva da „celi svet živi pod jednim jedinstvenim setom pravnih pravila (*a single set of legal rules*)“, koji „može da bude nametnut od jednog jedinstvenog (*a single*) prinudnog činioca, usvojen putem konsenzusa ili da stigne putem paralelnog razvoja u svim delovima sveta (*globe*)“ (Shapiro, 1993: 37). Odatle proizilazi da do uspostavljanja jednog jedinstvenog svetskog,

globalnog poretka može da dođe putem režima međunarodnog prava, ili putem uspostavljanja jedne svetske zakonodavne i izvršne vlasti (*a single global law giver and enforcer*), ili putem snažnog konsenzusa nacionalnih država, upotrebom tzv. „mekog“ prava (*soft law*) (Shapiro, 1993: 37). Vidljivo je da zastupnici ovakvih ideja srž globalizacije prava vide u postojanju jedinstvenog „seta“ pravnih propisa pod kojim bi moderni svet delovao, dok način ostvarenja ove ideje o jedinstvenom setu pravnih propisa za ceo svet, manje-više, i nije toliko bitan. Svejedno je, pri tome, da li će do takvog stanja jednoobraznosti, odnosno unifikacije prava da dođe putem izvora (postojećeg sistema) međunarodnog prava, delovanjem jedne svetske zakonodavne i izvršne vlasti ili pak konsenzusom postojećih nacionalnih država. Važna je samo potpuna unifikacija pravnih propisa, odnosno formalnih izvora prava, njihova sadržinska istovetnost za ceo svet. Naravno, kako se nacionalno pravo u ipak preovlađujućem pozitivnopravnom diskursu vezuje za nacionalnu državu, na drugom kraju su shvatanja koja u nacionalnoj državi vide još uvek osnovnu i nezamenjivu instituciju.

Međutim, iako se kod takvih autora govori o relativnom komforu koji je za globalizaciju prava nastupio posle kraja ere bipolarizacije i hladnog rata, ipak se zaklju čuje da se pri takvom stanju pre može govoriti o (razvoju) međunarodnog prava, nego o (pravoj) globalizaciji prava, a jedno od drugog se kvalitativno razlikuje (Shapiro, 1993: 37). Iz toga, odnosno iz ove tanane razlike koju zastupnici ovog pravca prave između (daljeg progresivnog) razvoja međunarodnog prava i globalizacije prava, posredno može da se zaključi da oni pod globalizacijom prava u užem ili pravom smislu ipak podrazumevaju upravo i jedino uspostavljanje jedinstvenog svetskog pravnog poretka putem uspostavljanja jedne jedinstvene svetske zakonodavne i izvršne vlasti koja će da bude u stanju da upotrebom prinude izdejstvuje pokoravanje takvim pravnim pravilima, odnosno pravnim zapovestima i pravnim trebanjima. Uspostavljanje jedinstvenog seta svetskih, tj. globalnih pravnih propisa, odnosno formalnih izvora prava, u obliku izvora međunarodnog prava ili konsenzusom postojećih nacionalnih država je, na neki način, sporedni, ali, na kraju krajeva, ipak prihvatljiv način postizanja uniformnosti, odnosno unifikacije pravnih pravila za sve postojeće nacionalne države.

Zastupnici ovakvog shvatanja svesni su u isto vreme i sadašnje izvesne neizvesnosti dostizanja takvog cilja, zbog brojnih prepreka koje stoje na putu, a pre svega drugog zbog postojanja različitih pravnih kultura (i različitih pravnih poredaka), pa i delova sveta u kojima postoji „kultura“ „ne prava“ (*a regime of non-law*), kao i delova sveta u kojima ne

postoji vladavina prava. Zbog toga se često govori o tome da se ideja globalizacije prava znatno sužava od prvobitne ideje uspostavljanja jedinstvenih pravnih izvora za ceo svet, na, realno gledajući, uzak geografski prostor koji obuhvata Severnu Ameriku, Evropu, Australiju i Novi Zeland, a s obzirom na izvorišta pravnih kultura koja su u pitanju, taj prostor se još više sužava(o) i obuhvata(o) samo Sjedinjene Američke Države i Zapadnu Evropu (Shapiro, 1993: 378).

Istovremeno, nije uzak samo sadašnji geografski prostor za globalizaciju prava, već je sužen i krug „pravnih fenomena“ (u smislu pravnih instituta) koji mogu da budu obuhvaćeni globalizacijom prava. Pored, kako je rečeno, pomenutog znatnog geografskog sužavanja „kugle“ (*globe*) kao prostora za globalizaciju prava, globalizacija se kod niza autora sužava i predmetno, odnosno sadržajno, na samo određene pravne fenomene (pravne institute, pravne grane, a kod nekih autora, i na pravne oblasti), dok je u drugim (nepobrojanim) pravnim granama i oblastima mogućnost globalizacije znatno ograničena ili, barem u ovom trenutku, nemoguća. Pri tome govori se većma o globalizaciji trgovačkog (poslovnog) prava (*lex mercatoria*), javnog prava (ljudske slobode i prava, ograničena državna vlast, delimično i organizacija vlasti, uloga pravosuđa, a sudova posebno) i prava zaštite pojedinaca u modernim industrijskim društvima (*protective law*; zaštita potrošača, odštetno pravo, zaštita čovekove okoline i dr.), te, na kraju, i o globalizaciji pravničke profesije i pravnih (advokatskih) firmi, širenjem delatnosti stranih pravnih firmi na nematične države, odnosno države izvan države matične registracije (Sapiro, 1993; Twining, 2009: 4)

Možda je ovo potonje, moram istaći, pesimistično određenje obima „sveta“ i sadržaja prava za globalizaciju prava ujedno i u velikoj meri realno gledanje na moguću, ali ne i izvesnu, neposrednu budućnost globalizacije prava. Naravno, ovakav stav je u najužoj vezi sa ranije iznesenim stavovima o sadašnjosti i budućnosti, sudbini države uopšte, a nacionalne države, kao njene vrste, napose.

Kada su u pitanju modusi, odnosno načini ostvarivanja uniformnosti, konvergencije, srodnosti, približavanja (*proximity*) prava u modernom svetu globalizacije, onda se govori o nekoliko mogućih ishoda i upotrebi određenih (pravnotehničkih) sredstava. Gore pomenuti način uniformisanja prava u modernom svetu putem uspostavljanja jednog zakonodavca, jedne izvršne vlasti i jednog sudskog sistema, koji bi kao jedinstvena organizacija – svetska (kosmopolitska) država – raspolagali i mogućnošću upotrebe sile, nije, po svemu sudeći, realan, ni u daljoj, a kamoli u bliskoj i bližoj budućnosti (Orlović, 2010: 279–281).

Stoga za globalizaciju prava preostaje eventualno korišćenje drugih sredstava *de iure* i *de facto* unifikacije, tj. uniformnosti, približavanja i harmonizacije prava. Ona su, manje-više, već poznata pravnoj istoriji i do sada su korišćena u različitim istorijskim periodima, tek uz poneko novo sredstvo.

Na prvom mestu ostaju multilateralni (a, u nekoj meri, i bilateralni) međunarodni ugovori kojima se uređuju pitanja javnog prava i privatnog prava (u ovom okviru, međunarodnog privatnog prava, pre svega), kao međunarodni ugovori o uspostavljanju i delovanju međunarodnih organizacija i odluke njihovih organa. Njihov opšti značaj nije opao, što jednako vredi i za njihovu moguću ulogu u globalizaciji prava, s obzirom na to da globalizacija na neki način obuhvata i transnacionalnu regionalizaciju. Održavanje značaja međunarodnopravnih instrumenata zasniva se na održavanju međunarodnog sistema država, a odatle i uloge same države kao takve, a nacionalne države posebno. Kako kaže Malkom D. Evans, nastanak „Imperije svetska država“ doveo bi do smrti kako države uopšte, tako, a i zbog toga, do smrti samog međunarodnog (javnog) prava (Evans, 2003: 208)

Kako to nije slučaj, značaj međunarodnopravnih instrumenata, a međunarodnih ugovora posebno, za ujednačavnje prava i dalje je veoma veliki, jer „vreme smrti međunarodnog prava“ još nije nastupilo, pošto globalizacija (još uvek?) nije dovela do stvaranja „antivestfalskog“, odnosno „nevestfalskog“ poretka umesto još uvek postojećeg vestfalskog sistema suverenih država (Evans, 2003: 94–5)

U najužoj vezi sa deregulacijom ekonomskih odnosa i prepuštanjem njihovog normativnog uređivanja privatnopravnim subjektima, kao sredstvo unifikacije prava, kao jednom od procesa globalizacije, u ovoj oblasti služe i (poslovni) ugovori privatnog prava, tj. poslovnog prava (*business law*), posebno oni u kojima je barem jedna od ugovornih strana multinacionalna odnosno transnacionalna korporacija, bez obzira što se radi o pravnim poslovima kao pojedinačnim pravnim aktima. Oni služe dosta vidnom ujednačavanju prava u ovoj pravnoj grani, koje je često izraz ekonomske neravnopravnosti ugovornih strana.

U novije vreme značajnu ulogu u globalizaciji prava, shvaćenoj kao unifikacija, približavanje, tj. konvergencija i harmonizacija, ali i kao „širenje“ prava (*diffusion of law*) ima i tzv. meko pravo (Vukadinović, 2012: 39, 42–43; Halliday and Osinsky, 2006: 460–462). Ono za razliku od tzv. tvrdog prava, nema (pravnu) snagu pravne obaveznosti, ali mu značajno mesto u pokušajima globalizacije prava obezbeđuju drugi

realno važni elementi, kao što su, u prvom redu, moć, značaj, faktički uticaj i primoravanje na prihvatanje normi subjekata koji zaključuju tzv. međunarodne instrumente, kao jedan od oblika mekog prava (Račić, 2015: 29–35).

Uporedno pravo, sa druge strane, ukazuje i na stare, već oprobane načine širenja pravnih normi određenih nacionalnih prava na druga nacionalna prava, poznata već stotinama godina, kakvi su recepcija prava i pravni transplanti. Dejvid M. Voker ističe sledeće: „Recepcija se, osim u poznatom korišćenju koje se odnosi na rimsko pravo, danas koristi i u još jednom značenju. Ono najčešće obuhvata „preuzimanje supstancijalnog obima načela, ideja, normi i tehnika iz zapadnih pravnih sistema, naročito iz engleskog, francuskog i holandskog prava, u pravne sisteme koje su razvili kolonizatori iz ovih zemalja na teritorijama u Africi, Indiji, jugoistočnoj Aziji“ (Walker, 1987: 1042). U ovom smislu drugi autori govore o kolonijalnoj globalizaciji prava i postkolonijalnoj globalizaciji prava (Halliday, Osinsky, 2006: 455–456).

Pravni transplanti su izvan sfere međunarodnopravnih instrumenata i međunarodnih instrumenata i, u osnovi, tiču se samo dva nacionalna prava, nacionalnog prava uzora i nacionalnog prava preuzimača (ovaj postupak se često naziva i postupkom oponašanja ili postupkom imitacije). Ovaj način procesa globalizacije prava koristi se veoma često, a u novije vreme i putem različitih programa pomoći koju manje razvijenim (perifernim) (Halliday, Osinsky, 2006: 460). Tada zaista može da se govori o vesternizaciji istoka i juga „kugle“. U literaturi koja se bavi proučavanjem procesa globalizacije prava govori se da u tom procesu postoje dva, odnosno tri ključna mesta: globalni centri, poluperiferija globalizacije i periferija globalizacije. Samo pominjanje takvih mesta globalizacije rečito govori o vrednostima, pravcima i (jednom) smeru željene globalizacije prava.

Međutim, ima i autora koji sa više obzira i opreza, bez jednostranosti razmatraju procese globalizacije prava. To čine, kao Vilijam Tvining, polazeći od ideje pravnog pluralizma, koji sem formalnog prava obuhvata i nedržavno pravo (*non-state law*), što ih vodi ka zaključku da na taj način mora da se gleda i na globalizaciju prava, koja je zbog toga dvosmerna, a ne jednosmerna. Drugi smer teče rekom nedržavnog prava koje se širi zajedno sa migracijama, čemu je primer neformalno širenje islamskog prava, po kome, tačnije po delu njegovih normi, zaista žive brojni pripadnici islamske veroispovesti u zapadnim državama (Twining, 2009: 17), i pored pravnog sistema države u kojoj borave ili prebivaju ili čiji su čak državljani.

5. Zaključak

Globalizacija je još uvek nedovoljno jasan pojam i koncept. Saglasnost, čini se, jedino postoji o tome da je reč o procesu, odnosno relativno usklađenim procesima. Njegov sadržaj i obim, te, konačno, i ciljevi još uvek nisu utvrđeni na iole uočljiviji način. U najužem smislu on obu hvata globalizaciju ekonomskih odnosa i uspostavljanje svetskog tržišta. U širem on obuhva vrednosti, politiku i kulturu. O njegovom sadržaju i formama još uvek ne postoji unisonost. Isto je i sa pojmom globalizacije prava. Ona „pati“ od istih nedostataka pojmovne nejasnosti i nerazgovetnosti kao i globalizacija.

Globalizacija prava najčešće se shvata kao uspostavljanje uniformnog svetskog sistema pravnih normi, pri čemu je nebitno kako se do njega dolazi: da li obrazovanjem „jedne vlasti“ koja ga prinudno nameće, da li dobrovoljnim ili „dobrovoljnim“ prihvatanjem normi (putem različitih oblika preuzimanja normi iz drugog nacionalnog prava ili pak putem međunarodnih ugovora). Bitno je samo da se ostvaruje najšira uniformnost, onosno unifikacija prava.

Primetno je da se kod velike većine autora predmetni zahvat globalizacije prava sužava u odnosu na poznate i postojeće pravne oblasti i pravne grane, i ponajviše usredsređuje na poslovno pravo, kompatibilno sa ekonomskom idejom uspostavljanja globalnog odnosno svetskog tržišta i njegove pravne zaštite, iako se uz to govori i o globalizaciji liberalne demokratije i konstitucionalizma, krivičnopravne zabrane genocida i zločina protiv čovečnosti, zaštiti ranjivih društvenih grupa (zaštita pravnog položaja žena, a posebno zaštita žena od nasilja, zaštita potrošača, zaštita zdravlja na radu, tj. zaštita tzv. „profesionalnog zdravlja“, zaštita građana od terorizma).

Međutim, očigledno je da globalizacija, a sa njom i globalizacija prava, rešavajući neke probleme i zadovoljavajući neke potrebe savremenog sveta, istovremeno stvaraju druge probleme, kao što su siromaštvo Juga, neravnopravnost Juga u odnosu na Sever, sukob različitih kultura i pravnih kultura (S. Hantigton bi rekao „sukob civilizacija“), neravnomernu raspodelu bogatstva, eliminaciju elementarne i nužne redistribucije bogatstva kroz javne finansije, i drugo, što ne samo da usporava, nego na neki način i konceptualno dovodi u pitanje globalizaciju i „transformaciju“ nacionalne države, do ozbiljne sumnje u ocenu da se radi o nezaustavljivom objektivnom procesu. Utoliko uloga nacionalnog prava ostaje još uvek nezamenjiva, kako u pitanju osnova važenja, tako, mada nešto manjim delom, i u pitanju osnova obaveznosti.

Literatura

Bogdandy, A. V. (2004). Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law, *The European Journal of International Law* Vol. 15 no.5 © EJIL

Vukadinović, R. (2012). Poslovno pravo. Kragujevac: Udruženje za evropsko pravo – Centar za pravo EU.

Gidens, E. (2001), Sociologija, Podgorica-Banja Luka: CID i Romanov. Evans, M.

D. (2003). *International Law*. Oxford-New York: Oxford University Press.

Kennedy, D. (2006), Three Globalisation of Law and Legal Thought, *duncankennedy.net/.../Three%20Globalizations%20of%20La, 2006*.

Mark, S. (2001). Harmonization or Homogenization? The Globalization of Law and Legal Ethics – An Australian Viewpoint. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 34.

Mattei, U. (2003). A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance, *HeinOnline -- 10 Indiana Journal of Global Legal Studies*.

McGrew, A., Goldblatt, D., Perraton. J.(1999). *Global Transformations. Politics, Economics, Culture*. Stanford University Press.

Milardović, A., Njavro, Đ. (1999). *Globalizacija*. U: *Globalizacija*. priredio Milardović, A., Osijek-Zagreb-Split: Pan liber.

Nader, L. (19987). Comments at Symposium on Comparative Law, 46 AM. J. COMP. L.

Petrović, V. (2003). *Globalizacija i budućnost*, u *Aspekti globalizacije*. Priređivači Pavićević, V., Petrović, V., Pantelić, I., Sitarski, M., Milovanović, G. Beograd: Dosije.

Pojmovnik globalizacije (2003). u *Aspekti globalizacije*. Priređivači Pavićević, V. i ostali, Beograd: Dosije, Beograd.

Orlović, S. (2010). *Država u procesu globalizacije*, u: *Politikološki ogledi*. Beograd: Službeni glasnik.

Račić, O. (2015). *Međunarodno pravo: stvarnost i iluzije*. Beograd: Službeni glasnik, Beograd.

Santos, B. V. D. S. (2002). *Procesi globalizacije*, Reč, časopis za književnost i kulturu, i društvena pitanja, no 8/14, 2002.

Santos, B. V. D. S. and Rodrigz-Garavilo C. (2005). *Law and Globalisation from Below. Towerds a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.

Shapiro, M. (1993). *The Globalization of Law*, 1 *Ind. J. Global Legal Stud.* 37. available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/399>.

Smith, S. and Baylis, J. (2005). *The Globaliyation of the World Politisc*“. Oxford: Oxford University Press.

Steger, M. B. (2002). *Globalism: The New Market Ideology*, *Logos a journal of modern society & culture*, summer 2002, volume one - issue three.

Twining, W. (2000), *Globalisation& Legal Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

Twining, W. (2008). *Globalisation and legal scholarship*, Montesquieu Lecture. <https://lapa.princeton.edu/uploads/2011-0210%20Twining%20Paper.pdf2009>

Halliday, T. C. and Osinsky, P. (2006). *Globalization of Law*. *Annu. Rev. Sociol.* 2006. 32.

Walker, D. M. (1987). *The Oxford Companion to Law*. Oxford: Clarendon Press.

Radomir V. Lukić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of East Sarajevo

NATIONAL LAW AND GLOBALIZATION

Summary

The term globalization has multiple meanings, such as: the process of globalization, global integration, structure of globalization, or global institutions. In each of these, the term globalization is insufficiently precisely and unequivocally defined; therefore, its meaning remains somewhat vague. It is clear, however, that the meaning and the usage of the term range from different forms of interdependence between nation states and national societies, which are part of the modern world, to the meaning of the world as a "global village".

Several different general theories on globalization have been proposed. They are mainly concerned with future existence of the nation state and national law, but also with the future existence of international law which is still centered around a nation state. In simple terms, some theorists claim that globalization will not lead to dissolution of the nation state and national law, whereas others argue that it inevitably leads to creation of world government, cosmopolitan government and cosmopolitan law which will mark the end of national law in modern state and international law as we know it today.

National law is to a certain extent correlated to the nation state. It has been developed as a manifestation of state sovereignty of national state from its outset onwards, in the form of a system of general and special provisions which govern all social relations and social processes significant to national society in compliance with the system of values accepted by that society. Therefore, one of the major tasks of general theory of law is to examine how the process of globalization affects national law, its subject matter, scope, sustainability, independence and uniqueness. This paper offers a limited insight into possible answers to the questions raised.

Keywords: *nation state, national law, sovereignty, globalization, self-determination, values, national interest, transnational, supranational.*

Dr Oliver Nikolić,*
Naučni saradnik,
Instituta za uporedno pravo u Beogradu

Dr Ana Čović,*
Naučni saradnik,
Instituta za uporedno pravo u Beogradu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776069N

UDK: 342.565.2"20"
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

USTAVNO SUDSTVO NA PRAGU DVADESET PRVOG VEKA

Apstrakt: *Uspostavljanje ustavnog sudstva i njegovo inkorporiranje u sistem vlasti moderne države predstavljalo je radikalni preokret u mehanizmu obezbeđivanja i zaštite ustava i ustavnosti. Ustavnost postojanja i povezanost ustavnog sudstva i pravne države (vladavine prava) i demokratskog poretka, kao i sama demokratska priroda i legitimnost ustavnog sudstva su i bili i ostali osnov njegovog razvoja i širenja u svetu.*

U toku višedecenijskog postojanja ustavno sudstvo je postajalo neophodan element vlasti u sve većem broju država na raznim kontinentima. Pre svega, po prirodi stvari, reč je o demokratskim zemljama, ali ustavno sudstvo je (ređe) bivalo uspostavljeno i u manje demokratskim, pa i u prikrivenim ili otvorenim autokratskim državama, i to sa ciljem da se prikrije nedemokratska suština tih država. Krajem dvadesetog veka, sa promenom socijalističkog sistema vlasti u tim državama, kao jedan od glavnih garanata demokracije, osnivaju se ustavni sudovi.

Istovremeno, razvoj ustavnog sudstva je doživeo, ne samo "tehničko" usavršavanje svog mehanizma i funkcionisanja, već i jednu vrstu evolucije, naročito u pogledu svoje nadležnosti. Ustanovljavanjem ustavne žalbe, kao i postupanjem po ustavnoj žalbi, omogućeno je ustavnim sudovima da znatno prošire svoje delovanje u domenu zaštite ustava i ustavnosti i to zaštitom osnovnih ljudskih prava i sloboda građana, što je, naročito u poslednjim decenijama postajalo krucijalni element vladavine prava (pravne države) i

* oliver_nikolic@yahoo.com

** tankosicana@yahoo.com

njenog demokratskog poretka. To je značajno doprinelo kompletiranju zaštite ustava kao lex superior-a i ustavnosti (i zakonitosti), čime je legitimnost i demokratska vrednost ustavnog sudstva znatno pojačana.

Ključne reči: *ustavno sudstvo, pravna država, vladavina prava, demokratija, ustavna žalba, amparo, ljudska prava i sloboda građana.*

1. Uvod

Rođen na ideji i viziji ("garantije Ustava") Hansa Kelsena, a otelotvoren prvi put u istoriji svetske ustavnosti u austrijskom Ustavu od 1920. godine, ustavni sud se, posle skoro sto godina postojanja, na pragu dvadeset prvog veka afirmisao kao temeljni stub vladavine prava (pravne države) u brojnim državama širom sveta. U teoriji ustavnog prava je s pravom rečeno: "Jedan od najznačajnijih fenomena u evoluciji jednog rastućeg broja evropskih zemalja posle Drugog svetskog rata je ustanovljen rađanjem i širenjem sistema ustavnog sudstva" (Cappelletti, 1981: 625). Razlog za takvo kvalifikovanje institucije ustavnog sudstva leži u činjenici da je uspostavljanje ustavnog sudstva i njegovo inkorporiranje u sistem vlasti moderne države predstavljalo izrazito radikalno čin sa značenjem preokreta u razvoju mehanizma obezbeđenja i zaštite ustava kao *lex superior-a* i ustavnosti uopšte.

2. Ustavno sudstvo, vladavina prava i demokratija

Ustavno sudstvo je tekovina modernog vremena u kome je razvoj ustavnosti i demokratije uopšte, a posebno vladavine prava, imperativno tražio moderniji i efikasniji (i potpuniji) mehanizam zaštite i obezbeđenja ustava i ustavnosti, pored onog koji je u praksi već postojao.

Naime, ako smisao i suština vladavine prava, uopšteno rečeno, leži u ograničavanju vlasti (i moći uopšte) države putem pravnih normi, u ograničavanju svih njenih organa, zakonodavnih i izvršnih, tj. zakonodavne i izvršne vlasti, i njihovom stavljanju pod pravo, onda je bila jasno da do tada poznati mehanizmi to nisu, niti su mogli to da u potpunosti i efikasno ostvare, odnosno postignu. To tim pre ako se ima u vidu da vladavina prava znači (i pretpostavlja) primenu i zaštitu prava i sloboda čoveka i građanina, njihovu pravnu sigurnost, puno stvaranje njihove jednakosti i sl.

Pri tome, samo po sebi se podrazumeva da tako shvaćena vladavina prava imperativno pretpostavlja postojanje demokratskog ustava kao

lex superior-a i principa ustavnosti i zakonitosti, ali i njihovu punu primenu u praksi, kao i efikasnu zaštitu. To onda ukazuje, kao što je opštepoznato, i na činjenicu da vladavina prava može da postoji samo u demokratskim državama, ali i da istinska demokratija ne može da postoji bez vladavine prava kao svog sastavnog (suštinskog) dela.

Otuda, rešenje gore postavljenog problema traženja i nalaženja nekog novog, snažnijeg i efikasnijeg mehanizma zaštite ustava i ustavnosti, demokratije i vladavine prava je nađeno u uspostavljanju jednog novog organa – ustavnog sudstva, kao specifičnog i specijalizovanog instrumenta te zaštite (V. Nikolić, 1995: 177, Garlicki, Zakrewski, 1985: 24).

Imperativni zahtev za zaštitu ustava i ustavnosti nameće ustavnom sudu zadatak da kontroliše primenu ustava, odnosno da kontroliše i odlučuje o saglasnosti zakona, drugih zakonskih i uopšte normativnih akata i radnji i otklanja (odnosno sprečava) sve povrede ustava i principa ustavnosti. To, uz druge njegove funkcije (rešavanje sukoba nadležnosti i sporova između organa, izbornih sporova, i drugo), upravo i daje puni legitimitet ustavnom sudu, u čitavom mehanizmu državne vlasti. To tim pre što ustavni sud, kao što je poznato, ne ocenjuje celishodnost tih akata, niti na bilo koji način stvara (piše) ustav, odnosno zakon ili neki drugi normativni akt i time preuzima, odnosno učestvuje u vršenju ustavotvorne i zakonodavne (druge normativne) funkcije (V. Nikolić, 1996: 370). Sve to i govori u prilog stava iznetog u teoriji ustavnog prava (Capelleti, 1982: 494) da ustavni sud nije kako je rečeno neka "viša vlast", iznad, odnosno superiorna u odnosu na druge vlasti (zakonodavnu i izvršnu) u čitavoj državnoj organizaciji. Uostalom, sama priroda i položaj u državnom mehanizmu, kao i način postupanja i dejstvo njegovih odluka, čine da je, kako je istaknuto, ustavni sud jedan specifičan organ, odvojen i različit kako od zakonodavne i izvršne vlasti, tako i od redovnih i drugih sudova. Naime, kako je u teoriji (V. Favoreu, Gaia, Ghevontian, Mestre, Pfersmann, Roux, Scoffoni, 1999: 241, Weber, 1985: 46, Nikolić O. 1995: 259) argumentima i čvrsto izraženim stavovima utvrđeno, ustavni sud odlikuje (obeležava) više bitnih karakteristika. Ustavni sud je, između ostalog, potpuno nezavistan organ, kako u pogledu svog delovanja i odlučivanja, tako i svog opšteg statusa i statusa njegovih članova. Ta višestruka nezavisnost u čitavom državnom mehanizmu se odnosi na nezavisnost u odnosu na bilo koji organ – zakonodavni, izvršni, sudski i drugi. U vezi sa ovom njegovom karakteristikom je i njegova neodgovornost bilo prema kome u sistemu državne vlasti, što i čini apsolutno nužnu pretpostavku njegovog delovanja u vršenju ustavom određene funkcije. S tim u vezi bitno obeležje njegovog postojanja i delovanja je njegova

vezanost za ustav. Sve to i čini da u čitavom državnom mehanizmu ustavni sud predstavlja jedan nedvojbeno priznati autoritet.

Opšti zaključak koji se sam po sebi nameće, a u ustavno pravnoj teoriji (V. Favoreu, 1986: 45, Cappelletti, 1986: 291, Nikolić, 1999: 309, Nikolić O. 2001: 37) utvrđen je kao apsolutno nespornan stav, jeste legitimitet ustavnog sudstva. U prilog nespornog legitimiteta ustavnog sudstva govore njegove brojne karakteristike, gore navedene, koje se odnose na sve aspekte njegovog postojanja i delovanja pri čemu je vidljiva njihova potpuna usaglašenost sa idejom vladavine prava (i demokratije uopšte). Štaviše, sa puno prava se može reći da institucija ustavnog sudstva neposredno doprinosi ostvarivanju vladavine prava (i demokratije). Tako, ustavno sudstvo i postaje značajan element demokratskog sistema i temeljni stub vladavine prava. Time je legitimitet ustavnog sudstva u potpunosti potvrđen.

Ovakav opšti pogled na instituciju ustavnog sudstva ne znači, niti može da znači, da su ustavni sudovi koji danas postoje u svetu u svemu isti. Postoje razlike između njih u pogledu funkcije koju vrše, pa i organizacije, postupka rada i drugo. Zajednički element koji čini suštinu ove institucije potvrđuju iznete karakteristike ustavnih sudova, a time i njegovo mesto i ulogu u čitavom državnom i pravnom poretku. To i čini osnov za dalji razvoj i širenje ustavnog sudstva u svetu.

3. Pojava zloupotrebe ustavnog sudstva

U toku svog višedecenijskog postojanja ustavno sudstvo je, kao prikladna i efikasna institucija zaštite ustava i ustavnosti, postajalo sastavni deo državnog sistema u sve većem broju država na raznim kontinentima. Može se zapaziti da su završetak Drugog svetskog rata, potpuni slom fašističkih sila na vojnom polju i zatiranje nacionalizma kao stravične pošasti ljudske civilizacije predstavljali početak obnove i širenja ustavnosti u Evropi i van nje, kao i obrazovanje ustavnih sudova u sve većem broju zemalja u svetu. U nekim zemljama u kojima su između dva svetska rata (Austrija, Španija) pod naletom fašizma bili ukinuti ustavni sudovi, pristupilo se njihovom ponovnom ustpostavljanju, dok se u nizu zemalja prvi put ustanovljavaju ustavni sudovi.

Reč je, po prirodi stvari, o uspostavljanju ustavnih sudova u demokratskim zemljama sa demokratskim ustavom i razvijenom ustavnošću. Međutim, veoma je karakteristično (i neočekivano) da je ustavno sudstvo bivalo (doduše sporadično) uspostavljano ili ostavljeno da postoji i u nedemokratskim državama, pa i u zemljama sa otvorenom diktaturom

(na primer, u Čileu Ustavom od 1980. godine, u vreme Pinočeovog surovog diktatorskog režima; u Grčkoj 1968. godine, u vreme vladavine vojne hunte). Ustavni sudovi su uspostavljeni i u nekim drugim državama koje nisu imale diktatorske režime, ali nikako se ne bi mogle okarakterisati kao demokratske države. Tako je npr. u Madagaskaru 1959. godine uspostavljen organ ustavnosudske zaštite pod imenom Vrhovni savet institucija, da bi se od 1975. godine preimenovao u Visoki ustavni sud. Interesantno je da je u Republici Koreji ustavno sudstvo predviđeno Ustavom od 1948. godine, u vidu Ustavnog saveta, odnosno od 1961. godine Ustavnog suda, ali zapravo nikada nije zaživelo kao ustavnosudska institucija (u periodu od 1948. do 1987. doneto je samo osam sudskih odluka). U Siriji je 1973. godine uspostavljen Vrhovni ustavni sud, isto kao i u Egiptu sa istim nazivom samo šest godina kasnije, 1979. godine, dok je u ostalim afričkim, azijskim i latinoameričkim državama ustavni sud osnovan tek devedesetih godina prošlog veka.

Uvođenje ustavnih sudova u ovakvim zemljama bilo je, po svemu sudeći, motivisano namerom da se prikrije pravi (nedemokratski) karakter tih režima ili pak postojanjem lažnog "ubeđenja" tamošnjih vlastodržaca da ustavno sudstvo može da funkcioniše u njihovim državama.

Ostavlajući po strani pitanje (inače bitno po svojoj prirodi) karaktera samog ustava i ustavnosti u ovim državama, nužno izbija na videlo činjenica da ustavno sudstvo nije, niti je moglo u ovim državama sa ovakvim režimima, da nađe svoje pravo mesto i izvrši svoju funkciju koju, inače, ostvaruje u demokratskim zemljama.

Jasno je da karakter bilo kakvog autoritarnog i njemu sličnih režima isključuje mogućnost postojanja i delovanja ustavnog suda. Pre svega, u uslovima postojanja nedemokratskog ustrojstva država i svemoći diktatora vođe, hunte i sl., ustavno sudstvo ne može da nađe svoje mesto niti da izvrši svoju funkciju. Nezavisnost ustavnog sudstva kao *conditio sine qua non* njegovog postojanja i delovanja se direktno kosi sa apsolutnom vlašću režima. Pri tome, bez obzira na formalno utvrđen način izbora (imenovanje) sudija ustavnog suda, taj izbor (imenovanje) je, po prirodi stvari, u ovakvim režimima rezultat volje (samovolje) režimskih vlasti. O obezbeđivanju izvršenja odluka ustavnog suda se ne može ni govoriti. Jednom rečju, institucija ustavnog sudstva direktno protivreči karakteru autoritarnih i njemu sličnih režima, te ustavno sudstvo u njima i ne može da zaživi. To i daje za pravo mišljenju da se radi o zloupotrebi ove dragocene demokratske institucije. Nažalost, u istoriji moderne države nije nepoznata pojava zloupotrebe (i

izvitoperavanja) pojedinih demokratskih institucija i principa (u domenu izbornog sistema, referendum, itd.).

Otkrivanje uzroka koji su doveli do zloupotrebe (i izvitoperavanja) institucije ustavnog sudstva potvrđuje poznati stav teorije ustavnog prava, prikazan na prethodnim stranicama, da uspostavljanje, postojanje i delovanje ustavnog suda nužno pretpostavlja postojanje jednog demokratskog ambijenta, tj. demokratskog poretka, kao što i demokratska država pretpostavlja snažnu i efikasnu zaštitu ustava kao *lex superior*-a i ustavnosti. Drugim rečima, to je stav o nužnoj povezanosti (pa i uslovljenosti) ustavnog sudstva i demokratije (i vladavine prava). Tako je ustavno sudstvo i našlo (i nalazi) svoje pravo mesto u nizu demokratskih zemalja, ali ne i u državama u kojima demokratija nije uspostavljena niti zaživela vladavina prava.

U bivšim socijalističkim zemljama nisu ni postojali realni uslovi za uspostavljanje ustavnih sudova kao instrumenta zaštite ustava i ustavnosti. Naime, nedemokratski sistem vlasti uopšte, a posebno činjenica da se stvarna vlast nalazila u partijskim organima, a u krajnjoj liniji u vrhovnom organu partije i njenom vođi, isključivali su bilo kakvu mogućnost postojanja jednog nezavisnog organa (ustavnog suda) koji bi vršio kontrolu i zaštitu ustava (bez obzira o kakvom se ustavu radi) i ustavnosti (posebno i prava i slobode građana).

Interesantno je da je u tadašnjoj sovjetskoj teoriji zastupan stav da razlog nepostojanja ustavnog sudstva u toj zemlji leži u njegovoj nespojivosti sa principom demokratskog jedinstva vlasti. Tako, V. A. Tumanov piše: "... Ova pozicija se objašnjava ulogom koju igraju predstavnički organi u socijalističkom političkom sistemu i u strukturi socijalističke države... sva vlast pripada Sovjetima deputata naroda ... Svi drugi organi države su podređeni kontroli Sovjeta deputata naroda i pred njima odgovorni. I nasuprot, predstavnički organi ne mogu biti kontrolisani od bilo koga izvan predstavničkog sistema. Odatle proizilazi nelegitimnost prava sudske kontrole (čak i ustavnih sudova)" (Tumanov, 1986: 113). Međutim, treba napomenuti, princip demokratskog jedinstva vlasti u SSSR-u (kao ni u drugim socijalističkim zemljama) nije bio dosledno sproveden, s obzirom na pomenutu svemoć partijskih organa na svim nivoima vlasti, a posebno koncentraciju vlasti i moći uopšte u centralnom organu Partije i njenom vođi. Ipak, uprkos svemu što je rečeno, u okviru socijalističkog bloka ustavni sud je bio predviđen u Čehoslovačkoj 1968. godine, ali nikada nije bio obrazovan, a zatim i u Poljskoj 1982. godine. Međutim, u ovoj zemlji Ustavni sud nije donosio definitivne odluke o neustavnosti zakona – one su morale biti podnete

poljskom parlamentu (Sejmu). U socijalističkoj Jugoslaviji Ustavni sud je uspostavljen još 1963. godine, ali Jugoslavija je bila zemlja van sovjetskog bloka.

Raspad i propast komunističkog režima u Sovjetskom Savezu i zemljama čitavog socijalističkog bloka u Istočnoj Evropi i na Balkanu, neminovno je doveo do naglog širenja (i prihvatanja) ideje o ustavnom sudstvu i do uspostavljanja ustavnih sudova u većini ovih država. U ustavno pravnoj literaturi je konstatovano da to "svedoči o težnji postsocijalističkih država da usvoje one uzore zapadnog ustavnog sudstva koji najpotpunije odgovaraju zahtevima savremenog konstitucionalizma kao teorije i prakse ograničavanja samovolje sa ciljem da se obezbedi individualna sloboda" (Zorkin, 2014: 49)¹.

Međutim, u procesu tranzicije ove zemlje su se, po prirodi stvari, suočavale sa brojnim objektivnim teškoćama, što je neminovno stvaralo i izvesne raznovrsne probleme u radu novouspostavljenih ustavnih sudova (V. Zorkin, 2014: 49, Vasilescu, 1995: 143). Istovremeno, proces tranzicije je postepeno dovodio i do sve uspješnije stabilizacije ovih zemalja. Otuda, u perspektivi, uspostavljanje ustavnog sudstva u zemljama tranzicije kao sastavnog dela čitavog državnog mehanizma sa funkcijom obezbeđenja i zaštite njihovih ustava i principa ustavnosti (i zakonitosti) znači i utemeljenje ustavnog sudstva kao stuba vladavine prava.

4. Evolucija uloge ustavnog sudstva

Konstitucionalizacija prava i sloboda čoveka i građana, započeta krajem osamnaestog veka donošenjem prvih deklaracija o pravima i slobodama unošenim u prve ustave toga doba, a nastavljena tokom devetnaestog i dvadesetog veka donošenjem ustava u velikom broju država, dovela je do sve uspješnijeg i efikasnijeg garantovanja tih prava i sloboda od strane ustava čiji su sastavni deo definitivno postali. Istine radi, valja reći da u ranijim periodima nisu bili retki ustavi koji su, u većoj ili manjoj meri, ignorisali prava i slobode, garantovanjem manjeg broja prava i sloboda ili pak nepotpunim garantovanjem. Međutim, sa žaljenjem se mora konstatovati da se u čitavom proteklom periodu u nizu država ustalila praksa (trajnija ili povremena) uskraćivanja, ograničavanja i kršenja proklamovanih prava i sloboda. Otuda i naponi da se u što većoj meri i efikasnije stane na put ovim pojavama doveli su do raznih aktivnosti

1 Inače, Zorkin u ove zemlje svrstava: A lbaniju, Jermeniju, Azerbejdžan, Hrvatsku, Češku, Gruziju, Mađarsku, Kirgistan, Letoniju, Crnu Goru, Poljsku, Rumuniju, Rusiju, Srbiju, Slovačku, Sloveniju, Makedoniju i Ukrajinu.

i stvaranja brojnih instrumenata usmerenih na jačanje garantija prava i sloboda i njihove potpunije zaštite.

U tom pogledu, proces internacionalizacije prava i sloboda kao, moglo bi se reći, nužna reakcija na nedovoljne rezultate u obezbeđenju i zaštiti prava i sloboda i njihovog ostvarenja u praksi niza država, naročito je u poslednje vreme (od sredine dvadesetog veka) doživeo značajan uzlet u svetu. Iz ovog procesa se vremenom izrodio ogroman broj raznih međunarodnih dokumenata (deklaracija, konvencija, paktova i drugo), počev od Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. Deo ovog procesa poslednjih decenija je bilo i obrazovanje međunarodnih institucija (pre svega sudova). Naravno, sve je to bilo praćeno i tendencijom uvođenja i garantovanja novih prava i sloboda.

Uspostavljanje ustavnog sudstva u sve većem broju država širom sveta, istovremeno je značilo i usavršavanje njegove organizacije i načina rada, kao što je, a to je od posebne važnosti, doživelo i jednu vrstu evolucije svoje uloge u ostvarivanju suštinske funkcije – zaštita ustava i ustavnosti. Reč je o izvesnom proširivanju nadležnosti ustavnog suda. To se odnosi naročito na uvođenje ustavne žalbe, pored već postojećih sličnih nadležnosti ustavnih sudova u nekim zemljama (npr., *amparo*).

Stavljanjem u nadležnost ustavnih sudova postupanja i odlučivanja o ustavnoj žalbi, omogućeno je ustavnim sudovima da znatno prošire svoju aktivnost u domenu zaštite ustava i ustavnosti, i to neposrednom zaštitom prava i sloboda, čoveka i građanina. "Ako se ima u vidu da ustavni sudovi najviše vremena i energije posvećuju rešavanju sporova povodom ustavnih žalbi, kojima se traži zaštita Ustavom garantovanih osnovnih ljudskih prava i pravično zadovoljenje u slučaju utvrđivanja njihove povrede, onda se lako može zaključiti da je u praksi ustavnog pravosuđa zaštita temeljnih ljudskih prava i javnih sloboda zapravo više nego dominantna funkcija ustavnih sudova" (Stojanović, 2016: 10). O ogromnoj važnosti ove nadležnosti ustavnih sudova govori i podatak o pravoj "poplavi" ustavnih žalbi. Primera radi, "... činjenica je da broj ustavnih žalbi građana (u Srbiji) dramatično raste iz godine u godinu. Na kraju 2015. godine Ustavni sud je imao u radu, bilo prenetih, bilo primljenih, ukupno 21.057 predmeta po ustavnim žalbama. Do tog datuma, usvojeno je čak 1.164 ustavnih žalbi..." (Stojanović, 2016: 209).

Ovakav zaključak o važnosti i efektima ustavne žalbe u okviru aktivnosti Ustavnog suda, a u cilju ostvarenja njegove uloge u zaštiti ustava i ustavnosti kao i zakonitosti, a posebno u zaštiti ljudskih

prava sloboda i obezbeđenju njihovog ostvarenja u svakodnevnoj praksi, proizilazi iz same prirode ovog značajnog pravnog instrumenta – ustavne žalbe.

Naime, ustavna žalba danas predstavlja potpuno novu nadležnost znatnog broja ustavnih sudova u Evropi, pa i šire. Međutim, pokušaji ovakve i slične zaštite ljudskih prava i sloboda potiču još iz ranijih perioda, pa i onih vrlo dalekih. Posebno se pominje *amparo* primenjivan još u srednjem veku (14– 16. vek), a koji je i danas efikasno sredstvo zaštite ljudskih prava i sloboda, ne samo u Španiji, zemlji svog porekla, već posebno i u državama Latinske Amerike, kao i drugim državama sa španskog govornog područja (npr. Filipini). U istoriji (i nauci) je zabeležena pojava postojanja procesnih instituta usmerenih da obezbede zaštitu prava i sloboda u više ustava tokom 19. veka, a zatim i u prvoj polovini

20. veka (V. opširnije Đurić, 2000: 32). Doduše u nauci postoje i mišljenja da je "španski *recurso de amparo*" utemeljen na osnovu meksičkog *ampara* (uvedenog Ustavom Meksika od 1857. godine), ali se taj uticaj izgubio nakon španskog građanskog rata (V. Ferrer Mac-Gregor, 2000: 27).

Iako se u praksi ustavna žalba, kao instrument zaštite ustavom zajemčenih ljudskih prava i sloboda, u potpunosti afirmisala i postala, kako je pomenuto, deo redovne nadležnosti ustavnih sudova, u teoriji ustavnog prava se nije došlo do jednog jedinstvenog pojma ustavne žalbe (V. prikaz različitih mišljenja, Đurić, 2000: 23–31). Razlike u shvatanjima, istini za volju, i nisu tako velike, pogotovo ne dovode do nekih drastičnih suprotstavljanja. Te razlike u shvatanjima i određivanju pojma ustavne žalbe su, moglo bi se reći, uglavnom posledica činjenice da sama ustavna žalba kao procesni instrument i deo nadležnosti ustavnog suda nije u potpunosti ista u raznim zemljama. Postoje razlike u samom biću ustavne žalbe, predmetu ustavne žalbe, personalnim pretpostavkama za ustavnu žalbu, postupanju po ustavnoj žalbi, dejstvu odluka donetih po ustavnoj žalbi i dr. Naravno, razlike u shvatanju i određivanju pojma ustavne žalbe proističu i iz različitih individualnih pristupa pojedinih autora u oceni i vrednovanju čitavog korpusa pitanja vezanih za ustavnu žalbu.

Ipak, neka obeležja i elementi ustavne žalbe se ističu kao dominantni i to, po svemu sudeći, najznačajniji, predstavljaju zajednički osnov za poimanje ustavne žalbe. Tako se u poimanju ustavne žalbe naročito ističu sledeća njena obeležja. Postupak po ustavnoj žalbi je osnov za ostvarivanje neposredne zaštite proklamovanih prava i sloboda. Dakle, zaštita ljudskih prava i sloboda se ne ostvaruje (obezbeđuje) nekim posrednim

putem što se postiže vršenjem ostalih funkcija ustavnog suda. To nesumnjivo predstavlja jedno od krucijalnih vrednosti ustavne žalbe kao procesnog sredstva za zaštitu proklamovanih prava i sloboda uopšte. To tim pre, ako se ima u vidu drugo važno obeležje ustavne žalbe – pravom na podnošenje (korišćenje) ustavne žalbe, kao procesnim sredstvom zaštite, raspolaže svaki pojedinac u nameri da zaštiti svoja ustavom zagarantovana prava i slobode i to čini, u suštini, na jedan jednostavan način "bez posebnih formalnosti i troškova" (Stojanović, 2016: 66). Ako se tome doda i činjenica od prevashodnog značaja – predmet ustavne žalbe (u principu) su svi pojedinačni pravni akti koje donose državni organi, ali i organizacije koje raspolažu javnim ovlašćenjima, kao i službene radnje državnih organa. Najzad, mada ne i poslednje, u zemljama u kojima je ustanovljena ustavna žalba, postupanje po njoj je redovni i sastavni deo celokupne nadležnosti Ustavnog suda. To onda samo potvrđuje izuzetnu važnost proširivanja nadležnosti ustavnog suda, što na određeni način i doprinosi evoluciji uloge ustavnog sudstva.

5. Zaključak

Imajući u vidu sve što je rečeno, može se zaključiti da dragocen, odnosno neprocenljiv doprinos zaštiti prava i sloboda u nizu zemalja danas predstavlja aktivnost ustavnog suda u postupanju i odlučivanju o ustavnoj žalbi. Valja uvažiti mišljenje Dragana Stojanovića koji piše: "Sa ovom funkcijom ustavni sud se od institucije kojoj se namenjuje rešavanje za državu 'krupnih' ustavnih sporova sve više pretvara u 'sud običnih ljudi', instituciju od koje građani očekuju, koji se osećaju žrtvama protivpravnog ponašanja javnih vlasti, da konačno dođu do pravde, da dostignu zaštitu povređenih Ustavom zajemčenih prava i dobiju pravično zadovoljenje" (Stojanović, 2016: 10).

Ako je to tako, a po svemu sudeći to jeste tako, može se (i mora) prihvatiti stav da je upravo postupanje i odlučivanje o ustavnoj žalbi značajno doprinelo upotpunjavanju i kompletiranju funkcije ustavnog sudstva – zaštite ustava kao *lex superior*-a i principa ustavnosti (i zakonitosti), a zaštita i obezbeđenje ljudskih prava i sloboda postala krucijalni elemenat vladavine prava i demokratskog ustrojstva države i društva. Tako se i na ovaj način potvrđuje legitimitet i demokratski značaj ustavnog sudstva, a to uverljivo govori o perspektivi daljeg razvoja i širenja ustavnog sudstva na pragu dvadeset i prvog veka. Zato Francisco Fernandez Segado i zaključuje: "Jedan od najznačajnijih fenomena ustavnog pravnog poretka našeg vremena je bila univerzalizacija ustavnog sudstva" (Segado, 2004: 501).

Literatura

- Cappelletti, M. (1986). Rapport général. U L. Favoreu, J.-A. Jolowicz (Prir.), *Le controle juridictionnel des lois - Légitimité, effectivité et développements récents*. (str. 285–301) Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses universitaire
- Capelletti, M. (1982). Communication orale. U L. Favoreu (Prir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. (str. 494–501). Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses universitaire
- Cappelletti, M. (1981). Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, 2, 625–658.
- Đurić, V. (2000) *Ustavna žalba*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava
- Favoreu, L., Gaia, P., Ghevoitian, R., Mestre, J.-L., Pfersmann, O., Roux, A., Scoffoni, G. (1999). *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Favoreu, L. (1986). Europe Occidentale, U L. Favoreu, J.-A. Jolowicz (Prir.), *Le controle juridictionnel des lois - Légitimité, effectivité et développements récents*. (str. 17–71) Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses universitaire
- Ferrer Mac-Gregor (2000). *La accion constitucional de amparo en Mexico y Espana - Estudio de Derecho Comparado*, Mexico: Porrúa
- Garlicki L., Zakrewski. W. (1985). La protection juridictionnelle de la Constitution dans le monde contemporain. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. Paris, Aix-en-Provence. 17–39.
- Nikolić, O. (2001). Osamdeset godina ustavnog sudstva. *Arhiv za pravne i društvene nauke*. Beograd, 1, 33–47.
- Nikolić, O. (1995). Nezavisnost ustavnog sudstva i položaj sudija u ustavnom sistemu. *Pravni život*. Beograd, 12, 259–271.
- Nikolić, P. (1999). La légitimité de la justice constitutionnelle et la démocratie. U P. Fraisseix (Prir.), *Droit constitutionnel - Mélanges Patrice Gélard*, (str. 307–313) Paris: Montchrestien
- Nikolić, P. (1996). *Ustavno pravo*. Beograd: Prosveta.
- Nikolić P. (1995). Nužnost i legitimnost ustavnog sudstva u demokratskim sistemima. *Pravni život*, Beograd, 12, 177–185.
- Segdo, F.F. (2004). La justice constitutionnelle devant le XXI^e siècle. U S. Đorđević (Prir.), *Ustav Lex superior* (str. 501–545) Beograd: Udruženje za ustavno pravo Srbije

Stojanović, D. (2016). *Ustavno pravosuđe*. Niš: Pravni fakultet u Nišu

Vasilescu, F. (1995). Le rôle des cours constitutionnelles dans la période de transition vers une société démocratique. *Revue Roumaine des Sciences juridiques*. VI, 2, 143–150

Tumanov, V.A. (1986). Le cas de l'Union soviétique. U L. Favoreu, J.-A. Jolowicz (Prir.), *Le controle juridictionnel des lois - Légitimité, effectivité et développements récents*. (str. 113–119) Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses universitaire

Zorkin, V. D. (2014). Ustavno sudstvo zemalja nove demokratije: izazovi i perspektive. U D. Slijepčević (Prir.), *Položaj i perspektiva ustavnog sudstva*. (str. 47–69), Beograd: Ustavni sud Republike Srbije

Weber, A. (1985), Le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d' Europe Occidentale, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. Paris, Aix-en-Provence. 39–77.

Oliver Nikolić, LL.D.

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Ana Čović, LL.D.

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

CONSTITUTIONAL JUDICIARY AT THE OUTSET OF THE 21ST CENTURY

Summary

The establishment of constitutional judiciary and its incorporation into the system of government of the modern state was a radical shift in the mechanism of providing for the protection of the constitution and constitutionality. The interconnection of the constitutional judiciary and the legal state (the rule of law) and democratic order, as well as the democratic nature and legitimacy of the constitutional judiciary, have been and remained the cornerstone of its development and expansion worldwide.

Within several decades of its existence, the constitutional judiciary has become a necessary element of governing power in a growing number of countries on different continents. As a rule, the constitutional judiciary was first established in democratic countries, but there were also (rare) cases where it was established in less democratic countries, and even in covert or openly autocratic regimes in order to disguise the undemocratic essence of such countries. At the end of the 20th century, a number of socialist countries changed their socialist system of government and established constitutional courts as one of the main guarantors of democracy.

*At the same time, the development of the constitutional judiciary experienced not only “technical” improvement of its mechanism and operation but also a kind of an evolution, especially in terms of its jurisdiction. By establishing the constitutional complaint and enabling the constitutional courts to act upon the constitutional complaint, the constitutional judiciary have been enabled to significantly expand their activities in the field of protection of the constitution and the constitutionality; it especially refers to the protection of basic human rights and freedoms of citizens, which has become (particularly in recent decades) a crucial element of the rule of law (legal state) and its democratic order. It has considerably contributed to the completion of the protection of the constitution as *lex superior* and constitutionality (and legality), all of which significantly enhanced the legitimacy and the democratic value of the constitutional judiciary.*

Keywords: *constitutional judiciary, rule of law, constitutionality, legality, human rights.*

Dr Maja Nastić,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776083N

UDK: 342.8-054.72
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

OPŠTE BIRAČKO PRAVO U ERI GLOBALIZACIJE: GLASANJE DIJASPORE**

Apstrakt: *Glasanje dijaspore (eksterno glasanje, glasanje iseljenika) je način da se obezbedi realizacija biračkog prava za sve one građane koji privremeno ili trajno borave van svoje zemlje. U fokusu ovog rada jesu neki važni aspekti glasanja dijaspore: uslovi za sticanje i realizaciju biračkog prava, način na koji se glasovi eksternih birača transformišu u poslanička mesta, kao i kakvi su stvarni efekti ovog glasanja na celokupan izborni rezultat. Imajući u vidu da su izmenama izbornog zakona 2004. godine stvoreni uslovi za glasanje dijaspore na izborima koji se održavaju u Srbiji, namera nam je da analiziramo na koji način je omogućena realizacija biračkog prava naših državljana u inostranstvu i kakvi su stvarni efekti takvog glasanja.*

Ključne reči: *dijaspora, biračko pravo, izbori.*

1. Uvod

U eri globalizacije princip opšteg biračkog prava može biti ostvaren ukoliko građani koji žive u inostranstvu imaju pravo glasa na izborima koji se održavaju u zemlji porekla. Velike migracije, kao neizbežan pratilac globalizacije, nameću potrebu za punim prepoznavanjem njihovih političkih prava. Za označavanje prava kojima se građanima u inostranstvu omogućava da glasaju na izborima u državi porekla koriste se različiti termini: eksterno glasanje, glasanje dijaspore, glasanje

* maja@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu od 2013–2018. godine.

iseljenika, glasanje odsutnih, glasanje emigranata, glasanje van države, glasanje na daljinu (Laf leur, 2013: 17). Mi ćemo najčešće upotrebljavati termine eksterno glasanje i glasanje dijaspore za označavanje odredbi ili postupaka koji omogućavaju da svi birači, koji su, privremeno ili trajno, van zemlje mogu da ostvare svoje biračko pravo van teritorije države porekla (Nohlen, et al: 2007: 65).

Kada je reč o dijaspori, ona se može definisati kao „socijalno-politička formacija nastala dobrovoljnim ili prisilnim iseljavanjem pripadnika jedne etničke, odnosno nacionalne zajednice, kao 'entitet' čiji pripadnici održavaju redovne ili povremene veze sa svojom domovinom i sa grupama istog etničkog porekla u drugim zemljama“ (Kasapović, 2010: 17). Dijaspora se može identifikovati i kao društveni kolektivitet koji egzistira preko granica država i koji je uspeo tokom vremena da održi kolektivni, kulturni ili regionalni identitet kroz osećaj unutrašnje kohezije i održivih veza sa stvarnom ili zamišljenom domovinom, i pokazuju sposobnost da izraze kolektivne interese članova društvene zajednice kroz razvijanje organizacionih okvira i transnacionalnih veza (Kainova, 2009: 45). Najjednostavnije rečeno, pojam dijaspore se može odnositi na etno-nacionalne grupe koje imaju prebivalište van teritorije svoje zemlje.

2. Eksterno glasanje – istorijski aspekt nastanka

Eksterno glasanje, odnosno glasanje dijaspore posmatramo kao odgovor nacionalne države na globalizacione izazove koji su praćeni velikom migracijom stanovništva, kako bi se podstakla migrantska lojalnost. Ovakav vid glasanja je relativno nova pojava; do 80-ih godina prošlog veka o tome se vrlo malo govorilo, da bi ovo pitanje dobilo na značaju nakon političkih promena tokom 90-ih godina prošlog veka (Nohlen, 2007: 65). No, korene eksternog glasanja možemo naći još u periodu Rimskog carstva. Tako, navodi se da je eksterno glasanje zapravo prvi put primenjeno u vreme rimskog cara Avgusta, kada su članovi lokalnog senata u 28 novouspostavljenih kolonija mogli da glasaju za kandidate za gradske službenike Rima i da ih na dan izbora pošalju u Rim. U novije vreme Grčka je 1844. godine ozakonila pravo Grka koji su živeli u dijaspori da glasaju za Nacionalnu skupštinu. Poznata je primena eksternog glasanja 1862. godine, kada je Viskonsin postao prva od nekoliko američkih država koje su omogućile glasanje odsutnih, a koje se odnosilo na vojnike koji su se tokom građanskog rata borili na strani Unije. U kontekstu navedenih političkih događaja, republikanci su podržali „eksterno“

zakonodavstvo jer su pošli od toga da će vojnici verovatno podržati republikanskog predsednika Abrahama Linkolna. Krajem 19. i početkom 20. veka, Novi Zeland, Australija i Island omogućavaju glasanje svojim mornarima. Velika Britanija je 1918. godine dala pravo glasa vojnom osoblju u inostranstvu, koje je moglo glasati preko svojih punomoćnika u zemlji (Kasapović, 2010: 21).

Eksterno glasanje u kontekstu „militantnog“ glasanja bilo je posebno aktuelno tokom Prvog svetskog rata s obzirom na broj ljudi koji je učestvovao u oružanim sukobima. U Ujedinjenom Kraljevstvu se, usled političkih zahteva, uvodi glasanje vojnog personala, koje se sprovodi putem posrednika. Glasanje putem pošte za vojnike, mornare i ostale koji rade u inostranstvu na pitanjima od nacionalnog značaja odvija se u Ujedinjenom Kraljevstvu počev od 1945. godine sa tronedeljenim razmakom između glasanja u zemlji i brojanja glasova, kako bi se vratili glasački listići iz inostranstva. Novi Zeland, koji je još 1890. godine omogućio pomorcima da glasaju, tokom rata je pravo glasa proširio na sve vojnike, a ne samo na one koji su navršili 21 godinu. Francuska je uvela eksterno glasanje 1924. godine, kada su francuski administratori u okupiranom Rajnlandu mogli da glasaju putem pošte; glasanje preko punomoćnika za sve vojnike je uvedeno 1946. godine, da bi od 1951. godine glasanje putem pošte i glasanje putem punomoćnika bilo dostupno biračima različitih kategorija, uključujući i one koji su na državnoj ili vojnoj službi (Ellis, 2007: 41–43).

Imajući u vidu navedene primere, može se reći da je glasanje koje se odvijalo van države bilo u funkciji prepoznavanja onih koji su aktivno učestvovali u ratu i time značajno doprineli svojoj državi. U Španiji, međutim, do uvođenja eksternog glasanja dolazi 1978. godine, što je imalo simboličan značaj jer je njegovo uključivanje u demokratski ustav trebalo da znači *ex post* priznavanje emigracije nakon Drugog svetskog rata. Ali, ima i primera država koje dugo nisu poznavale ovaj oblik glasanja. U Austriji, na primer, sve do 1989. godine, građani koji nisu imali stalno prebivalište u ovoj državi bili su isključeni iz biračke evidencije i time lišeni birčkog prava. Međutim, Ustavni sud Austrije¹ našao je da to predstavlja povredu principa jednakosti građana i ustavne odredbe kojom se biračkog prava mogu lišiti samo lica osuđena na kaznu zatvora. Nakon toga, sprovedene su izmene zakona kako bi se omogućilo i građanima koji se nalaze u inostranstvu da budu upisani u birački spisak. U primeni je glasanje putem pošte (Stern, Valchars, 2013).

¹ Odluka Ustavnog suda Austrije VfSLg 12.023/1989 Izvor: <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=1311-Austria-FR ACIT.pdf>

Nakon 2000. godine znatno je porastao broj država koje uvode ovaj način glasanja. Prema podacima iz 2007. godine, 115 država ima odredbe kojima se omogućava glasanje biračima koji se nalaze u inostranstvu. Eksterno glasanje je najčešće zastupljeno u Evropi, ali je prisutno i na ostalim kontinentima. Najveći broj država članica Evropske unije prepoznaje prednosti eksternog glasanja. U Belgiji građani sa prebivalištem u inostranstvu mogu glasati i na saveznim izborima, počev od 1989. godine. Uslov je da imaju biračku sposobnost i da budu registrovani u konzulatu ². U Rumuniji, počev od 1990. godine, moguće je eksterno glasanje. U Ustavu ove države jasno se ističe da država podržava jačanje veza sa Rumunima u inostranstvu i da će podržati održavanje njihovog etničkog, lingvističkog i religijskog identiteta. U periodu od 1990. do 2008. godine glasovi iz inostranstva dodavani su izbornoj jedinici u Bukureštu. Kako od 2004. godine raste interesovanje donosioca odluka za ovaj vid glasanja, to se odražava na novi izborni zakon iz 2008. godine. Ovim zakonom se uvode izborne jedinice za glasove iz inostranstva. Prvi put dijaspora je dobila direktne predstavnike u rumunskom parlamentu: četiri poslanika i dva senatora. Eksterno glasanje je dozvoljeno na predsedničkim, parlamentarnim i izborima za Evropski parlament. Od metoda glasanja u primeni su lično, glasanje putem pošte, preko punomoćnika, elektronsko, kao i glasanje putem faksa (Buren, 2011: 95). Češka i Poljska zahtevaju da oni koji privremeno žive u inostranstvu budu registrovani u ambasadi ili konzulatu u državi svog prebivališta. Dozvoljeno je samo lično glasanje, dok glasanje putem pošte ili preko punomoćnika nije moguće. U Češkoj, dozvoljeno je samo glasanje u ambasadama i konzulatima, dok Poljska uspostavlja biračka mesta i u poljskim klubovima i emigrantskim udruženjima u državama sa velikim brojem emigrantske populacije (Fidrmus, Doyle, 2005). U Bugarskoj, takođe, građani mogu glasati na posebnim biračkim mestima u ambasadama i konzulatima.

Na osnovu podataka Instituta za demokratiju i izbore iz decembra 2014. godine, samo dve države ne dozvoljavaju eksterno glasanje, i to su Malta i Grčka. No, ima primera da je dozvoljeno eksterno glasanje, ali se primenjuje na vrlo restriktivan način i dostupno je samo određenoj kategoriji birača, kao što su vojnici i diplomatski službenici.

2 OSCE Office for Democratci Institutions and Human Rights. Belgium, Parliamentary Elections, 10. june 2007. Final Report www.osce/odhir/elections/belgium/28213. Preuzeto 27. 09. 2017.

3. Eksterno glasanje i izborni dizajn

U poslednje dve decenije, eksterno glasanje je doživelo kvantitativne i kvalitativne transformacije. Sada je to pravo građana koji žive van teritorije svoje države da budu prepoznati kao njeni formalni članovi, nezavisno od njihove želje za povratkom i njihove povezanosti sa državom maticom. Glasanje dijaspore prevazilazi uske okvire administrativno-tehničkih procedura koje se tiču registracije, načina glasanja, brojanja glasova, i definiše se kao aktivno i pasivno biračko pravo kvalifikovanih pojedinaca da učestvuju na izborima i na referendumu čiji su državljani, ali u kojoj nemaju prebivalište. Posedovanje državljanstva države na čijim se izborima učestvuje, ali u kojoj ne postoji prebivalište je centralna karakteristika eksternog glasanja i po tome se jasno razlikuje od glasanja stranaca i glasanja emigranata u državi u kojoj se prebiva. Eksterno glasanje u navedenom kontekstu izraz je dubokih promena u svetu, ekonomskih, političkih i kulturnih, koje nastaju kao posledica globalizacije, masovnih migracija iz nerazvijenih u razvijene zemlje u potrazi sa poslom, profesionalnim napredovanjem. Opseg stanovništva obuhvaćen ovim vidom glasanja daleko prevazilazi ranije okvire glasanja vojnog i diplomatsko-konzularnog osoblja, i obuhvata i ekonomske iseljenike, radnike migrante, stručnjake u potrazi za boljim i plaćenijim poslovima, studente (Kasapović, 2010: 22).

Imajući u vidu broj država u kojima je uvedeno glasanje dijaspore, može se reći da je ovakva politika široko prihvaćena. No, svakako, ovaj vid glasanja prate i brojni izazovi. Navešćemo neke: građani koji žive van države glasaju na izborima u svojoj državi porekla, ali ostaju van domašaja posledica svog glasanja; integritet izbornog procesa je mnogo teže garantovati kada su birači rasuti u različitim delovima sveta. Ovde treba dodati i gledište prema kome iseljenicima, koji više ne plaćaju domaće poreze, ne treba omogućiti puno uživanje političkih prava, shodno principu „No Taxation Without Representation” (Buren, 2011: 88). No, na strani država koje su se opredelile za uvođenje eksternog glasanja su sledeći razlozi. Prvo, države na taj način obnavljaju veze sa iseljenicima, posebno sa onim koji su napustili zemlju zbog bivšeg represivnog režima ili usled nepovoljnih istorijskih okolnosti. Cilj je uspostavljanje transnacionalne nacije izgrađivanjem institucija kako bi se ojačale simbolične veze sa državom porekla (Buren, 2011: 87). Drugo, države žele da osiguraju novčani priliv iz inostranstva. Države su zainteresovane da kontrolišu ili da čak suzbiju političke disidente i da ih mobilišu za podršku, kao i da brane interese migranata u zemlji domaćina. To može biti u činjeno obezbeđivanjem institucionalnih

mogućnosti za migrante kako bi dostigli društvenu pokretljivost, kako bi se borili protiv predrasuda povezanih sa njihovim tranzicionim statusom. To može da pomogne članovima dijaspore da se uključe u modernu ekonomiju (Buren, 2011: 89).

Eksterno glasanje je način da se osigura realizacija biračkog prava za one građane koji žive van države, ali i da se poveća politička participacija i ojača poverenje u izborni proces i demokratski poredak. Ostvarivanje biračkog prava dijaspore oslanja se na koncept univerzalnog prava glasa. Opšte biračko pravo je ključni element savremenih demokratija i opšteprihvaćeni princip izbornog sistema. Opšte biračko pravo može i treba da bude podvrgnuto ograničenjima kakva su: starosna dob, državljanstvo i prebivalište, uz mogućnost oduzimanja prava da se bira i bude biran (Nastić, 2014:193). Ograničenja koja su dopuštena u kontekstu ostvarivanja opšteg prava glasa primenljiva su i na građane u inostranstvu (minimalna starosna dob, krivična neosuđivanost, poslovna sposobnost). No, prebivalište, kao jedan od klasičnih uslova za ostvarivanje opšteg prava glasa, nije spojiv sa ovim vidom glasanja. Takođe, nije isključeno da postoje i neka specifična ograničenja u pogledu ove kategorije birača. To se može odnositi na dužinu vremena koju građani provode van svoje države porekla. U Australiji, na primer, maksimalna dužina boravka je 6 godina; u Kanadi 5 godina, dok je u Ujedinjenom Kraljevstvu 15 godina (Fierro, Morales Gratschew, 2007: 20).

Imajući u vidu na čemu se bazira glasanje dijaspore, možemo primetiti da je u osnovi ovog glasanja koncept etičkog državljanstva, koji podrazumeva da su državljani svi pripadnici naslovne nacionalne zajednice određene države. Koncept etičkog državljanstva potiskuje klasičan koncept teritorijalnog državljanstva. Državljanin nije samo onaj ko je rođen na tlu države, ima u njoj prebivalište i član je političke zajednice, već i onaj ko je član nacionalne ili etničke zajednice nezavisno od mesta boravka. Državljanstvo stečeno poreklom (*ius sanguinis*) postaje dominantan izvor širenja biračkog prava (Kasapovic, 2010: 22).

Glasanje dijaspore usled brojnih specifičnosti koje ga prate zahteva postojanje adekvatnog normativnog okvira. U nekim državama glasanje dijaspore je regulisano ustavom, kao najvišim pravnim aktom, dok je u drugim ova materija predmet zakonodavnog regulisanja. Svakako, za istinsku realizaciju eksternog glasanja neophodan je odgovarajući zakonodavni okvir, u kome će detaljno biti razrađene sve odredbe vezane za uživanje i realizaciju prava glasa dijaspore.

Izbori koji se održavaju van granica obično nameću velike organizacione i tehničke pripreme i iziskuju veće troškove nego što je to slučaj sa izborima koji se odvijaju unutar granica jedne države. U svetlu ovih okolnosti, ključni problem je garantovati ostvarivanje principa opšteg, jednakog i tajnog glasanja, obezbediti jednakost izbornog takmičenja i sprečiti povrede izbornog zakona. Uspostavljanje eksternog glasanja nameće potrebu posebnog registrovanja ovih birača.

Eksterno glasanje može biti omogućeno svim biračima koji žive van državne teritorije, ili, kako je navedeno ranije, mogu postojati ograničenja. Svi ovi uslovi treba da budu detaljno regulisani izbornim zakonom. Poželjno je da svi birači imaju, koliko je to moguće, jednake mogućnosti za glasanje. No, svakako, potrebno je izvesno prilagođavanje koje je specifično za eksterno glasanje, a koje se tiče geografske lokacije birača, sigurnosti u transportovanju glasačkih listića. Stoga, sasvim je razumljivo što se u nekim slučajevima usvajaju izuzetne procedure kako bi obuhvat ovih birača bio veći. Postoji više modaliteta glasanja koji se mogu primenjivati kada govorimo o glasanju iz inostranstva. To su: lično glasanje u diplomatskim misijama ili na drugim odgovarajućim mestima, glasanje putem pošte, glasanje preko punomoćnika, elektronsko glasanje i glasanje putem faksa. Najčešće je u primeni lično glasanje u diplomatskim misijama i na drugim označenim mestima, dok je najređe u primeni glasanje putem punomoćnika. Uobičajena je kombinacija dva ili više modaliteta glasanja, najčešće ličnog i glasanja putem pošte. Kada se glasanje organizuje u diplomatsko-konzularnim predstavništvima, obično se zahteva da postoji određeni minimalni broj registrovanih birača.

Registracija birača koji žive u inostranstvu može biti aktivna ili pasivna. Pasivna registracija birača podrazumeva da se birači iz inostranstva dodaju na postojeći birački spisak, pri čemu nije potrebno da se dodatno angažuju niti da izraze želju da učestvuju na izborima. Aktivna registracija birača iz inostranstva stavlja ih u poziciju da moraju da budu registrovani ukoliko žele da glasaju.

Vrlo važan institucionalni aspekt eksternog glasanja odnosi se na način na koji se glasovi birača transformišu u poslanička mesta. Moguće su dve opcije: postojanje posebnih izbornih jedinica za glasanje dijaspore ili da se glasovi dijaspore dodeljuju postojećim izbornim jedinicima, najčešće prema poslednjem prebivalištu birača. Svaka od ovih opcija ima svoju logiku. U prvoj se naglašava specijalni, ekstrateritorijalni karakter eksternog glasanja, dok se u drugoj naglašava povezanost

građana sa državom maticom. Posebne izborne jedinice za građane iz inostranstva vode jačanju veza eksternih birača sa nacionalnom političkom zajednicom, čime se promoviraju njihova zakonodavna agenda i ostvaruje direktna intervencija u procesu odlučivanja u pogledu tema od nacionalnog značaja.

U Italiji je pravo glasa italijanskih državljanina koji žive u inostranstvu regulisano ustavom. Shodno čl. 48 Ustava, utvrđeno je da biračko pravo imaju svi punoletni građani i građanke. Ustav upućuju na zakon koji određuje sredstva i način sprovođenja biračkog prava građana sa prebivalištem u inostranstvu. U cilju sprovođenja tog prava, osnovana je organizacija koja predstavlja biračko telo u inostranstvu, pod nazivom Estero (Circcoscizione Estero) i koja ima svoja poslanička mesta, čiji je broj određen ustavnim normama u skladu sa zakonom. Biračko pravo, a to važi za sve, ne može biti ograničeno osim u slučaju da je građanin zakonski nesposoban za glasanje, u slučaju neopozive krivične presude ili u slučaju moralne nedostojnosti predviđenih zakonom. Shodno čl. 56 Ustava Italije³, Donji dom parlamenta ima 630 poslanika, od kojih su 12 iz organizacije Estero. Građani koji žive u inostranstvu predstavljeni su i u Gornjem domu, Senatu. Broj senatora je 315, i od tog broja je njih šestoro iz organizacije Estero. Ovakav ustavni okvir je praćen odgovarajućim zakonima kojima se razrađuje pravo glasa dijaspore i utvrđuje način njenog predstavljanja. Naime, građani u inostranstvu raspoređeni su u četiri posebne izborne jedinice: prva obuhvata birače u Evropi (sa Rusijom i Turskom), druga, u Južnoj Americi, a treća je za Severnu i Centralnu Ameriku, dok četvrta pokriva područje Afrike, Azije, Okeanije i Antartika. Eksterno glasanje je prvi put primenjeno na referendumu održanom u maju 2003. godine (Fierro, et al 2007: 28).

U Evropskoj uniji, pored Italije, još tri države imaju parlamente u kojima sede predstavnici dijaspore. To su Francuska, Hrvatska i Portugal. U Francuskoj dijaspora ima svoje predstavnike u Senatu još od 1948. godine, te se može reći da ova država predstavlja pionira u uključivanju dijaspore u predstavničko telo. Ustavom je utvrđen broj od 3 senatora, a onda je on postepeno rastao i došao do broja 12. Međutim, senatore ne biraju direktno Francuzi u inostranstvu, već su oni izabrani od strane posebnog tela koje broji 155 članova i u kome je predstavljeno oko 2 miliona birača koji žive van teritorija Francuske. Počev od 2012. godine, dijaspora ima svoje predstavnike u Nacionalnoj skupštini. Tokom mandata predsednika Sarkozija (*Nicolas Sarkozy*) doneta je odluka o uvođenju 11 mesta za poslanike „iz inostranstva“. Uzrok tome je značajan

3 Izvor: formazione.civica.lepida.it/constituzione/c20.pdf Preuzeto: 25. 09. 2017.

porast broja građana koji se sele u inostranstvo, kako u Evropsku uniju, tako i u Severnu Ameriku, kao i u tradicionalne regije severa Afrike i podsaharske Afrike. Da bi se kvalifikovali za glasanje, francuski državljani moraju da se registruju u konzulatu zemlje u kojoj su se nastanili. Izborne jedinice su, kao i u Italiji, utvrđene na geografskoj osnovi; jedna, obuhvata SAD i Kanadu; druga, Meksiko i čitavu Latinsku Ameriku; treća, severnu Evropu, koja uključuje i Ujedinjeno Kraljevstvo; četvrta obuhvata zemlje Beneluksa; peta, Andoru, Monako, Portugal i Španiju; šesta, Lihtenštajn i Švajcarsku; sedma, Centralnu i Istočnu Evropu; osma, Južnu Evropu, Izrael i Tursku; deveta, severozapadnu Afriku, deseta, Centralnu, Istočnu, Južnu Afriku, i deo Srednjeg istoka, i jedanaesta, Belorusiju, Ukrajinu, Rusiju, Moldaviju, Okeaniju i veći deo Azije. U svakoj izbornoj jedinici bira se po jedan poslanik⁴.

Građani Portugala koji žive u inostranstvu predstavljeni su u Predstavničkom domu počev od 1976. godine. Oni su raspoređeni u dve izborne jedinice; jedna je za Evropu, a druga za ostatak sveta. U svakoj izbornoj jedinici biraju se po dva poslanika, ali pod uslovom da je glasalo najmanje 55.000 birača u toj jedinici. Ako je glasalo manje birača, onda će biti dodeljeno samo jedno mesto⁵.

Davanje prava glasa dijaspori u Hrvatskoj se dešava tokom 90-ih godina prošlog veka. HDZ, kao vodeća politička partija, bila je zainteresovana da što veći broj Hrvata van Hrvatske stekne njeno državljanstvo i biračko pravo (Nohlen, Grotz, 2007: 73). Biračko pravo dijaspore je predstavljalo izraz zahvalnosti Hrvatske za veliki doprinos koji je dala nacionalnoj ekonomiji. Iseljenici su slali novac svojim porodicama i ulagali novac u lokalne, nacionalne objekte, a zatim i u državnopravni projekat i hrvatsku ekonomiju (Kasapović, 2010: 23). Dijaspora 1995. godine dobija fiksnih 10% zastupnika u Saboru, koji su birani u jednoj izbornoj jedinici, koja je obuhvatala čitav svet, da bi 2011. godine taj broj bio smanjen na 3 zastupnika, koji se takođe biraju u jednoj izbornoj jedinici.

Uključivanje dijaspore u predstavnička tela dovodi do transformacije tradicionalnog parlamenta u kosmonacionalni parlament (cosmonational parliament) (Laguerre, 2013: 47). Ovakav parlament treba razlikovati od transnacionalnog parlamenta, koji postoji u okviru Saveta Evrope ili NATO-a. Upravo se glasanje dijaspore najčešće odnosi na parlamentarne

4 Izvor: <https://www.fifthandahalfrepublic.com/words/2017/6/5/diaspora-representation-les-français-tablis-hors-de-la-france> Preuzeto 27. 09. 2017.

5 Izvor: https://www.overseasvotefoundation.org/files/Diasporas_Represented_in_their_Home_Country_Parliaments.pdf Preuzeto 25. 09. 2017.

izbore, ali je moguće i da dijaspora bira predsednika republike, kao i da se izjašnjava na referendumu.

Ostvarivanje prava glasa dijaspore najčešće podrazumeva njihovu registraciju u okviru posebnog biračkog spiska. Prema tome kako su postavljeni zahtevi za registraciju birača, to se direktno održava na opseg građana u dijaspori koji će njome biti obuhvaćeni. Najčešće, ona podrazumeva da se građani u inostranstvu prijavljuju, odnosno podnose zahtev da bi glasali na izborima u svojoj zemlji. U nekim državama, poput Ujedinjenog Kraljevstva, prethodni uslov da bi neko bio upisan u birački spisak dijaspore jeste da je bio upisan u birački spisak u Ujedinjenom Kraljevstvu i da od trenutka njihovog boravka u Ujedinjenom Kraljevstvu i boravka u inostranstvu nije prošlo više od 15 godina, ili ukoliko su bili suviše mladi pre svog odlaska iz Britanije i napunili su 18 godina u inostranstvu, onda je uslov da je njihov roditelj/staratelj bio na biračkom spisku (Green, 2007: 101). Švedska priznaje pravo glasa najduže 10 godina, nakon čega se birači iz inostranstva brišu iz registra. Portugal uslovljava dodelu biračkog prava dokazom da postoji efektivna veza iseljenika sa nacionalnom zajednicom, znanjem portugalskog jezika i ograničenim boravkom u inostranstvu u trajanju od 10 odnosno 15 godina (Kasapović, 2010: 22).

Iako nije čest slučaj da glasovi dijaspore odlučujuće utiču na ishod izbora u zemlji matici, to nije bez presedana. U Italiji, na izborima održanim 2006. godine, dijaspora je pomogla u konstituisanju „tanke“ većine u Senatu, koje je dovelo do formiranja vlade Romana Prodića (Arcioni, 2006). To je bio slučaj i sa Hrvatskom 90-ih godina prošlog veka. U tom periodu, nekadašnji hrvatski predsednik Franjo Tuđman veoma je koristio naklonost Hrvata koji žive van granica države. Predsedničke izbore u Rumuniji održane 2009. godine karakterisala je polarizacija političke scene. Trajan Basesku, aktuelni predsednik iz Demokratsko-liberalne partije, dobio je minimalnu prednost nad kandidatom Socijalno-demokratske partije Dan Mirča Ćaonom, nekadašnjim šefom diplomatije i liderom najveće opozicione partije. Ključnu ulogu u izboru Baseskua odigrala je upravo rumunska dijaspora.

4. Glasanje dijaspore na izborima u Srbiji

Srbija je jedno od najpoznatijih emigracionih područja, čija dijaspora je jedna od najbrojnijih na svetu. Ona u apsolutnom smislu nije velika kao što su dijaspore nekih brojnih naroda. Ali, dijaspora je značajna u relativnom smislu, odnosno predstavlja veliki deo srpskog naroda. O

broju pripadnika dijaspore ne postoje precizni podaci, ali procenjuje se da broj lica srpskog porekla u inostranstvu iznosi oko 4 miliona, što znači da gotovo trećina našeg stanovništva živi izvan granica Republike Srbije.⁶

Normativni okvir koji definiše položaj dijaspore je utvrđen Ustavom, kao najvišim pravnim aktom. Naime, već u okviru načela Ustava, u članu 13 ističe se da Republika Srbija štiti prava i interese svojih državljana u inostranstvu; Republika Srbija razvija i unapređuje odnose Srba koji žive u inostranstvu sa matičnom državom. Srbija je 2011. godine donela i Strategiju očuvanja i jačanja odnosa matične države i dijaspore i matične države u Srba u regionu.⁷Osnovni cilj donošenja ovog dokumenta je uspostavljanje i očuvanje kontinuiteta i jačanje odnosa matične države i dijaspore, kao i matične države i Srba u regionu.

Prvi sistemski zakon o odnosima između matične države i dijaspore, i matične države i Srba u regionu je Zakon o dijaspori i Srbima u regionu, koji je donet takođe 2011. godine. Ovim zakonom, pod pojmom dijaspore podrazumevaju se državljani Republike Srbije koji žive u inostranstvu i pripadnici srpskog naroda, iseljenici sa teritorije Republike Srbije i iz regiona i njihovi potomci. Pod pojmom Srba u regionu, u skladu sa navedenim zakonom, podrazumevaju se pripadnici srpskog naroda koji žive u Republici Sloveniji, Republici Hrvatskoj, Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori, Republici Makedoniji, Rumuniji, Republici Albaniji i Republici Mađarskoj (čl. 2 Zakona). Ovim zakonom uvodi se Skupština dijaspore i Srba u regionu, kao najviše predstavničko telo dijaspore i Srba u regionu, koju čini 45 delegata. Nadležnost Skupštine je da utvrđuje probleme dijaspore i Srba u regionu, predlaže mere za njihovo prevazilaženje, daje smernice za izradu Strategije, bira savete dijaspore i Srba u regionu, nadzire njihov rad i odlučuje o prestanku mandata njihovih članova.

Kada govorimo o glasanju dijaspore na izborima koji se dešavaju u Srbiji, treba napomenuti da ono nalazi svoju ograničenu primenu. Naime, građanima naše zemlje koji privremeno ili stalno borave u inostranstvu izmenama izbornog zakona iz 2004. godine omogućeno je da budu upisani u poseban birački spisak i da glasaju u zemlji u kojoj imaju prebivalište. Glasanje u inostranstvu sprovodi se prema izbornim pravilima koja važe i za glasanje u zemlji, uz izvesne specifičnosti. Građani u dijaspori upisuju se u birački spisak prema svom poslednjem prebivalištu pre

6 http://dijaspora.gov.rs/wp-content/uploads/2012/12/strategija_mvd2011.pdf

7 http://dijaspora.gov.rs/wp-content/uploads/2012/12/strategija_mvd2011.pdf

odlaska u inostranstvo, odnosno prema poslednjem prebivalištu jednog od roditelja. Da bi pripadnik srpske dijaspore ostvario biračko pravo u inostranstvu, mora da se odazove pozivu Ministarstva spoljnih poslova Srbije. Naime, dan nakon raspisivanja izbora u Srbiji, diplomatsko-konzularna predstavništva naše države obaveštavaju birače koji imaju boravište u inostranstvu da preko njih mogu podneti zahtev da se u birački spisak upiše podatak da će na predstojećim izborima glasati u inostranstvu.⁸ Ovakav zahtev, shodno Zakonu o jedinstvenom biračkom spisku, može se uputiti najkasnije pet dana pre dana zaključenja biračkog spiska. Diplomatsko-konzularno predstavništvo kome je podnet ovakav zahtev o tome obaveštava opštinsku, odnosno gradsku upravu nadležnu prema mestu prebivališta birača. To znači da su birači u inostranstvu deo jedinstvene evidencije birača; jedino se u birački spisak upisuje podatak da će birač glasati prema mestu prebivališta koje se nalazi u inostranstvu. U slučaju da lice nije upisano u jedinstveni birački spisak, za odlučivanje po zahtevu za upis podataka o tome da će birač glasati u inostranstvu neophodno je prethodno sprovesti postupak upisa u jedinstveni birački spisak. U tom slučaju, zahtev za upis podataka da će birač glasati u inostranstvu dostavlja se istovremeno sa zahtevom za upis u jedinstveni birački spisak.

Ministarstvo nadležno za poslove uprave priprema i overava posebne izvode iz biračkog spiska za glasanje ovih birača i dostavlja ih Republičkoj izbornoj komisiji (RIK), koja posebne izvode zajedno sa ostalim izbornim materijalom dostavlja Ministarstvu spoljnih poslova. Članove biračkog odbora u stalnom sastavu u inostranstvu imenuje RIK, na predlog ministarstva nadležnog za inostrane poslove. Birački odbor u proširenom sastavu čini po jedan predstavnik podnosioca izborne liste čija je lista proglašena. Članove biračkog odbora u proširenom sastavu u inostranstvu imenuje RIK, na predlog podnosioca izborne liste čija je lista proglašena. Predsednik biračkog odbora imenuje se, po pravilu, iz reda diplomiranih pravnika zaposlenih u diplomatsko-konzularnom predstavništvu (čl. 73 a ZINP). Kada govorimo o samom glasanju, treba imati u vidu razliku u časovnim zonama u kojima se nalaze biračka mesta u inostranstvu. Zato, glasanje traje dva dana i mora da se završi istog dana i časa po lokalnom vremenu koje odgovara završetku glasanja u Republici Srbiji. U državama koje se nalaze u časovnim zonama

⁸ Ovaj zahtev mora da sadrži sledeće podatke: ime i prezime, ime jednog roditelja, JMBG, opštinu, odnosno grad i adresu prebivališta birača u zemlji, kao i podatke o opštini, odnosno gradu i adresi boravišta u inostranstvu prema kojoj će birač glasati na predstojećim izborima.

zapadno od centralnoevropske časovne zone, kojoj pripada i Srbija, glasanje se odvija dan ranije, od 7.00 do 20.00 časova po lokalnom vremenu, dok se u državama koje su u istočnim časovnim zonama glasanje obavlja istog datuma koji je određen za glasanje u Srbiji, takođe, u vremenu od 7.00 do 20.00 časova po lokalnom vremenu

Ovakav sistem registracije birača odvrća veliki broj njih koji imaju prebivalište u inostranstvu od učešća u izbornom postupku. Naime, iako su upisani u birački spisak, povodom svakih izbora mora se zabeležiti da se oni prijavljuju za glasanje prema mestu prebivališta u inostranstvu, čime se opterećuju i birači i izborna administracija. Biračima u inostranstvu omogućeno je da učestvuju na parlamentarnim i predsedničkim izborima, kao i na referendumu. Imajući u vidu dinamiku sprovođenja (vanrednih) parlamentarnih izbora u Srbiji u poslednjih nekoliko godina (2012, 2014, 2016), u kombinaciji sa (redovnim) predsedničkim izborima, održanim 2017. godine, jasno je u kojoj meri ovakav sistem registracije birača nepovoljno utiče na zainteresovanost birača koji su u inostranstvu da glasaju. Ukoliko se tome doda i činjenica da birači koji imaju boravište u inostranstvu glasaju u diplomatsko-konzularnim predstavništvima Republike Srbije i na posebnim biračkim mestima koja određuje RIK, jasno je zbog čega učešće ovih birača više ima simboličan nego realan značaj. Naš zakonodavac se opredelio samo za model ličnog glasanja u kontrolisanim uslovima, bez mogućnosti primene alternativnih vidova glasanja, kao što su glasanje putem pošte ili elektronsko glasanje. Kako biračka mesta mogu biti otvorena samo u diplomatsko-konzularnom predstavništvu i ukoliko je broj prijavljenih birača veći od 100, vrlo često se dešava da su ona veoma udaljena od mesta prebivališta naših državljana u inostranstvu; gotovo da je lakše doći u Srbiju i glasati, nego glasati u zemlji prebivališta. Ovde je reč o tzv. „funktionalnim“ apstinentima. Birači ne izlaze na izbore jer su materijalni i vremenski troškovi participacije veći od izborne dobiti i izborne motivacije.⁹ Ukoliko zaista postoji namera da se omogući glasanje dijaspore na nacionalnim izborima, neophodno je izbornim zakonodavstvom predvideti otvaranje biračkih mesta i van diplomatsko-konzularnih predstavništava ili se opredeliti za druge modele glasanja.

Ilustrovaćemo to i konkretnim podacima sa održanih predsedničkih i parlamentarnih izbora. Naime, na izborima za predsednika Srbije održanim 2004. godine prvi put je omogućeno glasanje dijaspore. Tada, u birački spisak je upisano 10.080 birača, a glasalo je njih 8.508 birača.

9 <http://cesid.bg..28>

Sljedeći put, na referendumu o Ustavu Srbije održanom 2006. godine, glasalo je samo 2. 960 građana. Na parlamentarnim izborima održanim 24. aprila (i 4. maja) 2016. godine, otvorena su biračka mesta u sledećim državama: Austriji, Belgiji, Bosni i Hercegovini, Velikoj Britaniji, Italiji, Južnoafričkoj Republici, Kanadi, Makedoniji, Rumuniji, Ruskoj Federaciji, SR Nemačkoj, Slovačkoj, Sloveniji, Turskoj, Ujedinjenim Arapskim Emiratima, Francuskoj, Holandiji, Hrvatskoj, Crnoj Gori, Češkoj Republici i Švajcarskoj. U nastavku slede podaci o broju otvorenih biračkih mesta i broju upisanih i izašlih birača.

naziv države	broj biračkih mesta	broj upisanih birača	broj glasalih
Austrija	1	557	476
Belgija	1	188	163
BiH	2	668	601
Velika Britanija	1	260	209
Italija	4	812	629
Južnoafrička republ.	1	168	101
Kanada	1	214	119
Makedonija	1	147	130
Rumunija	1	150	54
Ruska federacija	1	191	164
SR Nemačka	6	1822	1430
SAD	3	415	275
Slovačka	1	102	63
Slovenija	1	147	107
Turska	1	193	113
UAE	1	197	113
Francuska	2	456	374
Holandija	1	187	158
Hrvatska	1	193	86
Crna Gora	2	686	361
Češka Republika	1	157	135
Švajcarska	3	561	432
ukupan broj	37	8498	6293

Izvor: <http://www.rik.parlament.gov.rs/izbori-za-narodne-poslanike-2016-rezultati.php>

Možemo primetiti da je najveći broj birača prijavljenih za glasanje sa prebivalištem u Nemačkoj (1822), gde je otvoren i najveći broj biračkih mesta (6); ukupan broj upisanih birača na svih 37 biračkih mesta organizovanih u inostranstvu je 8.498, a broj glasalih nešto manji 6.293. U Izveštaju RIK-a o ukupnim rezultatima izbora za narodne

poslanike navodi se da je broj birača upisanih u birački spisak 6.739.441; ukupan broj birača koji su glasali 3.778.923. To znači da je udeo birača iz inostranstva u ukupnom broju birača svega 0,12%, odnosno udeo glasova iz inostranstva u ukupnom broju birača koji su glasali je skromnih 0,17%.

U kojoj meri dijaspora nije zainteresovana za učešće na izborima koji se održavaju u Srbiji možemo videti ako broj registrovanih birača uporedimo sa brojem državljana Republike Srbije koji borave u inostranstvu. Navešćemo podatke kojima raspolaže Eurostat ¹⁰.

Tabela 3: Državljeni Republike Srbije prema zemljama najveće emigracije u 2011. godini i po osnovu odobrenja privremenog boravka, izvor: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/populations/data/database>

zemlje destinacije u EU	ukupno	spajanje porodice	školoavanje	rad	drugi razlozi	izbeglički status
SR Nemačka	247.035	81.381	611	1.598	159.558	2.261
Austrija	111.403	10.443	917	327	99.716	0
Italija	58.379	25.148	747	29.977	1.314	794
Francuska	34.427	7.972	166	579	20.128	5.442
Švedska	10.381	6.025	77	349	781	407
Slovenija	8.387	1.233	195	3.186	3.771	5
Grčka	3.766	2.194	181	897	494	0
Španija	3.246	742	211	275	1.972	36
Slovačka	4.103	281	25	275	3.517	5
Češka	2.301	938	114	388	857	1

Možemo primetiti da najveći broj naših državljana privremeno boravi u Nemačkoj, i taj broj iznosi oko 250.000. Na parlamentarnim izborima održanim 2016. godine, u ovoj državi je otvoren najveći broj biračkih mesta, ali je ukupan broj registrovanih birača bio svega 1.822. Slična situacija je i sa Italijom, gde boravi oko 60.000 naših građana, a interesovanje za učešće na izborima izrazilo je njih 800. U Austriji boravi preko 100.000 naših građana, a na poslednjim parlamentarnim izborima upisano je tek nešto više od 500 birača.

Razlozi za izbornu apstinenciju birača sa prebivalištem u inostranstvu za izbore koji se organizuju u Srbiji su brojni: od tehničkih do onih suštinske prirode. Imajući u vidu veoma mali broj biračkih mesta na kojima se izbori organizuju, odluka da učestvuju na izborima često može biti u direktnoj vezi sa značajnim finansijskim izdacima, ali i ogromnim utroškom vremena nesvojstvenim izbornoj participaciji. Birači u inostranstvu nisu posebno motivisani za učešće na izborima

¹⁰ Agencija za statistiku Evropske unije

usled toga što i političke stranke u izbornoj kampanji ne dopiru do ove ciljne grupe i ne predstavljaju ponude koje će biti usmerene ka ovim biračima. Političke stranke, verovatno imajući u vidu mali procentni udeo birača iz inostranstva u ukupnom broju glasova, ne žele da ulažu novac i energiju u pokušaje da pruže više informacija građanima u dijaspori povodom predstojećih izbora. Osim toga, glasovi birača iz inostranstva ne mogu odlučujuće uticati na ishode izbora, kao što se dešavalo u nekim drugim, ranije pomenutim, državama.

Kada je reč o tome kako se glasovi pridružuju ostalim glasovima, situacija je jednostavna usled primene postojećeg izbornog sistema. Čisti, proporcionalni izbori u kojima je čitava država jedna izborna jedinica ne stvaraju probleme kada su u pitanju glasovi dijaspore. Naime, svi glasovi birača, gde god da su prikupljeni, zbrajaju se i pretvaraju u mandate na jednom mestu.

5. Zaključne napomene

Glasanje dijaspore je način na koji nacionalne države nastoje da se suoče sa globalizacijskim izazovima i migracijama stanovništva. Poslednjih godina dijaspora je počela da igra mnogo aktivniju ulogu u politici kako u zemlji porekla, tako i u zemlji svog prebivališta. Pozitivna strana uključivanja dijaspore u politički život države porekla je u tome što dijaspora može da gradi mostove između država i da pomogne u promovisanju demokratije, kako u državi u kojoj boravi, tako i u državi svog porekla. Veliki broj država, posebno na području Evropske unije, opredelio se da omogući glasanje dijaspore na nacionalnim izborima. U različitim državama u primeni su različiti modaliteti glasanja i različit način transformacije ovih glasova u poslanička mesta, što je u izvesnoj meri uslovljeno i primenom odgovarajućeg izbornog sistema.

Srbija pripada grupi država koje formalno dopuštaju svojim državljanima koji imaju prebivalište u inostranstvu da glasaju na nacionalnim izborima. Međutim, sistem registracije birača i način glasanja kreiran je tako da ne podstiče i suštinsko učešće naših državljana u inostranstvu da glasaju na izborima. Najbolja potvrda toga je nesrazmerno mali broj građana Srbije koji su upisani u birački spisak za glasanje u inostranstvu u odnosu na njihov stvarni broj.

Literatura

Buren, T. (2011): Political participation by the Romanian Diaspora, U: Sum P., King R., *Romania under Basescu: Aspirations, Achievements and Frustrations Durint His First Predsedential Term*, Lanham, Lexington Books, 83–105.

Ellis, A. (2007): The history and politics of external voting, *Voting from abroad* (The International IDEA Handbook), Stockholm, International Institut for Democracy and Electoral Assistance, 41–63.

Green P (2007): Entitlement to vote, *Voting from abroad* (The International IDEA Handbook), Stockholm, International Institut for Democracy and Electoral Assistance, 89–103.

Fierro N.C, Morales I., Gratschew M. (2007): External voting: a comparative overview, *Voting from abroad* (The International IDEA Handbook), Stockholm, International Institut for Democracy and Electoral Assistance, 11–34.

Fidrmus,J; Doyle, O: (2005): Voice of the diaspora: An analysis of migrant voting behaviour, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/39603/1/51293259X.pdf>, Preuzeto 27. 08. 2017.

Laf leur, J.M. (2013): *Transnational Politics and the State: The external Voting Rights of Diaspora*, New York, Taylor & Francis

Kasapović, M. (2010): Tko i kako predstavlja „dijasporu“, *Političke analize*, 3, 15–19.

Kasapović, M. (2010): Hrvati, hrvatski državljani i dijaspora, *Političke analize*, 2, 21–24.

Koinova, M. (2009): Diasporas and democratization in the post-communist world, *Communist and Post-Communist Studies*, 42, 41–64.

Dieter N., Grotz, F.(2007): The legal framework and an overview of electoral legislation, *Voting from abroad* (The International IDEA Handbook), Stockholm, International Institut for Democracy and Electoral Assistance, 65–76.

Laguerre, M.(2013): *Parliament and Diaspora in Europe*, Palgrave Macmillane

Nastić, M. (2014): Izborna pravila u Srbiji i evropski standardi: opšte pravo glasa; *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 68, 187–205.

Stern J.,Gerd V., Access to Electoral Rights Austria, <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=1311-Austria-FR ACIT.pdf> . Preuzeto 27. 09. 2017.

Odluka Ustavnog suda Austrije VfSLg 12.023/1989

Maja Nastić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

UNIVERSAL SUFFRAGE IN THE GLOBALIZATION ERA: DIASPORA VOTING

Summary

In the era of globalization, the principle of universal suffrage can be achieved if citizens who live abroad are eligible to vote in the elections held in the country of their origin. Large population migrations, which inevitably accompany globalization processes, impose the need for full recognition of their political rights. Diaspora (external) voting is a way to ensure the exercise of the right to vote for all citizens who are temporarily or permanently residing outside their country of origin. External voting is seen as an integral part of universal suffrage. It can be made accessible to all citizens residing outside the national territory or there may be certain restrictions on the entitlement to vote externally.

The largest number of EU countries recognizes the advantages of external voting, as evidenced by recent changes in their election laws. Citizens who live abroad may be enabled to vote if a specific number of them have been registered by the representatives of the diplomatic mission in the country of residence, and their right to vote may be time-limited. A particularly important aspect of external voting refers to the way in which the external voters' ballots are transformed into seats in Parliament. Thus, there are two options: establishing extraterritorial electoral units, or counting the votes of external voters in the existing constituencies. Another very important issue is whether diaspora voting contributes to exercising the diaspora voting rights, and whether it increases the legitimacy of the democratic system or, in turn, reduces it.

The focal point of this article are some key elements of diaspora voting in Serbian elections: whether and under what conditions the diaspora voters may vote, what is the dynamics of such participation and what is the turnout, and what are the organizational and technical challenges posed by the external voting. Under the amended 2004 Act on Elections of Member of Parliament, Serbian citizens residing abroad are enabled to vote in elections held in Serbia. In this article, the author examines the relevant legal provisions on the exercise of the active voting right of Serbian citizens living abroad and analyzes the actual effects of diaspora voting right on the elections in Serbia.

Keywords: *universal suffrage, globalization, political rights, diaspora voting, external voting, Serbian legislation.*

Dr Jelena Vučković,* Docent
Pravnog fakulteta, Univerzitet
u Kragujevcu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776101V

UDK: 342.33

Rad primljen: 01.10.2017.

Rad prihvaćen: 30.11.2017.

USTAVNI PRINCIP PODELE VLASTI I GLOBALIZACIJA

Apstrakt: Globalizacija kao društveni fenomen javlja se naročito poslednjih decenija dvadesetog veka promenom odnosa svetskih sila i završetkom hladnog rata, uz rastući trend razvitka informacionih društava, napretka tehnologije, jačanja neoliberalnog koncepta države, da bi danas bio aktuelan podjednako kao i onda kada se pojavio. Ovaj fenomen snažno je uticao na pravno uređenje država kroz čitav sistem pisanih i nepisanih normi koje imaju nadnacionalni karakter, a postaju deo nacionalnih sistema. Delovanjem Ujedinjenih nacija, razvojem i širenjem Evropske unije, u pravne sisteme pojedinih država uvode se najpre odredbe o ljudskim pravima koje imaju uniformni karakter, da bi se zatim nametnuo čitav niz međunarodnih dokumenata koji u različitim oblastima nameću standarde kvaliteta, definišu i zabranjuju način upotrebe pojedinih instituta, propisujući obavezu usklađivanja domaćih regula sa prihvaćenim međunarodnim pravilima. Koncept sveta kao "globalnog sela" neminovno je označio promenu ustavnog uređenja država koje žele da budu deo ovog koncepta i to uvođenjem državnih organa i nedržavnih javnih subjekata koji treba da omoguće ostvarivanje ovog cilja.

Koncept globalizacije uticao je i na Ustav Republike Srbije iz 2006. na vidljiv način, kroz odredbe o ljudskim pravima, uvođenje u hijerarhiju pravnih normi opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora, uvođenje institucija za zaštitu ljudskih prava poput zaštitnika građana, sistem organa koji treba da obezbede nezavisnost pravosuđa (Visoki savet sudstva, Državno veće tužilaštva), ali i stvaranjem uslova za formiranje čitavog niza državnih i nedržavnih javnih subjekata koji raspolažu kvazizakonodavnim i kvazisudskim ovlašćenjima, poput

*v_jelena0405@yahoo.com

javnih agencija. Sve to postavlja pitanje njihovog pozicioniranja u ustavnom sistemu Republike Srbije posmatrano sa aspekta podele vlasti. Da li ovi organi, uvedeni u domaći ustavnopravni sistem, mogu biti definisani kao deo jedne od grana vlasti ili ćemo ih odrediti kao posebnu, četvrtu granu vlasti? Da li je koncept podele vlasti u savremenim ustavnim sistemima uopšte i moguće shvatiti u duhu Montesjkjea i Rusoa?

U kontekstu globalizacije interesantno je preispitati i odnos postojećih grana vlasti i njihove ravnoteže i međusobne kontrole. Vidljivo je i očigledno slabljenje parlamentarnih i demokratskih organa uz tendenciju jačanja izvršne vlasti. Sve to stvara nestabilnost i nefunkcionalnost domaćeg pravnog sistema uz vidljiv uticaj politike i neformalnih centara moći. Ideja globalizacije kao početno pozitivna i usmerena na globalno ujednačavanje kvaliteta života svakog pojedinca, otvorila je niz dilema na koje ćemo pokušati da damo odgovore.

Ključne reči: *globalizacija, podela vlasti, ustav, ustavni sistemi, ljudska prava, zaštitnik građana, javne agencije.*

1. Agencifikacija kao globalni proces

1.1. Pojam i problem globalnog trenda

Promena socijalnog ambijenta, koja se odigrala tokom XX i početkom XXI veka, izazvala je regulisanje dotada neregulisanih oblasti društvenog života i dovela je do promene karaktera savremene države. Promene, koje se tiču uticaja ratova, ekonomske krize i potresi svetskih razmera, potreba za ekonomskim i društvenim planiranjem, socijalna politika, ekologija, kultura i sport, broj informacija potrebnih da se pokrenu resursi, dovele su do jačanja izvršne vlasti, kako u organizaciono strukturalnom smislu, tako što je ona postala strukturalno složenija i divergentnija, odnosno u kvalitativnom smislu, jer je ojačala svoj funkcionalni kapacitet moći. U tako složenom i konfliktnom ambijentu nastao je globalni proces agencifikacije (Thiel, 2011:17).

Agencifikacija je globalni proces koji je obeležio razvoj upravnih sistema širom sveta, od početka 80-ih godina XX veka. Njega karakteriše transferisanje centralnih državnih aktivnosti na veliki broj različitih agencijskih tela. Stvaraju se posebne upravne organizacije

agencijskog tipa, koje svojim funkcionisanjem utiču i menjaju odnose u institucionalnoj areni, kako u nacionalnim upravnim sistemima, tako i na supranacionalnom nivou. Savremeni svet je postao svet agencija (Verhoest, Thiel, Bouckaert, Paegreid, 2011: 3). Agencije su deo političkog dizajna parlamentarnih demokratskih sistema.

Agencije se mogu naći u različitim oblicima na različitim nivoima državno-pravne delatnosti. Pored regulatornih agencija, koje su najznačajniji oblik agencijskog delovanja, bez kojih se kvalitetna javna uprava ne može zamisliti, agencije se mogu pronaći na svakom koraku, od organa državne uprave do nedržavnih oblika javnog upravljanja i lokalne samouprave. Ima agencija koje nisu samo sinonim „tajne“ državne moći (agencije državne bezbednosti, nacionalne sigurnosti i dr.) već ima agencija koje su protivteža izvršnoj vlasti, koje ograničavaju „slobodu“ kreiranja javnih politika i donošenja odluka, koje su suprotne ciljevima „dobre uprave“.

Proces agencifikacije se javlja pod uticajem globalne koncepcije Novog javnog menadžmenta (*New public management*) i novog shvatanja uloge države, tzv. „regulatorne države“. Regulatorna država počiva na ideji poveravanja poslova regulacije posebnim telima, odnosno organizacijama koje su stručne i relativno autonomne od eventualnih političkih uticaja, kako bi se osigurala tržišna utakmica između davaoca javne usluge, odnosno zaštitila prava korisnika ili zaposlenih (Majone, 1997: 139–167; Levi- Faur, 2004).

Ovim procesima ostvaruje se zapravo upravna decentralizacija kao deo procesa agencifikacije, kojim se politički vođena centralna uprava razbija na manje delove, s određenim stepenom političke autonomije, visokim zahtevima profesionalizma i pozicioniranja u institucionalni mehanizam posebnog nadzora i odgovornosti za rezultate rada agencija. Tako se kao socijalna i ekonomska nužnost i nameću osnovne karakteristike agencija, kao što su: profesionalizam, specijalizacija za određenu oblast, stručnost, dinamičnost u radu i veći ili manji stepen menadžerske i političke autonomije (Koprić, Marčetić, 2000: 25–82; Pollitt, 2007).

Proces agencifikacije uobličava novi model tzv. agencijske uprave u kojem se agencije postavljaju kao alternativa klasičnim upravnim organizacijama – ministarstvima. Ministarstva ostaju multifunkcionalne, velike organizacije sa statusom organa državne uprave, koje integrišu oblikovanje javnih politika, regulaciju i implementaciju, koje su podvrgnute hijerarhijskoj kontroli i

političkom vođstvu. Nasuprot njima javne agencije su specijalizovane, manje organizacije, koje su pre svega usmerene na implementaciju, uz kontrolu rezultata i stručno vođstvo. Njima se dodaju regulatorni ali i kvazisudski poslovi (Pollitt, Bouckaert, 2004).

Između državno-pravnih sistema postoje brojne razlike u agencifikaciji jer svaka zemlja ima svoju političku istoriju i pravnu tradiciju, specifičnost ustavnog i političko-administrativnog sistema i kulture. Međutim, i pored toga, mogu se uočiti i brojne sličnosti ovog globalnog procesa.

1.2. Razlozi i globalni procesi agencifikacije

To su zahtevi "Novog javnog menadžmenta" (*New Public Management*), koji afirmiše ekonomičnost, efikasnost i efektivnost, produktivnost i profitabilnost upravnog sistema i javnog sektora u celini. On na delovanje javne uprave primenjuje načela koja se koriste u privatnom sektoru.¹ Trebalo je rešiti ključno pitanje: šta država treba da finansira i da radi, šta država treba da finansira, ali ne radi, i šta država ne treba ni da finansira ni da radi. Njegove mere sprovodile su konzervativne političke stranke najpre u Velikoj Britaniji i SAD, a kasnije na Novom Zelandu, u Australiji i Kanadi sa ciljem da na principima ekonomičnosti pojačaju kvalitet javnih usluga i tako zadobiju poverenje (legitimitet) građana.

Doktrina novog javnog menadžmenta fokus stavlja na upravljanje a ne na politiku, na ocenjivanje performansi, odnosno kontrolu rezultata (*performance management*) i efikasnost rada upravnog sistema, na osnivanje sve većeg broja javnih agencija, koje deluju na principu racionalnosti i kontrole troškova, na uvođenje kvazi tržišta i konkurentnosti unutar javnog sektora i na uključivanje privatnog sektora u obezbeđivanje javnih usluga („contracting out“). Na taj način Novi javni menadžment direktno utiče i potpomaže proces agencifikacije jer su se javne agencije pokazale kao najadekvatnija forma za ostvarivanje ovih ciljeva. Agencije postaju dominantni i nezaobilazni deo nove javne uprave.

1 U Velikoj Britaniji (Margaret Tačer) uvode se promene u delovanju javnog sektora a jedna od najznačajnijih je uvođenje „Next Steps Agencies“. Radi se o formiranju niza administrativnih agencija, pa ih 2004. ima preko 120, čime se vrši prestrukturisanje upravnog sistema zbog njegove veće racionalnosti. Zadržavaju se samo one funkcije i nadležnosti za koje je opravdano da ostaju u toj strukturi. Na drugoj strani, osnivaju se javne agencije, na koje se prenosi deo zadataka i funkcija državne uprave, jer su javne usluge korisnicima potrebne, ali ne da ih obezbeđuje neposredno država (Verhoest et al. 2011: 57).

U pravnoj teoriji postoji nekoliko shvatanja koja se bave razlozima agencifikacije. Sva ona polaze od stava da centralizovana i birokratska državna uprava, koja ne može da efikasno i delotvorno vrši svoju funkciju, treba da bude strukturalno i funkcionalno transformisana. Javne agencije su upravo ta funkcionalna forma.

Tako, teorija „*buffer*” polazi od toga da su javne agencije osnovane sa ciljem da se obezbedi zaštita od prevelike politizacije državne uprave, koja se pokazala štetna naročito u onim upravnim resorima koji obavljaju prevashodno stručne poslove. Stručnost i profesionalnost vršenja upravnih poslova je dovedena u pitanje zbog politizacije državne uprave, odnosno štetnog političkog uticaja koji je ignorisao profesionalni pristup i evaluaciju javne politike. Javne agencije treba da budu zaštićene od političkog uticaja, naročito izvršno-operativne službe. Dakle, politizacija je razlog agencifikacije, odnosno nastanka autonomnih agencijskih tela (Lilić, 2009: 278). Problem je što i onda kada se uspostavi sistem agencija, treba stalno i iznova nastojati da se ukloni politički uticaj na dizajniranje i kontrolu agencija (Peters, 2011: 8).

Prema teoriji „*escape*”, javne agencije se osnivaju sa ciljem da otklone nedostatke tradicionalno spore i neefikasne državne uprave. Najzad, teorija „*back double*” smisao osnivanja agencija nalazi u potrebi efikasne javne službe i zadovoljavanja potreba korisnika – građana (Craig, 2003: 92).

Osnovni razlozi globalne agencifikacije su: veća specijalizacija jer organi uprave imaju široke nadležnosti, što ih sprečava da se specijaliziraju za obavljanje široke palete poslova, fleksibilno upravljanje, poslovanje i finansiranje u odnosu na stroga i striktna pravila upravno-pravnog režima, koji važi za organe uprave, korisnici usluga mogu da utiču na poslovanje agencija i tako na kvalitetno zadovoljavanje njihovih potreba (participacija u upravljanju poslovima agencije), depolitizacija u radu agencija, transparentnost i samostalnost rada agencija i rasterećenje državne administracije (Milosavljević, 2002: 98).

Međutim, u svakom ustavnom i upravnom sistemu postoje konkretni istorijski, politički, ekonomski i tradicionalno-kulturni razlozi, koji negde deluju jače ili slabije. Oni determinišu poreklo, položaj, funkcije, autonomiju, pa i kontrolu javnih agencija u konkretnoj pravno-političkoj institucionalnoj areni svake države.

Tako, agencije kao posebna vrsta državnih organa i institucija javnog prava, nastale su krajem XIX veka u Sjedinjenim Američkim Državama,

ustanovljavanjem posebne agencije u oblasti transporta – *Međudržavne komisije za trgovinu* (Martinović, 2012: 392). Komisija je osnovana odlukom Kongresa kao nezavisna regulatorna agencija, nezavisna od izvršne vlasti, i postaje prvi primer nezavisnog regulatornog tela.² Međutim, agencije u SAD nisu imale jednak status jer pored nezavisnih regulatornih tela, jedan broj agencija je u sastavu izvršnih departmana (pandan ministarstvima u Evropi). Iako primarno nastale u anglosaksonskom upravno-političkom sistemu, one su deo tradicije i skandinavskih zemalja i čine deo institucionalnog pejzaža svih upravnih tradicija. To je zahtevalo koordinaciju sektora javne politike, koje su operativno realizovale agencije, i vlade, kao i nove načine kontrole rezultata (Pollitt, 2007).

U evropskim državama osnivaju se brojne javne agencije i istovremeno proširuju se njihove nadležnosti. Javne agencije u Evropi nastaju na talasu koncepta – novog javnog menadžmenta, koji je bio uzrokovan ekonomskim faktorima i budžetskim pritiskom.³ Evropske regulacijske agencije razvile su se po uzoru na nezavisne agencije u SAD, pa je tako američko iskustvo presađeno uz određena prilagođavanja na evropsko tlo. Javne agencije se javljaju u Evropi od 1959. godine i posebno beleže svoj rast osamdesetih godina dvadesetog veka. Samo tokom 1980. godine u Velikoj Britaniji bilo ih je oko dve hiljade, od čega 489 izvršnih tela (operativne i regulatorne agencije) i 1561 savetodavno telo (Vasović, 2008: 359). U periodu posle Drugog svetskog rata, usled povećane uloge države u sferi ekonomije i socijalne politike, u Velikoj Britaniji obrazovan je veliki broj tzv. nedepartmanskih javnih tela, odnosno agencija, u onim oblastima društvenog života u kojima se direktna kontrola i odgovornost ministara smatrala nepraktičnom i nepoželjnom. Njihov broj teško je egzaktно utvrditi. U Velikoj Britaniji i nekim drugim državama, regulatorna tela nemaju nezavisnu prirodu.⁴

2 Tako je 1887. godine osnovana Komisija za regulisanje prometa železnicom, putevima i rekama (*Interstate Commerce Commission*, skraćeno ICC), a 1934. godine i Komisija za regulisanje telegrafskih, telefonskih i radio veza (*Federal Communications Commission*). ICC je regulisala železnički transport između saveznih država a kasnije je njena nadležnost i odgovornost proširena na transport nafte (1906), drumski saobraćaj (1935) i vodeni saobraćaj (1940).

3 Na kritici novog javnog menadžmenta razvila se doktrina dobre uprave (*Good Governance*), koja nastoji da poveća efikasnost i demokratičnost države i njene administracije, pojača kvalitet javnih usluga i pridobije novi legitimitet građana. Pravne i socijalne vrednosti su delimično marginalizovane.

4 Državnu u pravu Velike Britanije, u organizacionom smislu, čine centralni upravni resori (ministarstva, državni sekretarijati, sekretarijati), kao i brojni

Takvo stanovište se od 80-ih godina prošlog veka postepeno menja ali oprezno i samo u nekim oblastima, tamo gde to zahteva tržište i globalna ekonomska kretanja (Adler, 2009: 83–84).

Nastanak i razvoj nezavisnih regulatornih agencija je posledica konceptijskog preobražaja sistema državne uprave, kao centralizovane strukture, koja je kočila reforme, a sama nije bila u stanju da nađe rešenje, pre svega za nagomilane ekonomske probleme. Zadatak javnog sektora je da pravedno, ekonomično i efikasno pruža usluge građanima. Tako su javne agencije osnovane kao javni servisi u pojedinim društvenim oblastima i snabdevene su prenetim javnim ovlašćenjima. Takve agencije upravljaju određenim segmentima tržišta i donose propise (regulatorne akte) radi njihovog regulisanja.

Proces nastanka i jačanja kapaciteta javnih agencija u Evropi nije tekao istovremeno i ujednačeno u svim državama. Tako u Velikoj Britaniji javne agencije su od samog početka nastajale kao sastavni deo određene političke ideologije. Druga je situacija bila u Francuskoj i Nemačkoj, gde javne agencije nisu postojale, jer koncept centralizovane državne uprave nije davao prostora za kakve druge „nezavisne“ organizacione forme. Centralizovana i hijerarhijski ustrojena resorna državna uprava stvorena je na temelju čvrste podele vlasti. U takvom institucionalnom ambijentu javne agencije su bile suvišna tela. Sa druge strane, centralizovana državna uprava uobličena kroz ministarsku resornu upravu dobro je radila svoj posao, odnosno njihova delotvornost i stručnost nije dovedena u pitanje. Politički uticaj je smatran potrebnim i poželjnim korektorom birokratizovane upravne mašine. Državna uprava je funkcionisala u okviru jasno utvrđene nadležnosti i nije se osećala potreba za javnim agencijama. Zbog toga su se javne agencije u ovim funkcionalnim državnim upravnim sistemima (Nemačka i Francuska) počele uvoditi postepeno i oprezno. Činjenica je da ih i danas nema tako puno. Za razliku od SAD, koje imaju drugačije pravno-političko iskustvo, uvođenje agencija u institucionalnu arenu nekih evropskih država može često stvoriti probleme (Davinić, 2004: 51). Međutim, zajedničko je svim javnim agencijama u evropskim državama da nastaju kao nova nezavisna upravna tela sa visokim stepenom profesionalnosti i političke autonomije. Njihov je zadatak da regulišu i kontrolišu nove sektore tržišta na području javnih službi, odnosno službi od opšteg interesa (Koprić, Musa, Ćulabić, 2008: 647–688). Ta nova institucionalna infrastruktura ima zadatak da regulatorno deluje na nacionalno tržište.

organi uprave u formi komisija, komiteta i saveta (Šupu t, 2010: 2).

U Evropskoj uniji agencije su pogodno sredstvo za rešavanje problema nadnacionalne institucionalne arene, podele vlasti između članica i Unije, kao i ograničenja nadležnosti za odlučivanje koje postavljaju osnivački ugovori. Danas ima oko četrdeset evropskih agencija koji pokazuju stepen evropske agencifikacije (Musa, 2009). Stvaranje regulatornih agencija u EU je sastavni deo procesa uobličavanja institucionalne infrastrukture u EU. Broj javnih agencija u EU se postepeno povećava. Najveći deo poslova evropskih agencija odvija se saradnjom sa istoimenim ili odgovarajućim agencijama u drž a va ma članicama.

U postsocijalističkim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope odvija se proces tranzicije, koji obuhvata ne samo političku promenu sistema već i širu i dublju ekonomsku promenu, kao i promenu svih drugih aspekata društvenog života, dakle, radi se o celokupnoj promeni društvenog sistema. Glavni problem su veliki gubici, neodrživost sistema i nasleđena „monolitnost“. Postoji nerazdvajanje funkcija određivanja javne politike u određenoj oblasti, regulacije u toj oblasti i funkcije neposrednog pružanja usluga u istoj. Dolazi do stvaranja novih institucija na razvalinama starih, što predstavlja svojevrsni neoinstitucionalizam. Javne agencije se uvode naglo i one slede postojeću strukturu klasične resorne državne uprave.

Možemo uočiti više razloga za proces naglog uvođenja agencija u državama koje su izašle iz socijalističkih političkih sistema i uvode kapitalizam. Najpre, nedostatak složene institucionalne infrastrukture u sektoru državne uprave je razlog stvaranja agencija koje preuzimaju poslove ministarskih resora. Međutim, to nije potpuno tačno jer bivše socijalističke države itekako imaju složen i hijerarhijski ustrojen sistem državne uprave. Ono što mu zapravo nedostaje, nije složena ili bolje reći glomazna organizaciona infrastruktura, već funkcionalna usmerenost upravnog sistema na nove socijalne i, pre svega, ekonomske ciljeve. Postoji složena organizaciona struktura, ali ona nije dovoljno delotvorna u vršenju svojih zadataka u novim složenim socijalnim uslovima.

Druga grupa razloga enormne pojave agencija u bivšim socijalističkim zemljama je nedovoljna stručnost i osposobljenost državnih, odnosno javnih službenika u postojećim ministarstvima i javnim službama, da rešavaju probleme u novim ekonomskim uslovima, od privrede, saobraćaja i tržišta do zdravstva, obrazovanja i složenih sistema javnih službi (energetika, telekomunikacije i sl.). Tako je uključivanje u pojedine

reformske i finansijske tokove (npr. inostrane donacije i finansijska pomoć) zahtevalo osnivanje posebnih organizacija van formalnog sistema državne uprave (ministarstva). S druge strane, paralelno sa postojećim ministarstvima, stvaraju se agencije kao male ekspertske jedinice za efikasno i stručno rešavanje problema, na koje ne može da odgovori neefikasna birokratska inercija. Ovde se krije drugi razlog stvaranja agencija, a to je potreba za deregulacijom i napuštanje centralizovanog načina upravljanja pojedinim upravnim resorima i prelazak na tržišno (menadžersko) upravljanje, u meri koliko to odgovara prirodi same upravne oblasti (npr. oblast energetike, telekomunikacija i sl.) (Lilić, 2009:279).

Treća grupa razloga pojave agencija u zemljama bivšeg socijalizma je nedostatak političkog poverenja u stare kadrove, odnosno sistem državne uprave, čiji javni službenici treba da nose i energiziraju društvene promene. Zbog toga se stvaraju agencije kao mali i ekspertski timovi koji se momentalno uključuju u rešavanje kompleksnih pitanja i zahteva društvenog razvoja. Političko nepoverenje u kadrove i institucije prethodnog režima, kao i njihova objektivna nekompetenost jesu glavni razlozi pojave agencija, koje niču „kao pečurke posle kiše“.

Prema tome, razlozi osnivanja javnih agencija su, bez sumnje, veoma brojni, i to: permanentno povećanje i usložnjavanje upravnih poslova i zadataka, odnosno kompleksnost sveukupne upravne aktivnosti na svim nivoima (centralnom i lokalnom), pronalaženje novih funkcionalnih formi (Lilić, 2009: 277), potreba da se pojednostave upravne procedure i obezbedi efikasna i operativna administracija, potreba za rasterećenjem organa državne uprave (ministarstava), nedostatak političke nepristrasnosti, znanja, iskustva i vremena državnih službenika u postojećim organima državne uprave za obavljanje novih i složenih upravnih poslova (npr. u oblasti radiodifuzije, borbe protiv korupcije i dr.), potreba za funkcionalnom decentralizacijom javne uprave, potreba za pragmatičkim i stvaralačkim regulatornim delovanjem na podzakonskom nivou i potreba za suptilnim, posrednim i permanentno doziranim uticajem države na tržište (Tomić, 2009: 172).

2. Agencifikacija kao izazov pravnoj državi i podeli vlasti

2.1. Prenormirana nadležnost i odsustvo kontrole

Klasifikacija javnih agencija i podela nadležnosti između njih i u odnosu prema ministarstvima predstavlja ključno pitanje u dizajniranju

agencijskog pejzaža u svakoj zemlji. Time se definišu međusobni agencijski odnosi, kao i odnosi sa ministarstvima.

Pojava javnih agencija nastaje kao posledica i potreba strukturalnih i interesnih promena savremenog kapitalizma, koji nalazi svoje uporište u javnim službama, odnosno u pružanju javnih usluga. Dok je stari tip kapitalizma motivaciju profitom nalazio u proizvodnim delatnostima, moderni kapitalizam se orijentiše na uslužne delatnosti, koje ne traže velika ulaganja jer imaju već izgrađenu infrastrukturu (telekomunikacije, snabdevanje vodom i gasom, obrazovanje, pošta i sl.). U takvim uslovima nameće se potreba za uspostavljanjem ravnoteže između interesa za uvećanje profita u uslužnim delatnostima i interesa građana da se održi kvalitet usluga. Pitanje je ko će tu interesnu ravnotežu uspostaviti, kontrolisati, održavati i rešavati brojne sukobe interesa. Pokazalo se da to treba da budu institucije koje su nezavisne od države, koja je ranije imala monopolistički položaj u pružanju usluga građanima, ali nezavisne i od preduzetnika (biznisa), koji u svojoj želji za ekstraprofitom mogu ugroziti interesnu poziciju građana kao korisnika usluga (potrošača). Za održavanje ovog socijalnog balansa rešenje je nađeno u nezavisnim regulatornim telima i brojnim javnim agencijama, kao zaštitnim telima građana ali i opštih javnih interesa (Vučković, 2013: 187).

Javne agencije imaju brojne nadležnosti i različite funkcije. One obavljaju niz različitih zadataka, autoritativnih i neautoritativnih, upravnih i stručnih (Pusić, Ivanišević, Pavić, Ramljak, 1988). U širokoj lepezi poslova javnih agencija možemo razlikovati: upravnu funkciju, normativno-regulatornu funkciju i kvazisudsku funkciju. Agencijska ovlašćenja su najpre upravna ovlašćenja jer agencije vrše klasične upravne poslove, gde spada donošenje upravnih akata i upravni, odnosno inspekcijski nadzor. Podzakonska ovlašćenja su regulatornog karaktera, kojima se stvara tzv. sekundarno zakonodavstvo. Sudska ovlašćenja koja se odeljuju nekim agencijama sastoje se u ovlašćenju da pokreću prekršajne i krivične postupke.

Na taj način agencije funkcionalno objedinjavaju ne samo poslove upravne vlasti, jer vrše klasične upravne poslove, već imaju i normativnu funkciju, koja je deo zakonodavne funkcije. Agencije vrše *normativno-regulatornu funkciju*, donoseći akte opšteg karaktera (pravilnike).⁵

⁵ Na primer, poslovi regulacije (regulatorne funkcije) Agencije za elektronske komunikacije i poštansku delatnost u Crnoj Gori jesu regulisanje javne fiksne telekomunikacione mreže ili regulisanje radio-spektra, itd.

Ovde se misli na nezavisne regulatorne agencije koje imaju kapacitet (nadležnost) za vršenje regulatorne funkcije, ali i veću efikasnost u primeni politike kada rešavaju pojedinačne slučajeve. One svoju regulatornu vlast ostvaruju u manje formalnim procedurama nego druge organizacije izvršne vlasti. Međutim, nezavisne regulatorne agencije imaju i druga ovlašćenja.

Agencije vrše upravnu (izvršnu) funkciju i kao upravne organizacije „sui generis“ imaju značajna upravna ovlašćenja: rešavaju i odlučuju u pojedinačnim situacijama, daju i oduzimaju licence operatoru, vrše upravni nadzor (mogu narediti otklanjanje nedostataka, zabraniti gradnju objekta, zabraniti rad stanice bez dozvole), vode registre, izdaju sertifikate, obavljaju transfer sredstava, pružaju usluge određenim korisnicima, vrše standardizaciju, obavljaju stručno analitičke poslove, prikupljaju informacije, vrše praćenja, evaluacije, itd.⁶ Prema tome, agencije kao nezavisna tela preuzimaju ovlašćenja mnogih državnih organa. Pri tome, agencijska kontrolna ovlašćenja su važna za održavanje sistema funkcionisanja na principu kočnica i ravnoteža.

Pored upravne kontrole, regulatorne agencije imaju i ovlašćenja koja ima sudska vlast (arbitraža, medijacija, odlučivanje u sporovima, i sl.). Naime, regulatorne agencije u svojoj nadležnosti imaju i kvazisudske instrumente, što predstavlja fenomen agencifikacije same sudske funkcije.⁷ Zakonodavac je, davanjem kvazisudskih nadležnosti agencijama, doprineo specijalizaciji vršenja sudske funkcije u pojedinim agencijskim stvarima i „rasteretio“ sudove u delu rešavanja sporova u oblasti koje regulišu agencije. Međutim, pitanje je da li se mislilo na nepovredivost sudske funkcije. Rešavanje sporova je obično odgovornost regulatora (Dujčić, Marković, 2006: 1555–1580). To su poslovi iz sudske nadležnosti. Agencije vrše *kvazisudsku funkciju*, tako što rešavaju sporove između različitih subjekata, koji su u poziciji davaoca i korisnika javnih usluga (servisa). Tako, u telekomunikacionim aktivnostima između korisnika i operatora, između operatora, između

6 Tako, Međudržavna trgovačka komisija u SAD prima, analizira i obrađuje hiljade podnesaka, prima žalbe i sprovodi istrage.

7 Primer za takav vid nadležnosti je regulatorna Agencija za telekomunikacije u Crnoj Gori. Naime, u članu 12, st. 1, tačka 22 *Zakona o telekomunikacijama* propisano je da Agencija rešava sporove između subjekata u telekomunikacionim aktivnostima (između korisnika i operatora, operatora i vlasnika objekta ili zemljišta). Agencija u tom slučaju rešava sporove, što je apsolutno u domenu nadležnosti sudstva, pa bi se moglo zaključiti da agencije direktno odlučuju o pitanjima koja su u sudskoj nadležnosti. Sličan je slučaj i sa Agencijom za energetiku, koja takođe rešava sporove nastale u oblasti energetskih delatnosti.

operatora i vlasnika objekta ili zemljišta. Dakle, agencija ima položaj organa koji rešava njihove sporove. Prekršajni poslovi pokazuju još jednu dimenziju proširene nadležnosti agencija, a to su prerogative sudske funkcije ili vlasti, s obzirom na to da je prekršajna funkcija u sudskoj nadležnosti. Svakako, čini se da sudsku funkciju ne vrše samo sudovi, već i agencije, što je suprotno strogom principu podele vlasti.

Prema tome, kod regulatornih agencija u jednom organu imamo elemente i upravne i sudske i zakonodavne vlasti, čime se pokazuje tendencija koncentracije vlasti. To je velika opasnost jer se pod izgovorom efikasne i ekspertske agencijske uprave iznutra ruše temelji podele vlasti, a to podrazumeva i kontrole svih i svake vlasti i njene odgovornosti pred organima druge državno-pravne vlasti (Pajvančić, 2012: 103).

Regulatorne agencije su obično osnovane od strane zakonodavca radi regulisanja određenog tržišta (telekomunikacija, prometa, finansijskog tržišta) ili osiguranja određenih socijalnih ciljeva (npr. zaštite korisnika, sigurnosti na radu i sl.). Ove agencije imaju široka kvazilegislativna ovlašćenja, koja se vrše donošenjem propisa, kojima se sprovodi, tumači ili propisuje javna politika u različitim oblastima. Ovi propisi imaju snagu i dejstvo zakona i proističu iz kvazilegislativnih ovlašćenja poverenih regulatornim agencijama od strane zakonodavne vlasti. Regulatorne agencije svojim propisima generalne važnosti (opšti pravni akti) regulišu, npr. ispravnost vode, hrane i vazduha, bezbednost radnih prostorija, prevoznih sredstava, proizvoda koje građani koriste, zatim, bankarsko poslovanje, poljoprivredu, industriju i druge oblasti ekonomskog života, odnosno tako agencije urećuju javno ponašanje.

Kod regulatornih agencija naglasak je manje na kontraktualizaciji, s obzirom da su odgovorne parlamentu, a više na uskoj *specijalizaciji* zaposlenih kao i *kolegijalnom vodstvu profesionalaca*, što im daje legitimitet i temelj je njihove kontrole (Musa, 2009).

Regulatorne agencije svoje propise donose u odgovarajućim postupcima. U većini država same agencije su razvile sopstvene postupke donošenja propisa. U nekim državama agencijske procedure su objedinjene i standardizovane, kao npr. u SAD, gde pre usvajanja Zakona o upravnom postupku (1946) nije postojao standardizovan postupak donošenja propisa u federalnim agencijama.

Propisi američkih federalnih agencija mogu biti: *pravnoobavezujući*, koji imaju eksterno dejstvo jer u tvrđu ju prava i obaveze za državu i za lica izvan agencija i *pravnoneobavezujući*, gde spadaju: interpretativni propisi

i opšte odredbe o politici, koje utvrđuju pravac u kome agencija namerava da iskoristi svoja kvazilegislativna ovlašćenja. Pravnoobavezujuće su: legislativni propisi, koji uređuju javno ponašanje i pravno su obavezujući kao i zakoni doneti od strane Kongresa i proceduralni propisi, kojim se reguliše organizacija i rad unutar agencije. Razlika između ovih grupa propisa je i u tome što Zakon o upravnom postupku SAD predviđa određenu vrstu postupka za legislativne propise, kao najvažnije, dok se ostali propisi (proceduralni, interpretativni propisi i opšte odredbe o politici) donose po posebnom (slobodnom) postupku (Davinić, 2004: 120).

Uloga agencija je višestruka. S obzirom na to da funkcionišu na načelima specijalizacije i profesionalizacije, javne agencije obezbeđuju jeftinije i kvalitetnije usluge građanima, transparentnije poslovanje, manje su podložne korupciji od državne administracije i smanjen je politički uticaj. Na izvestan način javne agencije razvlašćuju i obuzdavaju izvršnu vlast. Transferom javnopravnih ovlašćenja, poslovi iz nadležnosti državne uprave prenose se na nezavisne agencije. U određenim slučajevima, javne nezavisne agencije mogu imati i kontrolna ovlašćenja nad upravom. One imaju važnu ulogu i u parlamentarnom nadzoru nad upravom, pa se o njima govori kao o „četvrtoj vlasti“. Javne agencije direktno ili indirektno participiraju u funkcionisanju podele vlasti i zaštiti ljudskih prava.

Navedene zasluge u poboljšanju kvaliteta tržišnih usluga i razvoju demokratije doprinele su popularnosti nezavisnih agencija. Međutim, danas smo suočeni s pojavom hiperprodukcije javnih agencija. Doktrina i praksa agencifikacije je u dinamičnom kretanju, što otežava teorijsku evaluaciju (Breban, 2002: 65). Istovremeno, agencifikacija pokazuje svoje negativne strane i opasnosti što izaziva suprotne tendencije u mnogim državama.

2.2. Agencifikacija politike

Politička posledica načela podele vlasti jeste isti nivo državnih vlasti, ali samo u horizontalnoj ravni organizacione šeme. Organizacionom strukturom gde su zakonodavna, izvršna i sudska vlast na podjednakoj visini, a što treba da važi i za sve organe i institucije koje su deo svake od ove tri grane vlasti. Dakle, horizontalna ravnoteža pokriva celokupnu organizacionu šemu svake vlasti, pa i agencijske vlasti, bilo da se shvata kao četvrta grana vlasti, bilo da se smatra delom organizacione šeme izvršne vlasti. Time se samo teorijski izbegava

nadmoć nosioca jedne vlasti i sa njom povezanih drugih društvenih subjekata, pre svega političkih partija.

Stvaranje agencija kao nezavisnih (autonomnih) javnih tela u proteklih trideset godina je rezultiralo otvaranjem problema agencifikacije i njenim efektima na političku kontrolu. U pravnom smislu, u pozadini procesa agencifikacije u evropskim državama odvija se proces prenošenja (delegacije) ovlašćenja agencijama. Delegacija ovlašćenja na agencije otvara sledeće pitanje – zašto političari delegiraju određene zadatke agencijama umesto da za njihovo izvršenje angažuju ministarsku birokratiju? Istovremeno zakonodavac daje široka ovlašćenja javnim agencijama sa velikim diskrecionim ovlašćenjima, umesto da daju preciznu pravnu regulativu za njihovo funkcionisanje. Dakle, pitanje koje se logički nameće je zašto političari kreiraju formalno nezavisne agencije, umesto da postoje agencije koje mogu biti hijerarhijski kontrolisane od strane političara.

Politička kontrola nadležnih ministarstava nad javnim agencijama je uslovljena obimom kontrolnih ovlašćenja ministarstava ali i ograničenjima praktične i faktučke primene političke kontrole prema agencijama. Mogućnost ministarstava da se angažuju u kontrolnim aktivnostima je pre svega uslovljena prirodom njihovog osnovnog zadatka, kao što su razne vrste tehničkih i rutinskih poslova, na primer, pisanje nacrta zakona i propisa, odgovora na razna parlamentarna pitanja ili pak političkih govora za ministre i obavljanje drugih sličnih poslova. Ovi brojni političko-tehnički poslovi su veoma nepredvidljivi i službenici imaju veliki pritisak zbog vremenskog ograničenja za njihovu realizaciju, a što im u krajnjoj liniji ostavlja malo vremena za kontrolne aktivnosti. Iako službenici ministarstava u procesu odlučivanja imaju kratko vreme za orijentaciju i fokusiranje na rešavanje političkih problema, prateći i političku logiku („razlog“) u procesu donošenja odluka, oni zbog velike odgovornosti za političke poslove, malo vremena posvećuju suštinskoj kontroli agencija (Bach, 2012). Politička logika donošenja odluka u ministarstvima je drugačija od profesionalnog pružanja servisa koje vrše službenici agencija. Mnoge agencije obavljaju visoko komplikovane tehničke i naučne zadatke, koji su jedva razumljivi za političare i birokrate opšteg formata. Za službenike ministarstava kontrola agencija je jedna na listi obaveza, koja nije visoko rangirana na listi njihovih prioriteta.

Praksa pokazuje da udvostručavanje ili dupliranje agencijskih poslova povećava političku kontrolu nad agencijama. Ovo zato što

povećanje nadležnosti agencijama donosi više autonomije. Međutim, agencijska autonomija i politička kontrola su blisko povezane i mogu se posmatrati kao antipodi jednog upravnog sistema. Politička kontrola nad agencijama može se ostvarivati od strane različitih organa u određenoj institucionalnoj areni. Nju mogu vršiti ministarstva, vlada, parlament, mediji i javno mnjenje. Takav institucionalni dizajn je uobičajen u parlamentarnim demokratijama.

Osnovna ideja prilikom uvođenja agencijskog modela javne administracije je stvaranje relativno samostalnih javnih tela koja treba distancirati u odnosu na druge organizacione forme koje su vladine organizacije (Verhoest, 2011: 69). Nemaju sve agencije podjednak stepen autonomije. Zapravo, komparativnom analizom ustavnih i upravnih sistema možemo uočiti različiti stepen autonomije. Postoje različiti uslovi koji utiču na autonomnost delovanja agencijskih tela a ti uslovi nisu statični. Ne samo ako posmatramo različite ustavne i upravne sisteme, već i u jednoj državi u istom agencijskom modelu postoje agencije koje nemaju podjednaki stepen autonomije, jer imaju slab politički uticaj klijentelnih grupa ili jednostavno nemaju takav prestiž kakav imaju neke uspešne organizacije (npr. *Federal Burueau of Investigation* ili *The Food and Drug Administration* u SAD). Autonomija agencija je jako krhka jer se može povećavati i smanjivati u određenoj zemlji zavisno od promena u ekonomskoj i političkoj sferi. Tako, ekonomska kriza u 2008. godini uticala je na sužavanje agencijske autonomije, jer su se Federalne rezerve (*Federal Reserve*) počele mnogo više da mešaju u vođenje federalne politike a time i u agencijsku politiku. Interesantno je da je u vreme ekonomske krize tridesetih godina 20. veka, došlo do povećanja broja agencija zbog potrebe da se profesionalno, kvalitetno i efikasno rešavaju nagomilani problemi i stvore uslovi za očuvanje društvenog poretka. Dakle, ekonomska kriza je energizirala agencifikaciju. Drugi ekstremni primer je kada je Bušova administracija nakon Jedanaestog septembra spojila oko dvadeset različitih organizacija u jedan departman (ministarstvo) (Verhoest, 2011: 70). Centralizacija je suprotan proces od agencifikacije.

Samostalnost kao organizaciono obeležje javnih agencija i nezavisnost u radu, kao funkcionalno njihovo obeležje, čine attribute kojima se manifestuje autonomija javnih agencija. Treba praviti razliku između ova dva pojma koji prate položaj agencija a to su samostalnost i nezavisnost. Najpre, agencije uživaju u okviru svoje nadležnosti *samostalnost* u obavljanju poslova. Samostalnost je "pravno obezbeđena mogućnost donošenja odluka bez ičijeg uticaja" (Milkov, 1983: 1294).

Svaki državni organ ima svoj određeni krug poslova i zadataka koji obavlja u skladu sa zakonom, stručno i profesionalno, poštujući kodeks ponašanja državnih službenika i funkcionera uprave kao etičkih principa i standarda ponašanja. Da bi se upravni poslovi mogli obavljati zakonito, profesionalno i etički korektno potrebna je samostalnost u radu. Ta pravna samostalnost, što znači u granicama zakona (suprotno – prekoračenje ovlašćenja) i u skladu sa zakonskim ciljem (suprotno – zloupotreba ovlašćenja), jeste i uslov za konkretnu odgovornost agencijskih (državnih) službenika. Prema tome, samostalnost je bitno obeležje agencija ali i svih državnih organa i organizacija.

Međutim, drugi je smisao izraza „nezavisnost“. Tako, organi uprave nisu i nezavisni u svom radu, što je obeležje sudova kao državnih organa. Sudovi su samostalni i nezavisni u vršenju sudske funkcije jer se na njih ne može uticati ni na opšti način. Organi uprave su samo samostalni i na njih se može uticati opštim smernicama, uputstvima i sl. od strane viših organa uprave (ministarstava) i u krajnjoj liniji Vlada je ta koja usmerava politički pa i pravnim aktima i koordinira rad ministarskih resora, dakle upravne vlasti.

Što se tiče agencija, i to ne svih, već samo nezavisnih regulatornih agencija (tela), one imaju i nezavisnost ali je ovo obeležje promenljivo, zavisno od ekonomskih i političkih faktora, koji mogu sužavati ili proširivati autonomiju agencija. Drugo, permanentan je uticaj i zakonodavne i izvršne vlasti koje kontrolišu rad agencija. Sa druge strane, izvršne agencije su sastavni deo ministarske izvršne strukture, pa kod njih i nema nezavisnosti ili bar ne tolike kao kod „nezavisnih“ regulatornih tela. Drugo, samostalnost izvršnih agencija nije u koliziji sa principom hijerarhije jer agencijski službenici zadržavaju pravo da samostalno i kompetentno rešavaju u konkretnim upravnim stvarima. Starešina agencijskog tela može davati uputstva za rešavanje konkretnih predmeta ali ne i da naredi kako će se rešiti konkretni slučaj.⁸

Balans (ravnoteža) između autonomije i kontrole u odnosima između agencija i ministarstava može biti različit. Reč je o jednom multidimenzionalnom koceptu. Tako agencija može imati malu autonomiju u donošenju odluka upravljanja (personalne i finasijske)

8 Među tim, treba praviti razlik u između političkog u ticaja (politizacije) i političke kontrole. Politički u ticaj na delokrug javne agencije može biti pozitivan ili dobar i negativan ili loš. Loš u ticaj je posledica loše politike. Politički uticaj je širi pojam ali se on u praksi u krajnjoj liniji svodi na kontrolu ili se tako shvata.

ali veliku autonomiju u primeni javne politike (Bach, 2012). Međutim, to otvara pitanje da li se zapravo radi o raznim oblicima formalne nezavisnosti.

Tako u Nemačkoj federalne agencije direktno izveštavaju federalna ministarstva. Ovaj pristup ima ozbiljna ograničenja u kontekstu parlamentarne demokratije. Postoji shvatanje da politička kontrola agencija u parlamentarnim demokratijama treba da bude fokusirana na odnose ministarstva i agencija. Međutim, tu se ne staje. Javne agencije u parlamentarnim demokratijama su primarno kontrolisane od strane nadležnih ministarstava, kojima one odgovaraju pre parlamenta. Težište je na političkoj kontroli ministarske birokratije jer u parlamentarnim demokratijama postoji „indirektna kontrola“ zakonodavnog tela nad agencijama. Nasuprot tome u SAD Kongres može vršiti direktnu kontrolu nad federalnim agencijama.

Analiza odnosa političke kontrole i agencijske autonomije pokazuje da što je više autonomije ili nezavisnosti agencija to je politička kontrola manja i obrnuto. Politička kontrola je uspostavljena da bi ograničavala nezavisnost agencija. Međutim, pitanje je samo da li se autonomija agencija može meriti ili sagledavati u odnosu na faktor kontrole bilo koje vrste, ili se autonomija „meri“ i drugim parametrima.

Transparentnost agencija i jasna pravila („pravna država“) po kojima rade doprinose nezavisnosti agencija. Međutim, agencije nisu nezavisne jer trpe uticaj drugih institucija u areni pravnih i političkih odnosa, a u tom ambijentu uticaja veoma uticajno deluje vlada i tržište (ekonomska moć). Agencije su izložene obostranom i istovremenom uticaju i vlade i tržišta, na šta ukazuje koncept Novog javnog menadžmenta.

Međutim, postoji i obrnuti odnos uticaja koji nam pokazuje kako agencifikacija utiče na političke institucije. Agencije utiču na politiku i političke institucije tako što pripremaju i predlažu nacрте zakona i drugih propisa, donose opšte akte, utiču na kreiranje javne politike ali istovremeno aktivno učestvuju u njihovoj implementaciji. To je naročito posao tzv. izvršnih agencija. Ono što je od suštinske važnosti je da valja uočiti je da agencifikacija utiče na političku diskreciju, koja nije mala, pa se zato mora kontrolisati pravom. To je zahtev pravne države i sistema podele vlasti. Politička diskrecija je prisutna ne samo u ministarstvima kada se osniva agencijsko telo i kreira njena kadrovska struktura, posebno rukovodeći menadžment, već tu diskreciju interiorizuje sama agencija kada donosi svoje odluke u konkretnim pravnim pitanjima. Baš zato što agencijska

vlast (prikriveno) angažuje toliku količinu političke diskrecije (npr. Agencija za borbu protiv korupcije ili Republička radio-difuzna agencija u Srbiji) njene „čisto“ pravne i nepristrasne odluke bivaju samo trenutne političke odluke, koje brzo „izblede“. To potkopava agencijsku nezavisnost. One su samo sredstvo u rukama politike čiji su stvarni akteri negde u ministarstvima, političkim strankama, vladi ili nekim drugim „nezavisnim“ telima (npr. Bezbednosno informativna agencija). Najzad, političku diskreciju vidimo često u upotrebi u rukama politizovane poslušne izvršne vlasti koja donosi odluke o sudbini nekih nezavisnih tela.

Institucionalna depolitizacija agencija je istovremeno i personalna depolitizacija koja treba da spreči politička postavljenja i ona se garantuje odredbom po kojoj je nespojivo istovremeno obavljanje funkcije u regulatornom telu i u političkoj stranci. Personalna nezavisnost garantuje se zabranom sukoba interesa, statusnim pogodnostima u vidu trajanja mandata članova organa agencija, određivanjem nivoa zarada zaposlenih i drugim merama.

Važan aspekt i preduslov političke autonomije je i finansijska autonomija. Otuda treba sagledati i pitanje finansiranja agencija. Imajući u vidu da agencija nije klasični državni organ uprave, jer ona ima svojstvo pravnog lica, ona u funkciji svoje stvarne samostalnosti treba da se prevashodno finansira iz svojih vlastitih sredstava, a samo manjim delom iz budžeta.⁹

3. Zaključak

Javne agencije direktno ili indirektno u čestvuju u funkcionisanju podele vlasti. Međutim, prisustvo javnih agencija u institucionalnoj areni pretili da naruši najpre samu bicefalnu strukturu izvršne vlasti. Naime, osim vlade i predsednika države, stvaraju se nova tela – agencije, koje osniva sama vlada i snabdeva ih jakim izvršnim ovlašćenjima. Osim toga, javne agencije ne samo što remete tradicionalnu strukturu izvršne vlasti, već na neki način „otvaraju“ izvršnu vlast i vezuju je sa zakonodavnom pa i sudskom. Zapravo na jednom mestu, u jednoj

⁹ U svetu (npr. u okviru država članica organizacije OECD) postoje dva dominantna načina za finansiranje regulatora: (1) finansiranje iz taksi i direktnih doprinosa od operatora sa licencom na osnovu njihovog prihoda i (2) dotacije iz centralnog državnog budžeta. Ukoliko budžet regulatorne agencije zavisi od dotacije iz državnog budžeta, vlada je u mogućnosti da upotrebi diskreciono pravo i kontroliše „nezavisno“ regulatorno telo. Ovo je inače glavni način kontrole regulatornih tela u SA D.

instituciji – regulatornoj javnoj agenciji, spajaju se sve tri vrste ovlašćenja (izvršna, kvazizakonodavna i kvazisudska). Imputiranje i institucionalno uobličavanje agencija je restrukturisanje izvršne vlasti, koje dovodi do radikalnih efekata. To nije samo menjanje tradicionalnog „komuniciranja” između grana vlasti, već se promene u relacijama upravnih, izvršnih, sudskih državnih organa i zakonodavca, pretvaraju u mnogo ozbiljniji fenomen.

To je proces restrukturisanja same klasične podele vlasti. Taj „tektonski” tihi proces nameće zaključak da podela vlasti nije „gotova stvar”, već živ, dinamičan i promenljiv političko-pravni proces u svom izvoru. Drugo, današnja podela vlasti nije oduvek postojala, a svakako neće biti večita. Agencije su možda najava da podela vlasti kakvu smo poznavali polako kreće u arhivu pravno-političkih koncepcija.

Postavlja se pitanje da li agencije predstavljaju posebnu i relativno samostalnu granu vlasti i da li njihovo postojanje u institucionalnoj areni narušava princip podele vlasti, samostalnost i nezavisnost institucija, koje su glavni nosioci ostalih grana vlasti. Postojanje javnih agencija i veliki kapacitet ovlašćenja, naročito nezavisnih regulatornih tela, navodi na zaključak da se radi o „četvrtoj” grani vlasti koja je sa ostalima u odnosu kontrole i ravnoteže moći. Međutim, često se i nekim institucijama koje su relativno nove a imaju nemali uticaj u institucionalnoj areni pripisuje položaj samostalne grane vlasti (npr. mediji).

Druga dilema je da prisustvo agencija i kapacitet ovlašćenja remeti „čistu” podelu vlasti. Prenormirane nadležnosti javnih agencija stvaraju problem kako i gde smestiti normativne, upravne i kvazisudske nadležnosti javnih agencija. Kojoj grani vlasti pripadaju te institucionalne tvorevine koje narušavaju „čistu” trodeobnu podelu vlasti.

Izvorište javnih agencija je u upravnoj, odnosno izvršnoj vlasti. To važi bez obzira na to ko je njihov osnivač: vlada, skupština ili šef države. Kapaciteom moći one „iskaču” iz klasične podele, ali to samo potvrđuje istorijsku činjenicu da je sistem podele vlasti „živa stvar”. Kapacitet agencijske autonomije i moći je promenljiva jer zavisi od brojnih ekonomskih, političkih i drugih faktora. Međutim, važno je da sistem „kontrole i ravnoteže” (*check and balances*) funkcioniše i da postoje institucije koje utiču, kontrolišu i usmeravaju agencije, kao što i one povratno deluju u procesu agencifikacije.

Literatura

- Adler, J. (2009). *Constitutional and Administrative Law*, Palgrave Macmillan, London.
- Bach, T. (2012). *The political control of government agencies: The effect of structure and task on ministry-agency-relations in Germany*, Paper prepared for TED, Budapest.
- Breban, G. (2002). *Administrativno pravo Francuske*, „Službeni list SRJ“, Beograd, CID, Podgorica.
- Vasović, V. *Savremene demokratije I*, Beograd, 2008, str. 359.
- Verhoest, K. Thiel, S. Bouckaert, G. Laegreid, P. (2011). *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Vučković, J. (2013). *Položaj javnih agencija u sistemu podele vlasti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu.
- Davinić, M. (2004). *Koncepcija upravnog prava SAD*, Dosije, Beograd. Dujić, S.
- Marković, M. (2006). *Javne (regulatorne) agencije*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 2006, vol. 92, br. 3–4, Beograd.
- Koprić, I. Marčetić, G. (2000). *Kriza socijalne države, reforme javne uprave i hrvatsko upravno osoblje*. Hrvatska javna uprava br. 1.
- Koprić, Musa, Đulabić, V. (2008). *Europski standardi regulacije službi od općeg interesa*, Hrvatska javna uprava br. 3.
- Lilić, S. (2009). *Upravno pravo i Upravno procesno pravo*, Pravni fakultet u Beogradu/Službeni glasnik, Beograd.
- Majone, G. (1996). *Regulating Europe*, London/New York: Routledge; Jordana, 1996; J. i D. Levi-Faur, ur. *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2004.
- Majone, G. (1997). *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, Journal of Public Policy, 2.
- Martinović, A. (2012). *Pravna priroda agencija u pravnom sistemu Republike Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2.
- Milkov, D. (1983). *Samostalnost organa uprave u vršenju upravne delatnosti*, Pravni život br. 12, Beograd.
- Milosavljević, B. *Upravno pravo*, Beograd, 2008, str. 172, Gi Braben, *Administrativno pravo Francuske*, Podgorica, 2002.

Musa, A. (2009). *Europeizacija i agencijski model javne uprave*, Doktorska disertacija. Pravni fakultet: Zagreb.

Pajvančić, M. (2012). *National Assembly as a Legislator: Achievements and Limitations*, Public Law in Serbia: Twenty Years After, European Public Law Series, Bibliothèque de Droit Public Européen, Volume CI, Esperia Publications Ltd, London.

Peters, B.G. (2011). *The Politics and Management of Agencies*, Transylvanian Review of administrative Sciences, Accent Publisher, 2011.

Pollitt, C. Bouckaert, G. (2004). *Public Management Reform: a Comparative Analysis*. Oxford, Oxford University Press.

Pollitt, C. (2007). *Decentralization: a central concept in contemporary public management*. U: E. Ferlie, L. E. Lynn i C. Pollitt, ur. *Oxford Handbook of Public Management*. Oxford, Oxford University Press.

Pollitt, C. (2007). *Castles Built on Sand? Agencies in Latvia*. U: C. Pollitt i C. Talbot, ur., *Unbundled Government. A Critical Analysis of the Global Trend to Agencies, Quangos and Contractualisation*, London/New York: Routledge.

Pusić, E. Ivanišević, S. Pavić, Ž. Ramljak, M. (1988). *Upravni sistemi*, Zagreb.

Tomić, Z. (2009). *Opšte upravno pravo* (organizaciono, materijalno, procesno), Beograd.

Thiel, S. (2011). *Comparing Agencification in Central Eastern Europe and Western European Countries: Fundamentally Alike in Unimportant Respects?*, Transylvanian Review of administrative Sciences, Accent Publisher.

Craig, P. P. (2003). *Administrative Law*, Sweet&Maxwell, London. Šuput, D.

(2010). *Samostalna regulatorna tela u pravnom sistemu Republike Srbije, Telekomunikacije*, [http://www.file:///C:/Document and Settings/user/Desktop/mr dejan suput sa...](http://www.file:///C:/Document%20and%20Settings/user/Desktop/mr%20dejan%20suput%20sa.../), /preuzeto 15. 11. 2010/.

Jelena Vučković, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS AND GLOBALIZATION

Summary

Globalization as a social phenomenon rose to prominence in the last decades of the 20th century, due to the changing relations between the world superpowers and ending of the cold war, the growing trend of development of information societies, the rapid progress of technologies, and strengthening the neoliberal concept of state. This phenomenon is equally topical as it was at its outset. Globalization has strongly affected the legal regulation of states through an entire system of written and unwritten norms of a supranational character, which are gradually becoming part of the national systems. The first stage in this process was embodied in the activities of the United Nations and the development and expansion of the European Union law in the legal systems of individual countries first by introducing human rights provisions of a uniform nature. It was followed-up by superimposing a wide range of international documents in various fields in order to establish quality standards, define and prohibit the usage of individual institutes, all of which imply an obligation to harmonize the national regulations with the accepted international rules. The concept of the world as a "global village" inevitably marked the change of the constitutional order of states wishing to be part of this concept; to facilitate the achievement of this goal, they had to introduce state bodies and non-state public entities.

The process of globalization exerted a visible impact on the 2006 Constitution of the Republic of Serbia through a number of provisions pertaining to: human rights; the introduction of the hierarchy of legal norms, generally accepted rules of international law and ratified international agreements; the introduction of institutions for the protection of human rights, such as the Ombudsman; a system of state authorities that need to ensure the independence of the judiciary (High Council of the Judiciary, State Prosecutor's Office); and providing conditions for establishing a number of state and non-state public entities that have quasi-legislative and quasi-judicial powers, such as a public agencies. All this raises the question of their positioning in the constitutional system of the Republic of Serbia, perceived from the point of view of the separation of powers. Can these bodies, introduced in the national constitutional law system, be defined as part of one of the branches of government, or shall they be classified them as a separate fourth

branch of Government? Is it still possible to understand the concept of separation of powers in modern constitutional systems in the spirit of Montesquieu and Rousseau?

In the context of globalization, it is interesting to examine the relationship of the existing branches of government, their balance and mutual control. Weakening of parliamentary and democratic bodies is clear and evident along with a tendency of strengthening the executive branch. All this creates instability and dysfunctionality of national legal systems with visible influence of politics and informal centres of power. The idea of globalization as initially positive development, focused on the global standards and the quality of life of each individual, has opened a number of questions that will be addressed in this paper.

Keywords: *globalization, separation of powers, Constitution, constitutional systems, human rights, Ombudsman, public agencies.*

Dr Zoran Jovanovski,*
Docent Vojne akademije „Gen. Mihailo Apostolski“
– Skoplje, Republika Makedonija

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776125J

UDK: 355.011:327.88
UDK:341.3:327.88

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

UPOTREBA SILE PROTIV NEDRŽAVNIH AKTERA NA OSNOVU MEĐUNARODNOG PRAVA U USLOVIMA GLOBALIZACIJE

Apstrakt: *Nedržavni akteri imaju istoriju postojanja (pokret Crvenog krsta, verske i humanitarne organizacije, fondacije, terorističke grupe, itd.), ali njihova uloga je dobila sasvim drugo značenje u eri globalizacije, posle pada tzv. „Gvozdene zavese“.*

Verovatno će ostati otvorena dilema da li su nedržavni akteri posledica ili uzrok globalizacije. Još važnije pitanje će biti njihov pravni status, jer svet kakvog ga znamo i sistemi kolektivne bezbednosti koji se javljaju posle Drugog svetskog rata nisu bili dizajnirani da se obračunavaju sa nedržavnim akterima ili pojedincima, nego sa državama.

Posle 9/11, nasilni nedržavni akteri dobijaju na značaju još važniju ulogu u okviru prijetnje nacionalnoj i međunarodnoj bezbednosti, a u ovom momentu se UN kao sistem kolektivne odbrane suočava sa pravnom dilemom o načinima suočavanja sa fenomenom ISIL-a (tzv. „Islamske države“ ili DAESH), s obzirom na to da ono što se događa na Bliskom istoku, predstavlja pretnju svetskom miru i bezbednosti. Tekuće stanje u Siriji otvara Pandorinu kutiju po pitanjima suvereniteta, državnosti, odgovornosti da se zaštiti poredak i građani, kao i dozvole za upotrebu sile protiv nedržavnih aktera i kako da se pristupi njihovom subjektivitetu i ius standi in iudicio prema međunarodnom pravu.

Ključne reči: *globalizacija, akteri, terorizam, sila, pravo.*

*zoranjovanovski43@gmail.com

1. Uvod

Sa padom tzv. „Gvozdene zavese” započinje trend globalizacije u kojoj se pojavljuju i nedržavni akteri, koji nemaju uvek pozitivnu „ulogu”. Pokret Crvenog krsta i Crvenog polumeseca su humanitarne organizacije koje imaju pozitivnu tendenciju usmerenu prema zaštiti ljudskog zdravlja i života, kao i obezbeđivanju poštovanja čoveka, olakšavanja ljudske patnje bez razlike na boju kože, versku pripadnost i političku orijentaciju. Ukoliko bi se uzeli određeni nedržavni akteri, kao što su kriminalne i terorističke strukture koje deluju na regionalnom, međunarodnom pa i na globalnom nivou, jasno se može uočiti da nemaju svi nedržavni akteri pozitivnu tendenciju.

Ovde se slobodno može postaviti pitanje: Da li su nedržavni akteri posledica same globalizacije? Ako se uzme u obzir da je politika same globalizacije na neki način pozitivna i da je sama pojava tog trenda pozitivna, onda nisu realno sagledane i negativne strane i posledice iste. S obzirom na to, slobodno može da se kaže da po završetku Drugog svetskog rata i sa podizanjem, odnosno nestankom „Gvozdene zavese” kolektivni bezbednosni sistem nije bio spreman da adekvatno odgovori na izazove ili globalna kretanja, bilo da su latentni, vidljivi ili čak hipotetički, a koji su dolazili od strane nedržavnih aktera koji nisu imali pozitivnu tendenciju.

Posle nestanka tzv. „Gvozdene zavese” započinje proces globalizacije koji sve više i više uzima mah-a, sve do današnjeg dana kada je globalizacija duboko prodrla i prihvaćena kao trend od mnogih savremenih i demokratskih država širom sveta.

Posle napada na Svetski trgovinski centar u Njujorku 2001. godine, jasno može da se zabeleži da terorizam dobija jednu novu formu i novu dinamiku, te se tako, paralelno sa usavršavanjem same globalizacije, pojavljuje i savremeni terorizam, odnosno paralelno sa napredovanjem same globalizacije pojavljuju se mnogi nedržavni akteri koji su kreirali grupe, odnosno čvrste kriminalističke strukture koje imaju tendenciju da se šire kao epidemija i da zavladaju svetom.

U svakom slučaju, nedržavni akteri kao pojam ne predstavljaju poteškoću, poteškoću predstavlja njihov pravni status u međunarodnoj zajednici kao i upotreba sile nad istim.

2. Globalizacija

Pojam „Gvozdena zavesa” je prvi put upotrebio Winston Čerčil 1946. godine na jednom od svojih predavanja u SAD posle Drugog svetskog rata. Bilo je skoro pa nemoguće da se uđe u neku od zemalja SSSR-a, iz razloga što je na granicama država SSSR-a bila postavljena teška artiljerija. Po završetku Drugog svetskog rata, tzv. „Gvozdena zavesa” je nestala i nastupila je era globalizacije.

Građani jedne države doživljavaju globalizaciju višedimenzionalno, tačnije: kao građani jedne zemlje, oni su srećni što su u mogućnosti da investiraju u druge zemlje i da konzumiraju proizvode drugih zemalja. Vlasnici firmi osećaju konkurenciju, stvaraju se pobednici ili gubitnici u veoma kratkom roku, odnosno firme opstaju ili propadaju. Dolazi se do zaključka da srednja klasa „izumire”. Dalje, javlja se etničko nametanje neke standardne kulture od strane zemalja lidera u svetu.

Sa procesom globalizacije se nameću određene norme života u pravcu stvaranja novih globalnih normi i standarda, odnosno postiže se velika uniformnost, integrisanost i komunikativnost koja omogućava da se svet doživljava kao jedno veliko globalno selo.¹ Nažalost, ove globalne norme i standardi bivaju prihvatani i od najmlađe populacije, koja se najčešće upoznaje s njima preko medija i interneta.

Ukoliko bi se globalizacija gledala sa bezbednosnog aspekta, onda bi moglo da se priča o njoj kao o jednom od razloga narušavanja bezbednosti: globalne, međunarodne, regionalne, nacionalne i individualne.

Ako se uzme u obzir gore napisano, odnosno da se svet ponaša kao jedno veliko globalno selo, onda ovakvo stanje značajno olakšava posao određenim nedržavnim akterima koji imaju negativne tendencije i čije ponašanje i delovanje predstavljaju pretnju za globalni i međunarodni mir. Ukoliko su ugroženi globalni i međunarodni mir, onda je ugrožen i regionalni, nacionalni i individualni mir jer su oni tesno, odnosno kohezivno povezani.

Ako se pogleda sa pravnog i krivično-pravnog aspekta, javljaju se dileme o tome da li sme da se upotrebi sila protiv nedržavnih aktera koji imaju negativne tendencije prilikom svog delovanja i na koji način bi to moglo da se izvede, jer oni u suštini nemaju pravni status po međunarodnom javnom i međunarodnom krivičnom pravu.

1 Aslimoski, P. *Sociologija*. str. 28

Više je nego jasno da nedržavni akteri koji su deo jedne terorističke strukture vrše teška krivična dela, gdje sa druge strane, budući da isti nedržavni akteri, njihove strukture i delovanja nisu niti inkriminirani, niti su deo određenog zakona. To predstavlja veliku poteškoću u odnosu na njihovo sankcionisanje prema međunarodnom javnom i međunarodnom krivičnom pravu i pored toga što se izvršavanjem određenih krivičnih dela krši i povređuje dispozicija međunarodnog krivičnog prava.

3. Terorizam

Potreba za definisanjem terorizma proizilazi iz činjenice da je neophodno da se definiše odgovarajuće ponašanje koje nije prihvatljivo i koje se smatra za protivzakonito od strane sistema kriminalističkog, odnosno krivičnog prava svake države. Terorizam, kao vrlo opasan izvor ugrožavanja nacionalne bezbednosti, neminovno dolazi u sudar sa pravnim poretom svake države.²

Kao razlozi za stvaranje terorizma navode se sledeće dve grupe okolnosti: Objektivne okolnosti, nepravda i nesavršenstvo u ekonomskoj sferi i političkom uređenju društva, nefunkcionalnost njegovih institucija, nedovoljno obrazovanje, siromaštvo, izolacija pojedinaca i društvenih grupa, korupcija, posledice postkonfliktne osvete. Ovde može da se uzme kao primer slu čaj u Kumanovu u Republici Makedoniji kao posledica konflikta iz 2001. godine. Ukoliko se ne poštuje istorija, ona se reflektuje u sadašnjosti ili budućnosti putem opšte društvene frustracije, funkcionisanja nedemokratskih institucija, etničkih konflikata, postojanja sistema formalne demokratije, gubljenja poverenja u politički sistem, legitimnost državne vlasti itd.

Subjektivne okolnosti, gde se podrazumeva uzimanje pravde u svoje ruke, pošto prema procenama ovih aktera takvo stanje može da se promeni samo nasiljem kao jedinstvenim i krajnjim lekom, najbržom, najobuhvatnijom, najefikasnijom i u datim kritičnim okolnostima jedinom mogućom i efikasnom varijantom dejstava i realizacije postavljenih ciljeva.

Najznačajni faktori koji u velikoj meri pridonose stvaranju terorističkog nasilja su:

- politički – represivna i korumpirana vlast;
- društveni – nepostojanje srednje klase ili totalna diskriminacija;

² Kotovčevski, 2005:324.

- ekonomski – krajnje (nepodnošljivo) siromaštvo, odnosno totalno osiromašenje stanovništva i visoka nezaposlenost;
- ideološki – postojanje političke filozofije sa jako izraženom opozicijom;
- geopolitički – prisustvo velikog broja stanovnika drugih država, građanski i drugi vidovi konflikta u neposrednom okruženju;
- verski – verski konflikti ili versko nasilje;
- spoljašni- spoljašna podrška aktivnostima disidenata. Terorizam se može definisati kao akt fizičkog nasilja, čiji cilj je da se njime prouzrokuju jake psihičke posledice kod veće grupe ljudi, sa nadom da će oni pomagati da se održi ili promeni odnos koji je važan za postizanje političkih ciljeva. Pri tome takav akt nije opravdan opštim interesima koji su određeni nezavisno od istog i nije izvršen po pravilima koja se uobičajeno primenjuju na društvene vidove izvršavanja vlasti.

Veću pretnju od ovog predstavlja terorizam na globalnom i međunarodnom nivou. Ovaj vid terorizma od strane nedržavnih aktera je prvi put registrovan kao teroristički akt koji je iza sebe ostavio ogromnu ljudsku i materijalnu štetu, a to je teroristički akt u Njujorku 2001. godine.

Na određeni način, globalizacija olakšava posao nedržavnim akterima koji su deo terorističkih struktura time što im omogućava lakše kretanje iz države u državu. Ovde može da se uzme u obzir i internet, ali ne sa njegovim pozitivnim već sa negativnim stranama, koje iskorišćavaju određeni nedržavni akteri.

4. Međunarodno pravo i upotreba oružanih snaga u borbi protiv savremenog terorizma

Prema mišljenju i konstatacijama Evropske unije i Organizacije ujedinjenih nacija, terorizam predstavlja ozbiljnu povredu čovekovih prava, osnovnih čovekovih sloboda, kao i principa demokratije i slobode.

„Evolucija prava upotrebe sile u okviru međunarodnog prava ne svodi se samo na pokušaje uspostavljenih odredbi koje nisu predviđeni Poveljom UN. Posle terorističkih napada na Svetski trgovinski centar u Njujorku 11. septembra 2001, suzbijanje terorizma u EU i zemljama članica dobija novu dinamiku.”³

³ Retrieved 10 March 2017, from <http://eprints.ugd.edu.mk/1846/3/Zbornik-VtoraMegKonferencija.pdf>, p. 11.

„Pravo na samoodbranu predviđeno članom 51 Povelje OUN je još uvek inherentno i zasniva se na ideji za samopomoć i u više navrata se primenjivalo bez dozvole Saveta bezbednosti OUN. Primena sile na osnovu prava na samoodbranu u borbi protiv terorizma u praksi ukazuje na proširenje primene ovog prava u pogledu na postojeći koncept predviđen članom 51 Povelje OUN.”⁴

U gore napisanom, prvi paragraf se odnosi na primer iz prakse primenjen pri upotrebi sile na Avganistan. Sila je bila upotrebljena bez dozvole Saveta bezbednosti. Upotreba sile protiv terorizma u „globalnom ratu protiv terorizma” je opravdana pravom na samoodbranu. Savet bezbednosti je u svoje dve rezolucije potvrdio opravdanost upotrebe sile u ime prava na samoodbranu.

Upotreba sile protiv nedržavnih aktera na osnovu prava na samoodbranu u borbi protiv terorizma je u suštini član 5 Povelje. U dosadašnjoj praksi može se uočiti da SAD i Izrael pravdaju upotrebu sile protiv nedržavnih aktera članom 51 ove Povelje. SAD stalno daju akcenat namerni da preko oružanih snaga obeshrabruju i sprečavaju buduće terorističke napade u SAD, kao i u drugim zemljama članicama Organizacije ujedinjenih nacija.

Član 51 Povelje Organizacije ujedinjenih nacija glasi:

„Saglasno ovoj Povelji, ništa neće sprečiti inherentno pravo na individualnu i kolektivnu samoodbranu u slučaju oružanog napada na članicu Ujedinjenih nacija, sve dok Savet bezbednosti ne preduzme neophodne mere za održavanje svetskog mira i bezbednosti. O preduzetim merama primene prava na samoodbranu, članice će odmah obavestiti Savet bezbednosti i ni u kom slučaju neće produžiti akciju koja bi sprečila Savet bezbednosti da na osnovu Povelje ostvari svoju nadležnost i odgovornost za održavanje i uspostavljanje svetskog mira i bezbednosti”.⁵

Kolektivna samoodbrana može da se aktivira i na određeni posebni zahtev od strane zemlje koja je oštećena, ukoliko kolektivna samoodbrana nije aktivirana od strane zemalja članica, odnosno savezničkih zemalja i ukoliko za to postoji poseban dogovor.

Individualno pravo na samoodbranu prema članu 51 Povelje prekida se onda kada Savet bezbednosti preduzme sve neophodne mere protiv države napadača. Po tim preuzetim merama, individualno pravo na samoodbranu prerasta u kolektivno pravo na samoodbranu.

4 IBID, p. 11.

5 IBID, p. 12.

U ovom članu je jasno da postojaće pravo na samoodbranu ne sme da se zloupotrebljava, odnosno da ono ne može da se primenjuje i koristi za osvajanje tuđih teritorija ili da se poziva na nešto što se desilo u prošlosti. Pa tako, svaka zemlja koja iskoristi ovo pravo saglasno članu OUN obavezno treba da izvesti Savet bezbednosti ukoliko je već preuzela određene mere i aktivnosti, ili da opet aktivira nadležnost Saveta bezbednosti.

„Ukoliko država ne izvesti Savet bezbednosti o preduzetim merama čak i ukoliko ostvaruje pravo na samoodbranu, ona je pod osnovanom sumnjom u vezi opravdanosti oružane intervencije. Naime, Međunarodni vojni tribunal u Nirnbergu smatra da: «... za utvrđivanje da li je jedna akcija, za koju postoji izjava da je preduzeta u ime samoodbrane, agresivna ili odbrambena, ona mora da bude predmet detaljne istrage i presude”.⁶

Ako se napravi analiza gore napisanog, može da se zaključi da je pravo na samoodbranu legalno ukoliko je napad još uvek aktuelan i u toku. Pravo na samoodbranu ni u jednom drugom slučaju ne sme da se primeni ukoliko je određeni napad bio ili će biti preduzet u jednoj državi. Ipak, i dalje ostaje dilema: „Da li može da se primeni pravo na samoodbranu ukoliko postoji vidljiva ozbiljna pretnja?”

Borba i suzbijanje terorizma bili su glavna tema na Evropskom savetu u Tampereu održanom 1999. godine, kao i na Evropskom savetu u Santa Mariji de Feiri 2000. godine. Odredbe za suzbijanje terorizma su sadržane u više pravnih akata zemalja članica EU. Ovde se ubraja i Dogovor o Evropolu posle izmena na osnovu odluke Saveta od trećeg decembra 1998. godine. Zadatak Evropola je da se bavi krivičnim delima koja su izvršena ili mogu da budu izvršena u okviru terorističkih dejstava protiv života, telesne nepovredivosti i lične slobode.

„Prema članu 1, svaka zemlja članica treba da preuzme potrebne mere, da ona kriminalna dejstva koja prema pravnim propisama određenih država, koja preko načina njihovog izvršenja ili konteksta mogu ozbiljno da ugroze neku zemlju ili međunarodnu organizaciju. Kada iste mere budu izvršene sa ciljem da se stanovništvo zastraši na ozbiljan način ili da se neka međunarodna organizacija nezakonito prinudi da uradi nešto, sa ciljem da se ozbiljno destabilizuju ili unište osnovne socijalne strukture određene zemlje, (napadi na određeno lice koji mogu da dovedu do smrti, napadi na telesnu nepovredivost određenog lica, kidnapovanje ili učenivanje, ozbiljno uništavanje vladine institucije ili javne ustanove, prevoznih sredstava infrastrukture, uključujući sistem za

6 IBID

informacije, čvrsta platforma koja se nalazi na kontinentalnom kopnu, javno mesto ili privatna svojina, koji mogu da ugroze čovekov život ili da dovedu do velikih ekonomskih gubitaka, zarobljavanje vazduhoplovnih i vodenih prevoznih sredstava ili drugih javnih prevoznih, odnosno transportnih sredstava, proizvodnja, posedovanje, kupovanje, transport, nabavljanje ili upotreba borbenog oružja, eksplozivnih materija, atomskog, biološkog, hemijskog oružja kao i istraživanje i razvoj u vezi biološkog i hemijskog oružja, oslobodjenje štetnih materija, prouzrokovanje požara, poplava ili eksplozija, ako se pritom ugrožava čovekov život, sprečava ili prekida snabdevanje vodom strujom ili drugim prirodnim resursima važnim za život. Kao teroristička krivična dela se kažnjavaju i krivična dela koja su izvršena sa namerom da se zaplaši stanovništvo i da se ozbiljno oštete ili unište političke, ekonomske ili društvene strukture zemlje.”⁷

Gore pomenuta krivična dela mogu da budu izvršena od strane nedržavnog aktera (pojedince) ili od strane kriminalne strukture nedržavnih aktera (organizacija).

5. Zaključak

Globalizacija kao trend i kao pokret ima pozitivne i negativne strane. U današnjem svetu sve više se aktuelizuju negativne strane globalizacije. Ovde se postavlja pitanje: „Zašto je tako”? Mnogo se lako može dobiti odgovor ukoliko izvršimo retrospektivu i u daljoj prošlosti, a ne samo u bližoj. Naime, rat u Siriji je imao velike implikacije u zemljama širom sveta, pritom ne isključujući ni Republiku Makedoniju. Migrantska kriza uzima sve veći zamah, a sa njom počinju da se javljaju i teroristički akti u međunarodnoj zajednici.

Evropska unija i Organizacija ujedinjenih nacija su jedinstvene u stavu da za masovnu pretnju usmerenu prema međunarodnoj zajednici treba da se deluje preko preduzimanja dogovorenih kazneno-pravnih mera između država.

Godine 2001, od strane Evropskog saveta je napravljen plan koji je konglomerat mera i dejstava za borbu protiv terorizma i njegovo suzbijanje.

Odavde se može slobodno zaključiti da u slučajevima terorističkih napada, pravo na samoodbranu ne bi trebalo da se odnosi samo na države, već i na nedržavne aktere, ukoliko su oni „napadači”. „Takva praksa država je registrovana pre 1945. godine, kao i posle stupanja Povelje

7 IBID p. 15-16.

OUN-a na snagu. Upotreba sile na tuđoj teritoriji u borbi protiv terorizma od strane SAD počinje da se praktikuje još pre 11. Septembra 2001. godine, odnosno još 14. aprila 1986. godine, kada su SAD izvršile seriju napada na selektovane ciljeve u Libiji. Ovi napadi su usledili posle terorističkog napada 5. aprila iste godine u diskoteci u Berlinu.”⁸

Gore pomenuto navodi na konstataciju da su nedržavni akteri, sa njihovim uticajem u prošlosti i danas, glavna tema u Evropskoj uniji kao i u Organizaciji ujedinjenih nacija. I pored toga što oni nemaju pravni status, protiv njih se u određenim slučajevima mogu upotrebiti oružane snage ili se izreći odgovarajuće kaznene sankcije, kako putem određenih povelja i institucijalnih zakona, tako i preko pravilne upotrebe međunarodnog krivičnog prava i međunarodnog javnog prava.

Literatura

Aslimoski, P. (1995). Sociologija.

Avramov, S., Kreća, M. (2007). *Međunarodno Javno pravo*. Beograd.

Kotovčevski, M. (2005). *Terorizmot-sovremeno svetsko zlo*. Skopje. Mickovski,

N. (2007). *Kompjuterskikriminalitet*. Avtorizirani predavanja. FON univerzitet.

Spaseski, J. (2005). *Makedonija stolb na bezbednosta i mirot na balkanot*. Skopje.

Stojanovic, Z. (1998). *Terorizam I srodnikrivicnidela, Terorizam I srodnakrivicna- dela – teorija I praksa*. Beograd.

Frćkoski, D. Lj., Tupurkovski, V., Ortakovski. V. (1995). *Međunarodno Javno Pravo*. Tabernaku. Skopje.

10 March 2017, from http://www.dejanlucic.net/sr/Ukljucen_HA_ARP_centar_i_u_Srbiji.html

5 March 2017, from <http://istokpavlovic.com/beleske/pismo-iz-stenforda>

13 March 2017, from <http://eprints.ugd.edu.mk/10358/1/%D0%A3%D0%9D%D0%98%D0%92%D0%95%D0%A0%D0%97%D0%98%D0%A2%D0%95%D0%A2%20E2%80%9E%D0%93%D0%9E%D0%A6%D0%95%20%D0%94%D0%95%D0%9B%D0%A7%D0%95%D0%92%E2%80%9C%20%E2%80%93%20%D0%A8%D0%A2%D0%98%D0%9F.pdf>

7 March 2017, from

<http://eprints.ugd.edu.mk/1846/3/Zbornik-VtoraMegKonferencija.pdf>

8 IBID p.16.

Zoran Jovanovski, LL.D.

Assistant Professor,

Military Academy "General Mihailo Apostolski", Skopje,

Republic of Macedonia

USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS UNDER THE INTERNATIONAL LAW IN THE GLOBALIZED WORLD

Summary

The non-state actors have a history of existence (the Red Cross movement, religious and charity organizations, foundations, terrorist groups, etc.) but their role has a completely different meaning and importance in the era of globalization, after the fall of the "Iron curtain". Probably, an open dilemma will remain if the non-state actors are the products or the trigger of globalization; however, a more important question would be their legal status, given that the world as we know and the system of collective security that arise after the World War II was not meant to deal with non-state actors or individuals but with states. Since 9/11, the violent non-state actors have received an even more important role within national and international security. Currently, the UN as a system of collective defense faces the legal dilemma how to approach the ISIL or DAES forces, considering that what happens in the Middle East is certainly a threat to the global peace and security. The ongoing situation in Syria opened the "Pandora's Box" over the questions of sovereignty, statehoods, the responsibility to protect, as well as the permissibility of the use of force against non-state actors, their subjectivity and ius standi in iudico under the international law.

Keywords: *globalization, actors, terrorism, force, law.*

Dr Suzana Medar,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776135M

UDK: 342.1:316.324
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

UTOPIJSKI „PRELUDIJUM“ SVEOPŠTE GLOBALIZACIJE

Apstrakt: Sveopšta globalizacija je od izvesnih društvenih slojeva željeni ali neostvarljivi cilj. Niži stepeni globalizacije su mogući i osvarljivi. Može se u literaturi pronaći i poistovećivanje globalizacije sa ostvarivanjem uloge SAD kao upadljivo dominantnih u međunarodnim odnosima, odnosno njihove vodeće pozicije u procesu globalizacije, pa se čak i sam proces globalizacije često naziva amerikanizacijom. Ono što je nepobitna činjenica jeste da u stvarnom, dinamičnom svetu nema samo slaganja, harmonije i mira već i nadmetanja, sukoba i ratova. Neki o 21. veku govore kao o novom stogodišnjem ratu, ružnom vremenu haosa, nemira i nasilja na mnogim mestima planete. Dramatične socijalne borbe oko globalizacije – njenog demokratskog ili represivnog, humanijeg ili asocijalnog, multipolarnog ili unipolarnog lika – postaju novi ključ razumevanja društvenih zbivanja. Dok jedni u globalizaciji vide objektivan i spontan planetarni proces, za druge je ona isključivo projekt dominacije Zapada.

Ključne reči: država, globalizacija, utopija.

1. Uvod

Povod za postavljanje „teze“ u naslovu dalo nam je određenje utopije kao „misaono delatnog uzleta nad postojećim“. Čini se da u globalizaciji kao ideji i praksi postoji tako shvaćena utopija. Naime, globalizacija stalno teži da širi svoje mogućnosti ne bi li došla do sveopšte. Ima u ovome, čini se, nečeg od Aristotelove entelehije. Iskoristili smo muzički termin preludijum zbog njegove slikovitosti. Preludijum kao muzička predigra, uvodna muzika, treba da pokaže takav, samo u teoriji prava,

* medars@prafak.ni.ac.rs

pokušaj spajanja i upoređivanja utopije i globalizacije. Specifičnost globalizacije kao utopije je u tome što mesto njenog dešavanja nisu ni ostrvo ni grad već ceo svet. Otuda kosmopolitizam kao karakteristika sveopšte globalizacije.

Globalizacija je zbivanje koje obuhvata sve društvene procese i odnose planetarnog karaktera, menjajući dalekosežno prirodu nacionalne države i međunarodnog poretka. Ta promena nije samo dobrovoljna, već često dramatična i krvava jer se vrši putem sukoba, razaranja i ratova. Globalizacija se dešava svim ljudima, ali nju mnogo bolje osećaju, shvataju i razumeju oni pojedinci i društveni slojevi koji čine elitu neke zajednice ili države, dok domašaji globalizacije na lokalnom nivou još nisu toliko snažni i dalekosežni. „Međutim, usled mnogih složenih razlika, globalizacija, nažalost, pravi rascepljen i protivurečan svet“ (Kajtez, 2010, 151). Gubitnici globalizacije smatraju da svet nije pravedan i da planetarni procesi bogate čine još bogatijim dok siromašni ostaju na marginama života.

2. Pojam globalizacije

Pojam „globalizacija“ kao i srodni pojmovi „globalizam“ i „mondijalizam“ pojavio se u akademskim raspravama krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog veka, da bi se njime označio fenomen rastućih integrativnih promena savremenog sveta. Sama reč „globalizacija“ potiče od latinske reči globus, što znači Zemlja, zemaljska kugla, okruglo ili loptasto nebesko telo u svemiru. Po tome, dakle, globalizacija obuhvata sve društvene procese i odnose koji imaju planetarni karakter, koji se manifestuje u svim aspektima svetskih zbivanja. Neki eminentni autori govore da je globalizacija sinonim za „svet bez granica“. Globalizacija, kao jedan od ključnih fenomena današnjice, primarno utiče na oblikovanje društvene stvarnosti, najvažnijih pojava i procesa u savremenom svetu. Globalizacija se, svojim brojnim pojavnim oblicima, realizovala gotovo u svim segmentima ljudskog života. Njena sveobuhvatnost i sveprisutnost učinila je ovaj proces jednim od najaktuelnijih i u akademskim krugovima, zahvaljujući čemu je koncept globalizacije u poslednjih dvadesetak godina postao „svetski intelektualni hit“ (Vuletić, 2003, 10).

„Upostavljanje pouzdanih teorijskih uporišta koja omogućavaju razumevanje globalizacije, odvija se u otežanim uslovima iz najmanje dva razloga“ (Novaković, 2012, 21). Prvi razlog je paradoksalan jer potiče iz same hiperprodukcije unutar diskursa o globalizaciji. To izaziva izvesnu „kakofoniju“ pokušaja da se ostvari doprinos definisanju

globalizacije, zadatak razumevanja globalizacije čini složenim i može delovati zbunjujuće, naročito za laički deo čitalaca ili nedovoljno oprezne istraživače“ (Novaković, 2012, 21). Drugi faktor otežanog definisanja globalizacije leži u činjenici da je sam pojam globalizacije načinjen od protivurečnosti. Odgovori na najvažnija pitanja koje otvara globalizacija potiču direktno iz dualističke strukture upitanosti o ovoj temi.

U izrazito heterogenom diskursu o globalizaciji, čini se da je najprihvatljivija podela autora na: 1) „skeptike“, 2) „globaliste“, odnosno „hiperglobaliste“, 3) „antiglobaliste“ i 4) „transformacionaliste“ (Dabović, 2008, 168). Skeptici negiraju postojanje globalizacije kao društvenog fenomena, čak smatraju da je globalizacija fikcija, samo imaginarni predmet teorijske debate. Oni smatraju da „međuzavisnost nije svojstvena samo najnovijem, globalnom društvu i da su njegovi glavni akti nacionalne vlade“ (Vuković, 2008, 200). Kao potvrda ovakvim stavovima ističe se da za većinu zemalja spoljna trgovina donosi manji deo ukupnih prihoda, pri čemu se najveći deo spoljnotrgovinske razmene ne odvija širom sveta, već među regionima, kao što su Evropa, Amerika i Azija sa Pacifikom.

Među teoretičarima koji prihvataju postojanje globalizacije kao društvenog fenomena postoji podvojenost po pitanju karaktera globalizacije. Na jednom teorijskom polu su autori koji su označeni kao globalisti, odnosno hiperglobalisti sa ekstremno pro-globalističkim stavovima. Svi oni smatraju da je globalizacija objektivni planetarni proces, odnosno aktuelna faza razvoja ljudskog društva, te stoga istorijska nužnost. „Globalizacija je događanje koje nije stvar volje niti izbora, već civilizacijska tekovina koja se realizuje podjednako u svim društvenim sferama“ (Fredman, 2000, 126). Globalisti uglavnom ukazuju na pozitivne efekte širenja ideologije neoliberalizma i tržišne ekonomije. Oni se pri tome zalažu za širenje globalizacije u smeru „odozgo prema dole“, odnosno od vlada, međunarodnih institucija i multinacionalnih korporacija prema stanovništvu, kao i od razvijenih država prema nerazvijenim.

Antiglobalisti poznaju samo negativne aspekte globalizacije. Oni se opredeljuju za smer širenja „odozdo prema gore“, odnosno od samosvesnih pojedinaca i neformalnih grupa prema vladama država i međunarodnim institucijama. Antiglobalisti smatraju da se brojni negativni efekti globalizacije (sve izraženija diskrepancija između najsiromašnijih i najbogatijih država, primeri oružanih intervencija velikih sila

prema malim narodima bez odobrenja međunarodne organizacije itd.) mogu nadomestiti samo sasvim suprotnim oblikom svetske integracije, koji bi se zasnivao na načelima istinske demokratije, poštovanju glasa slabijih i siromašnih zemalja u međunarodnim odnosima, poštovanju nacionalnih kulturnih tradicija i sl.

Transformacionalisti zastupaju izbalansirani pristup te globalizaciju posmatraju sveobuhvatno, kao proces koji ima višestruke uzroke i koji se ogleda u svim društvenim oblastima. Ovi autori prevazilaze i postojeće razlikovanje na pozitivno i negativno viđenje globalizacije, kao i na uspostavljanje globalizacije „odozgo“ ili „odozdo“. Jedan od najznačajnijih teoretičara ovog usmerenja je Entoni Gidens (Anthony Giddens) po kome globalizacija nije samo jedan proces već kompleksan set procesa. On široko posmatra i problem nejednakosti koji prouzrokuje globalizacija, smatrajući da je širenje nejednakosti mnogo ozbiljniji problem s kojim se suočava svetsko društvo i da se za to ne mogu jednostavno okriviti bogate zemlje. Gidens smatra da globalizacija nije, bar ne za sada, globalni poredak koji je vođen kolektivnom ljudskom voljom, već da se taj poredak pojavljuje u arhaičnom, nepredvidivom obliku nošen mešavinom ekonomskih, tehnoloških i kulturnih imperativa.

Od domaćih autora osvrnućemo se na definicije pojma globalizacije Miroslava Pečujlića i Dušana Dabovića. Pečujlić smatra da je za pravilno razumevanje globalizacije neophodno razlikovanje, s jedne strane, objektivnog procesa i s druge strane, forme koju međuzavisnost i globalni poredak zadobijaju. „Globalizacija kao objektivni proces predstavlja univerzalno i trajno stremljenje čovečanstva, počev od prvih usamljenih grupa homonida, preko arhaičnih imperija, do modernog svetskog poretka koji karakteriše međuzavisnost sve šireg kruga društava, odnosno kompresije vremena i prostora, uz uspon transnacionalnih sila i institucija“ (Pečujlić, 2005, 17). Drugo, i po Pečujliću presudno obeležje globalizacije jeste forma, odnosno karakter koji globalizacija zadobija, jer „međuzavisnost, sama po sebi, ne određuje automatski karakter povezanosti, ona može zadobiti demokratske ili autoritarne, asocijalne ili humanije forme“ (Pečujlić, 2005, 18). Dabović se uglavnom bavi globalizacijom prava, ali u sistematskom duhu daje i definiciju globalizacije uopšte: „globalizaciju možemo definisati kao globalni društveni proces sa subjektivnim elementima koji proizvodi pozitivne i negativne posledice u svim društvenim oblastima, pri čemu su posledice istovremeno njegovi uzroci, što dovodi do ubrzanja ovog procesa“ (Dabović, 2007, 17).

Globalizacija kao sinonim za „svet bez granica“ se od autora do autora različito shvata, zavisno od toga da li se ona smatra procesom ili projektom. Naime, ukoliko se globalizacija posmatra kao proces ona je neizbežna. Ovo je mišljenje većine autora. Ukoliko se pak globalizacija shvata kao projekt, ona nije neizbežna, odnosno neophodna. I u pogledu vremena nastanka globalizacije postoji nesaglasnost. Tu, pre svega, treba razlikovati ideju globalizacije od globalizacije kao specifičnog realnog poretka. „Očigledno je da su ideje globalizacije davno posejane u ljudskom rodu u ideji, *utopiji* (podvukla S. M.), volji za moći i trajnom stremljenju ljudskog traganja, ali i da su se potrebe, nužne i dovoljne pretpostavke za njen planetarni zamah stvorile posle ukidanja bipolarnosti sveta i pada Berlinskog zida“ (Kajtez, 2010, 157).

2.1. Osnovni vidovi globalizacije

Vidovi, odnosno vrste globalizacije se mogu prepoznavati po različitim kriterijumima. Najpre, obim globalizacije, demokratski ili autoritarni karakter globalizacije, oblasti u kojima je globalizacija prisutna itd. Što se tiče prvog nabrojanog kriterijuma, obima globalizacije, ona se može širiti na veći ili manji krug subjekata. Ovde se mogu razlikovati sveopšta globalizacija koja obuhvata sve uže entitete, bili to pojedinci ili države i nacije. Po ovom kriterijumu globalizacija se može predstaviti slikom koncentričnih krugova, manjih ka centru, većih, odnosno obuhvatnijih ka udaljenijim koncentričnim krugovima.

Što se drugog kriterijuma tiče, svakako je poželjno da globalizacija ima demokratski karakter. Za svetski poredak i međunarodni mir je opasnost kad globalizacija poprimi autoritarni karakter. Postoje četiri osnovne karakteristike autoritarne globalizacije. Naime, danas je na delu globalizacija siromaštva velikih razmera, s jedne strane, a sticanje ogromnog bogatstva uske elite moći, s druge strane. Jaz između bogatih i siromašnih sve više raste, tako da bogati postaju još bogatiji a siromašni još siromašniji. Druga karakteristika autoritarne globalizacije svodi se na sve veće zaoštavanje kulturnih konflikata, etničke sukobe, konfrontiranje civilizacija. U tom kontekstu, u vidu reakcije na globalizaciju niču nacionalizmi, kao podloga za konflikte i sukobe. Po nekim teoretičarima, proces globalizacije može dovesti do građanskog rata svetskih razmera. Treća karakteristika ukazuje na suprotstavljanje tendencija ka stvaranju autoritarne svetske države i tendencija izgrađivanja globalne demokratije. „Dok na jednoj strani uočavamo militantno krilo globalne elitne moći (SAD), koje teži da bude presudni subjekt odlučivanja, na drugoj strani vidimo Evropsku uniju,

koja se, zastupajući zajednički (podeljeni) suverenitet, pojavljuje kao snažan zastupnik demokratske translacione političke organizacije“ (Kajtez, 2010, 156). I najzad, četvrta karakteristika koja se tiče značajnog zaokreta ka centralnoj ulozi vojne sile u svetu, naročito posle terorističkog čina od 11. septembra 2001. godine, kada nova američka vojna doktrina dopušta upotrebu nuklearnog oružja, svrstavajući ga u kategoriju konvencionalnog oružja.

U pogledu oblasti koje zahvata globalizacija postoji manje-više jedinstvenost kod autora. Gotovo svi smatraju da se radi o složenom procesu koji obuhvata oblasti socijalnog, ekonomskog i kulturnog. Neki ovoj trijadi dodaju još neke oblasti kao što su politika, pravo, ideologija, ekologija, nauka, religija, zabava, sport, mediji... “Globalizacija je jedan kompozitni problem sa socijalnim, ekonomskim, političkim, kulturnim ali i ideološkim, tehnološkim i psihološkim komponentama“ (Jovanović, 2017, 98). Ono što je, takođe, konstanta kod gotovo svih autora jeste činjenica da se ekonomska globalizacija smatra osnovnom, bazičnom. Tzv. ekonomizacija je primus motor globalizacije. Cilj ekonomske globalizacije je formiranje jednog, tj. globalnog tržišta. To je samo jezgro globalizacije. Upravo, ekonomija jeste oblast u kojoj se globalizacija najpre pojavila i u kojoj je najdalje odmakla. Izraz ekonomska globalizacija danas se koristi da se jednim imenom označe svi procesi kojima se nacionalne ekonomije integrišu u tokove svetske ekonomije.

„U savremenom smislu, globalizacija u oblasti ekonomije označava porast integracije ekonomija širom sveta, posebno u oblasti trgovine i finansijskih tokova. Termin se odnosi i na kretanje ljudi (radne snage) i znanja (tehnologije) preko međunarodnih granica“ (Novaković, 2012, 33). Iako je bliska pojmu međunarodne ekonomije, globalna se od nje razlikuje jer se ne odvija između nekoliko država, već su njome obuhvaćene gotove sve države koje nastupaju na globalnom tržištu kao novom ekonomskom prostoru.

2.1.1. Globalizacija prava

Globalizacija prava je integralni deo procesa globalizacije kao procesa društvene transformacije savremenog sveta, te su „objektivni i subjektivni uzroci i posledice procesa globalizacije istovremeno uzroci i posledice globalnog usklađivanja prava“ (Dabović, 2008A, 178). U literaturi se pominje i obuhvatanje svih država pod jedan „političko-pravni kišobran“. Pravna globalizacija je od svih drugih najbliskija sa političkom koja znači rastuću međuzavisnost političkih zajednica i širenje demokratskog uređenja. To dovodi do progresivnog

slabljenja suvereniteta država, pri čemu dolazi do prenošenja njihovog suvereniteta na međunarodni nivo, uz povećanje broja međunarodnih organizacija. Najveći pomak u tom smislu, u činila je Evropska unija, prerastajući iz ekonomske zajednice u uniju sa začetkom državne tvorevine. Međutim, bez obzira na rastući integrativni proces treba „prihvatiti realnost da su suverene nacionalne države još uvek, u velikoj meri, subjekti međunarodnog prava i nosioci pravnog sistema na svojoj državnoj teritoriji, te da su, u tom smislu, subjekti međunarodne integracije u oblasti prava“ (Dabović, 2008B, 472).

„U savremenom pravu se istovremeno reflektuju procesi globalizacije u svim društvenim oblastima i generiše dalji tok ovih procesa“ (Dabović, 2007, 18). Pri tome, i samo pravo doživljava transformaciju, tako da se sve više gubi razlika između međunarodnog i nacionalnog prava. Proces globalizacije međunarodnog prava zapaža se u konstantnom razvoju ove grane prava i to počev od završetka Drugog svetskog rata, a još intenzivnije od početka poslednje dekade 20. veka. Razvoj se ogleda na globalnom i regionalnom planu, i to kako u kvantitativnom tako i u kvalitativnom smislu. Naime, u ovom periodu dolazi do naglog povećanja broja usvojenih međunarodnopravnih dokumenata, pre svega u okviru OUN. Osnovani su novi sudovi i uopšte povećan je broj međunarodnih arbitraža. Pomak u kvalitativnom smislu se ogleda, pre svega, u tome da se, za razliku od tradicionalnog sistema međunarodnog prava, u kome su subjekti bile isključivo međunarodno priznate države, nadležnost međunarodnog prava sve više proširuje direktno na pojedince. Takođe, vidljiv je i trend porasta značaja tzv „mekog prava“ (soft law), odnosno normi koje za države nisu pravno obavezujuće, ali koje odražavaju spremnost država da participiraju u međunarodnoj zajednici.

U istraživanju globalizacije prava, treba odgovoriti makar na dva pitanja: jedno su društveni uzroci a drugo posledice fenomena usklađivanja prava u kontekstu procesa globalizacije. Svi uzroci usklađivanja prava u procesu globalizacije mogu se podeliti na objektivne i subjektive. U duhovnoj sferi je posebno teško razlikovati ove izvore, jer je na delu dinamični proces preklapanja i među uticaja. U svakom slu čaju, treba naglasiti da razlike između objektivnih i subjektivnih uzroka nisu istovremeno razlike između materijalnih i duhovnih tvorevina, jer objektivni uzroci mogu biti ne samo materijalne nego i duhovne tvorevine. S druge strane, subjektivni uzroci za svoju osnovu uvek imaju samo duhovne tvorevine, bile one racionalne ili iracionalne.

Postoje „četiri osnovne grupe objektivnih (društvenih) uzroka – tehnološki, ekonomski, međunarodnopolitički i kulturni“ (Dabović, 2007, 33). Svi oni ne deluju samostalno na razvoj, odnosno preuzimanje prava, već posredno, preko „pravnih instituta“ (Rener, 1977, 4). Poslednjih decenija 20. veka i početkom 21. veka, eksplozivni razvoj novih tehnologija je omogućio izuzetno ubrzanje procesa globalizacije. Nove tehnologije, pre svega informacione tehnologije i biotehnologija, omogućavaju „neslućeni društveni napredak, koji se ogleda u kompresiji vremena i prostora, ali i u poboljšanju zdravlja ljudi, širenju znanja, ekonomskom rastu i direktnijoj participaciji građana u njihovim zajednicama, te su među primarnim činiocima ubrzanja procesa globalizacije“ (Pečujlić, 2005, 55).

Ekonomija je, uz tehnologiju, u procesu globalizacije svakako najeksponiraniji činilac transformacije savremenog sveta. Autori koju odlučujuću ulogu u procesu globalizacije pridaju ekonomskim činiocima označavaju se kao „ekonomski deterministi“. Među njima je poznat Frensis Fukujama, autor teorije o kraju istorije. On, naime, smatra da globalizacija ne donosi ništa novo, osim razvoja svetskog tržišta kapitala. Iako su ovakvi stavovi neodmereni i jednostrani, činjenica je da je sa raspadom Istočnog bloka uspostavljeno jedinstveno tržište robe, usluga i kapitala, a naprednim tehnološkim dostignućima je omogućena njihova sve snažnija ekspanzija. Ekonomski činioци su najizraženiji u oblastima finansija, trgovine, proizvodnje, regionalnog ekonomskog povezivanja i poslovanja transnacionalnih kompanija. Ekonomski činioци globalizacije su, s obzirom na to da je transformacija prava integralni deo procesa globalizacije, istovremeno i činioци fenomena ujednačavanja prava na globalnom nivou putem preuzimanja. Pri tome, ekonomski činioци globalizacije su istovremeno i posledice, što dovodi do ubrzanja ovog procesa.

Proces globalizacije u oblasti politike obu hvata dva elementa: rastuću međuzavisnost političkih zajednica i širenje demokratskog uređenja. Za proces rastuće međuzavisnosti političkih zajednica vezuje se progresivno slabljenje suvereniteta država, pri čemu dolazi do prenošenja suvereniteta na međunarodni nivo, uz povećanje broja međunarodnih organizacija. U tom pogledu, najveći pomak je u činila Evropska unija, prerastajući iz ekonomske zajednice u uniju sa začetkom državne tvorevine. Postoje različita shvatanja u pogledu sudbine suvereniteta nacionalnih država u procesu globalizacije. Pomenućemo samo jedno, autora Daniela Bela koji je utvrdio da je u razvijenim društvima Zapada politička forma nacionalne države postala suviše

mala da reši velike probleme i istovremeno suviše velika da reši male probleme. Što se demokratizacije u svetu, odnosno širenja demokratskog uređenja tiče ono se vezuje za poslednje dve dekade u 20. veku. Ovde treba biti vrlo oprezan jer za demokratsko uređenje nije dovoljno samo postojanje slobodnih izbora. Pod velom demokratije se i u međunarodnim, kao i u nacionalnim okvirima može dešavati stvarno sužavanje demokratskog procesa, elitizam, korupcija, neodgovornost i gola borba za vlast.

Evropska unija je jedan od najizrazitijih primera razvoja procesa globalizacije. Za nas su posebno značajni mehanizmi usklađivanja prava trećih zemalja sa pravom Evropske unije, jer smo, kao i skoro sve zemlje u tranziciji, usled prednosti koje pruža članstvo u Uniji, izrazili želju da joj se priključimo. U zavisnosti od „nacionalnog pravnog sistema, jezika i drugih okolnosti, pravo EU se može uvesti u nacionalni pravni sistem metodom prenošenja ili metodom preformulisanja“ (Dabović, 2007, 95). Moguće je i kombinovanje ovih metoda. Najkraće rečeno, prenošenje može značiti kopiranje pravnog teksta reč po reč u nacionalni propis ili stavljanje reference na međunarodni propis u nacionalnom propisu. Preformulacija se preferira ako se želi očuvati integritet nacionalnog pravnog sistema i duh pravnog jezika. Na taj način mogu se izostaviti nepotrebne odredbe i uobličiti propisi prema nacionalnom modelu. Od samog propisa zavisi koji će od ovih metoda za unošenje u nacionalni pravni sistem biti odabran. Opšte je pravilo da se primenjuje metod preformulacije, ali je ostavljeno zemljama kandidatima da same o tome odluče. Prenošnje se kao metod preporučuje samo kod vrlo dugih vrlo stručnih tekstova, kao što su neki pravilnici.

Najzad, tu je kulturna globalizacija kao uspostavljanje humanističkog sistema vrednosti kao dominantnog u kontekstu globalnog usklađivanja prava. Kulturni aspekt globalizacije je u debati o globalizaciji manje zastupljen što ne znači da je manje bitan. Razlog za to je što je ovaj aspekt globalizacije mnogo suptilniji i prikriveniji od ostalih. Po Daboviću „kulturnu transformaciju savremenog sveta karakterišu kontradiktorni procesi: (1) istovremeno jačanje kosmopolitske kulture i kulturno fragmentovanje do nivoa etičkih zajednica, kao i (2) širenje kulturnih obrazaca iz razvijenih zemalja prema zemljama u razvoju, koji istovremeno imaju karakter humanističkih vrednosti i masovne kulture“ (Dabović, 1997, 101). Po pitanju karaktera sistema vrednosti koji se prenosi iz razvijenih zemalja ka zemljama u razvoju, među teoretičarima ne postoji saglasnost. Neki teoretičari smatraju da je poslednjih decenija 20. i početkom 21. veka u najrazvijenim zemljama u toku proces transformacije dominantnog vrednosnog sistema u pravcu

jačanja humanističkih vrednosti: život kao osnovna ljudska vrednost, zdravlje i očuvanje životne sredine. Naime, u razvijenim zemljama je materijalni rast dostigao maksimum i stoga se kvalitet više ne može meriti rastom materijalne proizvodnje, već okretanjem novim, nematerijalnim vrednostima.

Globalno usklađivanje prava je uslovljeno, pored objektivnih, i subjektivnim činiocima. Nekad je teško ustanoviti razliku među njima. Za razliku od objektivnih, društvenih uzroka, koji na usklađivanje prava utiču uglavnom posredno, putem pravnih instituta, subjektivni uzroci mogu uticati neposredno, određujući preuzimanje konkretnih pravnih rešenja. Pri tome do izražaja dolazi interakcija subjektivnih i objektivnih uzroka, tako što su subjektivni uzroci determinisani objektivnim, odnosno objektivni uzroci usmeravaju delovanje subjektivnih uzroka. U karakteristične subjektivne uzroke usklađivanja prava u procesu globalizacije spada najpre „projekat“ globalizacije, odnosno svesno usmerena akcija društvenih grupa i pojedinaca u pravcu širenja globalizacije. Tu je, dalje, pravno-tehnička pomoć koju zemljama u razvoju obezbeđuju razvijene zemlje i međunarodne vladine i nevladine organizacije. I, najzad, pravna profesija koja u procesu globalizacije doživljava transformaciju u pravcu sve veće integracije na međunarodnom planu. To se čini kroz širenje znanja stranih jezika, korišćenje interneta za dobijanje informacija i komunikaciju sa kolegama u inostranstvu, pohađanje međunarodnih seminara, savetovanja, specijalizacija i sl.

Usklađivanje prava na globalnom nivou najčešće proizvodi pozitivne posledice na zemlju primaoca. Međutim, to je i tlo na kojem lako „raste“ diskrepanca u svim društvenim oblastima, a pre svega u oblasti ekonomije, između razvijenih država, s jedne strane, i zemalja u razvoju, s druge strane. Time globalno usklađivanje prava može doprineti formalizovanju neizbalansiranog odnosa ove dve grupacije zemalja. Zbog toga bi put ka uspostavljanju globalnog, pre svega ekonomskog, balansa trebalo da vodi upravo preko izmena međunarodnopravnih instrumenata u pravcu povoljnijeg međunarodnog položaja zemalja u razvoju. To uključuje omogućavanje ovim zemljama da primenjuju fleksibilnije programe strukturalnog prilagođavanja i njihov povoljniji tretman na svetskom tržištu. Takođe, usklađivanjem prava u političkoj sferi dolazi do demokratizacije društava, ali može doći i do gubitka suverenosti nacionalnih država, što može proizvesti različite negativne posledice na zemlju primaoca. Usklađivanje prava u kulturnoj oblasti može doprineti ujednačavanju vrednosnih sistema i boljoj komunikaciji između različitih društava, ali može voditi i u kulturnu hegemoniju.

3. O utopiji

Pitanje o suštini utopije je pitanje o smislu čovekovog života, o smislu postojanja i samorazumevanja ljudskog bića u svetu lišenom mnogih pretpostavki za potpuni ljudski život. Sama reč utopija (u-topos) je grčkog porekla i znači ne-mesto, mesto koje ne postoji. U širu upotrebu ova reč je ušla kao naslov knjige Tomasa Mora – „Utopija“, koja se pojavila 1516. godine (Mor, 1964, 39–169). Pun naziv dela je „De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia“. Morovo „nigde“ doživljavamo kao zbiljsko, ali nedostižno „drugde“. Po Marksus se u Morovoj „Utopiji“ već nalazi misao koju će on tri i po veka kasnije formulisati u „Kapitalu“, naime misao da „carstvo slobode u stvari počinje tek tamo gde prestaje rad koji je određen nevoljom i spoljašnjom svrsishodnošću; po prirodi stvari, ono, dakle, leži sa one strane oblasti same materijalne proizvodnje“ (Marks, 1948, 711).

Savremena teorija pod utopijom, najčešće, podrazumeva „misaoni delatni uzlet nad onim što je dato“ (Doknić, 2004, 11). Vanredno važno pitanje odnosa stvarnosti i utopije zasniva se na Hegelovim pojmovima neprekidnog razvoja zbog čega je upravo taj odnos jedna od većitih ljudskih tema. Utopija je moguća i ostvariva želja i težnja, koju je na osnovu zakona sveukupnog razvitka moguće praktično ostvariti, zato što „ono što se nikada i nigde nije dogodilo to jedino nikad ne zastareva“ (Bloch, 1973, 729).

U odnosu na gornje određenje utopije treba učiniti izvesno pojašnjenje. Naime, veoma je raširena upotreba ove reči po kojoj ona označava nešto ništavno i efemerno, odnosno svaki onaj predlog za reformu koji izgleda teško ostvariti. Razlog za to je, najčešće, nesvesno mešanje pojmova utopije i utopističkog. „Utopistički pojam znači tretiranje utopije kao prazne apstrakcije i njene nepripadnosti postojećem“ (Doknić, 2004, 31). Zamenjivanjem pojma utopijskog sa utopističkim, utopijsko mišljenje, kao bitno revolucionarno, proglašava se za apstraktno. Utopija je „predstava o nečemu što ne postoji, ali i predstava koja se ograničava na društvene relacije, na ono što bismo uz pomoć prirodnih i ljudskih sredstava koja nam očigledno stoje na raspolaganju, mogli da ostvarimo“ (Gustavson, 1985, 116).

Šta u određenom slučaju treba smatrati utopijskim a šta utopističkim, zavisi od stupnja egzistencijalne stvarnosti. Jasno je da će oni slojevi koji zastupaju postojeći društveni poredak doživljavati kao stvarne one društvene forme čiji su oni nosioci, a proglašavati svaku promenu za utopističku. S druge strane, slojevi u opoziciji, već okrenuti prema

novim tendencijama, nove ideje doživljavaju utopijski, znači kao nešto što ima mogućnosti da se u budućnosti ostvari.

Karakteristika pisanih utopija jeste da se dešavaju na udaljenim mestima, na dalekim ostrvima ili u nepoznatim gradovima. Ovo se posebno odnosi na pisane utopije iz ranijeg vremenskog perioda do 19. veka. Za ovo postoje odgovarajući razlozi. Što se ostrva tiče, ono „stvora osećaj utočišta. Život na ostrvu izaziva osećaj večne sadašnjosti, to je neprekidno trajanje“ (Doknić, 2004, 25). Osim na ostrvu pisci prvih utopija sliku idealnog društva smeštaju među gradske zidine. I za Aristotela i za Platona granice idealnog su bile granice grada. Život u gradu je život u zajednici. Grad je zidom ograđen od ostalog sveta, svaki subjekt ima svoje mesto, dužnosti, ciljeve, deo je hijerarhijske strukture. U gradu se nalazi vladar i sva vlast, tako da je grad inkarnacija Kosmosa.

„Utopijska je ona svest koja *nije* kongruentna sa ‘bićem’ koje tu svest okružava“ (Manhajm, 1968, 157). Naime, za objašnjavanje postojeće društvene situacije postoje dve vrste ideja. S jedne strane su one koje odgovaraju konkretnom društvenom poretku, „koje su kongruentne sa stvarnošću“, po Majnhajmu „adekvatne ideje“ (Manhajm, 1968, 159). S druge strane, postoje ideje koje transcendiraju stvarnost i to su, po istom piscu, ideologije i utopije. U svom delu Manhajm daje definiciju ideologije kao ideje „koja de facto nikakada ne ostvaruje svoje zamisli“ (Manhajm, 1968, 157), a utopije definiše kao ideje kojima „polazi za rukom da postojeću istorijsku stvarnost preobrazu putem akcije u pravcu sopstvene zamisli“ (Manhajm, 1968, 157).

Utopijska orijentacija transcendiru stvarnost menjajući je. Shvatanje utopije po kome ona transcendiru i menja postojeći poredak značajno je po tome što polazi od konkretne, istorijski određene egzistencije. Najčešće se vodeća utopija javi kao željeni san, fantazija u glavi pojedinaca, da bi potom prerasla u političko htenje širokih slojeva. Efikasna utopija ne može biti duže samo delo pojedinaca, već treba da postane deo svesti čitavih slojeva, da ih pokrene na praktičnu delatnost, jer jedino tako mogu promeniti egzistenciju. „Egzistencija rađa utopije, a ove razaraju egzistenciju u smeru sledeće egzistencije“ (Manhajm, 1968, 166). Ako svaki važeći i delujući poredak nazovemo „topija“, onda željene slike postaju utopije onde gde dobijaju revolucionarnu funkciju.

Manhajm razlikuje četiri tipa utopijske svesti date u njihovoj društveno-istorijskoj uslovljenosti: „a) orgijastički hilijazam anabaptista, b) liberalno-humanitarna ideja, v) konzervativna ideja i g) socijalističko-komunistička utopija“ (Manhajm, 1968, 172–200).

Prvi navedeni tip utopijske svesti je ekstreman, budući da on sam nije stvarao istoriju ali se njegovo prisustvo odražavalo na njegove protivnike. Naime, orgijastičko-hilijastički optimizam je bio uzrok za pojavu konzervativizma i političkog realizma. Ovaj oblik utopijske svesti počinje pokretom Tome Mincera čija je pobuna razbila misao o hiljadugodišnjem carstvu, o statičnosti društva i pokazala da promene moraju da se dešavaju sada i ovde i potrebom za aktivnim delovanjem ispunila celokupno društvo. „*Apsolutna prisutnost* jeste stvarno i možda jedino direktno obeležje hilijastičkog doživljaja“ (Manhajm, 1968, 175). Ono što hilijasta očekuje jeste spajanje sa sadašnjošću. Zato njegovo svakidašnje vreme ne ispunjava optimističko nadanje u budućnost niti romantičko sećanje. Ovde je reč o iščekivanju, o neprestanoj napetosti i pripravnosti, zbog čega se ostalo vreme za njega ne diferencira.

Utopija liberalno-humanitarne svesti jeste ideja, i to ne grčko- platonska ideja u njenom statičkom i plastičnom obilju kao prasluka svih stvari, nego kao puki regulativ za sve što postoji na ovome svetu, kao formalna smernica koja je odmaknuta u beskonačnu daljinu sa koje nas pokreće. U Francuskoj tokom revolucije idejna utopija je dobila vrlo oštro konturisan racionalni oblik. U Nemačkoj se put napretka nije tražio u spoljašnjim događajima, u revolucijama, već samo u unutrašnjim svojstvima i preobražajima čoveka. Za razliku od hilijazma, liberalna ideja ima pozitivan stav prema svakidašnjici usled čega liberal kritikuje ali ne spaljuje sve mostove za onim što je sada i ovde. Potičući iz sfere politike, humanistička ideja je ispunila sve sfere društveno- kulturnog života i kulminirala u idealističkoj filozofiji. Nosilac nove, moderne bio je građanski stalež koji je imao nameru da obori crkveno-teološku sliku sveta. Ideja napretka je okosnica liberalne ideje i uspostavlja se čvrsta spona između cilja i egzistencije.

Treći oblik utopijske svesti je konzervativna ideja. „Dok za hilijastičko doživljavanje trajnost uopšte nije postojala, a za liberala samo ako se iz nje počev od sada rađa napredak, dotle je za konzervativca sve što postoji nabijeno plodnom pozitivnošću, samo zato što je nastalo polako i postepeno“ (Manhajm, 1968, 191). Konzervativna svest po sebi ne sadrži nikakvu utopiju, jer se u idealnom slučaju po svojoj strukturi potpuno poklapa sa stvarnošću kojom vlada u svakom datom slučaju. Tek protivkretanje opozicionih slojeva i njihova tendencija za razaranje postojećeg dovode, tako reći spolja, do toga da konzervativna svest oseti da je njeno vladanje egzistencijom problematično, te počinje da u istorijsko-filozofskom smislu razmišlja o samoj sebi i da stvara izvesnu protivutopiju. Aludirajući na Hegelovu Minervinu sovu, Manhajm

kaže da „u slučaju konzervativne svesti Minervina sova zaista počinje da leti samo kad se spusti suton“ (Manhajm, 1968, 188).

Četvrti oblik utopijske svesti po Majnhajmu je socijalističko- komunistička utopija. Utopijski element u socijalizmu nastao je sintezom svih oblika utopije koji su do tada postojali u društvenom prostoru. Odnos prema liberalnoj ideji je dvojak. Zajedništvo je u tome što se zasnivaju na istom cilju, budućem carstvu slobode i jednakosti. Razlika je u tome što je za socijalizam taj trenutak potpuno određen, a to je propast kapitalističkog sistema. Konzervativizam odbacuje liberalnu ideju kao besperspektivnu, čineći tako osnovu mimoilaženja i sa socijalističkom idejom. Razlika socijalističke utopije u odnosu na sve pređašnje je u tome što su one imale kao pokretački princip spiritualno, dok ona veliča materijalni princip. Marksističko-socijalistička svest insistira na dijalektičkoj vezi utopije i stvarnosti, da ideja živi u unutrašnjoj vezi sa stvarnim zbivanjima, ali ne kao „formalni i transcendentni regulativ, nego kao tendencija koja sama sebe stalno koriguje prema ovoj stvarnosti“ (Marks, Engels, 1950, 123).

Sredinom 20. veka preovladavalo je mišljenje da je vreme utopija prošlo. Osnov za ovo shvatanje nalazio se u postojanju sve većeg broja ljudi koji su ovladali svojom egzistencijom i evolutivnim putem išli ka rešavanju svojih društvenih problema. Međutim, suštinski je nestanak utopije nemoguć: „potpuno nestajanje utopije značilo bi preobražaj celokupne ljudske prirode i ljudskog razvitka. Nestanak utopije znači jednu statičnu objektivnost u kojoj sam čovek postaje stvar. Tako bi nastao najveći paradoks koji se može zamisliti, naime da čovek koji najracionalnije ovladava stvarima postaje čovek nagona, da čovek koji je nakon toliko dugog razvitka, herojskog i punog žrtava, dostigao najviši stepen svesti – na kome istorija već nije slepa sudbina nego sopstvena tvorevina – da taj čovek sa nestankom različitih oblika utopije gubi volju za istoriju a time i pogled na istoriju“ (Manhajm, 1968, 211–212).

Čovek mora uvek da „nađe ono pravo radi čega treba živeti, biti organizovan, jer tako probijamo metafizički konstitutivne puteve, zovemo ono što ne postoji i ugrađujemo u sebe sve to, tražimo tamo ono istinito, stvarno, gde iščezava puka činjeničnost – incipit vita nova“ (Bloh, 1972, 47). Interesantno je Blohovo shvatanje po kome samo umetnost može da bude utopija. Radi se o umetnosti u jednom specifičnom shvatanju, ne o umetnosti u profesionalno-radnom obliku, već o onome što se može prizvati kroz dobrotu, muziku, metafiziku, ali se zemaljski ne može ostvariti. To je umetnost kao utopijski princip velikog i trajnog ostvarenja beskonačnog u konačnom.

Po kriterijumu osnovnog cilja koji se sastoji u promeni postojećeg stanja, „postoje dve utopije: sistematska i usmerena“ (Viarne, 1985, 141). Logično, sistematska utopija nastoji da promeni čitav društveni sistem. Ona polazi od neke želje i izgrađuje jedno imaginarno društvo, čija je svrha da tu želju ozakoni i osnaži. Usmerena utopija pak nastoji da nametne utopijske elemente tamo gde se ne zahteva celovito ostvarenje. Ona djeluje istovremeno na više tačaka i upravo taj pluralitet utopijskog omogućava rešavanje stvarnih problema bez presije.

Utopija ima „tri uopštene karakteristike: pozitivnu, negativnu i transcendentnost“ (Tilih, 1985, 150–155). Ova trijada se i dalje deli po istom principu, tako da unutar svake od ovih karakteristika postoje po tri osobenosti. Pozitivne karakteristike utopije su istinitost, plodotvornost i snaga. Utopija je istinita jer ispoljava ono što je unutrašnji cilj čoveka i ono što predstavlja njegovo ispunjenje kao ličnosti. Ovo određenje je validno i na ličnom i na društvenom planu, jer društveno određena utopija gubi svoju istinu ako u isto vreme ne usrećuje pojedinca. Plodotvornost kao pozitivna karakteristika utopije znači njenu sposobnost da otkriva mogućnost za promenu. Naime, ostvarenje utopije je moguće samo u naponu između prošlosti i budućnosti, u otkrivanju mogućnosti. Tamo gde nema anticipirajuće utopije da otvori mogućnost, postoji stagnirajuća sterilna sadašnjost. Snaga, kao treća pozitivna karakteristika utopije, jeste moć utopije da menja, da preobražava dato. Koren utopijske snage leži u suštinskom, ontološkom nezadovoljstvu u svim pravcima njegovog delovanja, ekonomskom, intelektualnom i religijskom. Svi veliki utopijski pokreti, kao što su hrišćanski, buržoaski ili socijalistički su na taj način ostvarivali svoj cilj. Nosioci preobražaja, pri tome, nisu bili oni čiji je osnov nezadovoljstva ekonomski, već oni koji su celinom svoje ličnosti dovoljno snažni da preobrate stvarnost i postignu napredak ali ne samo u promeni ekonomskog stanja.

Negativne karakteristike utopije se nalaze u njenoj neistinitosti, neplodotvornosti i nemoći. Svaka utopija predstavlja sud o nesavršenosti sadašnjosti kao pokušaj da se iz tog stanja izađe. Neistinitost utopije je u njenom lažnom sagledavanju čoveka, jer ona zaboravlja na njegovu otuđenost i ograničenost od sopstvene nemogućnosti. Želje koje su u utopiji nerealne su uzrok njene neplodotvornosti. U tome je izvor fantastičnih utopija koje ne potvrđuju suštinske mogućnosti već sve fantastično preuveličavaju. Nemoć, kao treća negativna karakteristika utopije, ogleda se u činjenici da negativni sadržaj neistine i neplodotvornosti neizbežno vodi u razočarenje. Zbog negativnih

osobnosti, te neispunjenosti utopije, ostaje prazan prostor podložen raznim uticajima novostvorenih društvenih grupa.

Transcendentnost se kod utopije javlja utoliko što i za nju važi ono što važi za svaku pojavu, naime nastojanje da se transcendiraju jer u suprotnom postaje zatvorena u sebe, prestaje da živi. Utopija se zato uvek nalazi na putu između svoje mogućnosti i svoje nemogućnosti. Postoji nekoliko oblika transcendentnosti utopije. Prvi je delimičan i on se uvek zadržava na nivou političkog. Drugi, viši stepen, je radikalna transcendentnost, koja osim političkog obuhvata i ekonomske, intelektualne i religiozne elemente. Treći stupanj je stupanj vizionarskog otkrivanja, apokaliptičko otkrivanje nečega što ne postoji u istoriji. Četvrti, krajnji vid transcendentnosti utopije je mističan. Tu već i termin utopija nije primenjiv jer ispunjavanje takve „utopije“ isključuje sve konačne sadržaje. Prva dva stupnja transcendentnosti su prvenstveno društveno-političkog sadržaja, više realni, tako da utopija u njima ispoljava svoje pozitivne i negativne karakteristike. U trećem, a posebno u četvrtom stupnju, utopija se približava mističnoj negaciji same utopije. Zbog transcendentnosti koja prelazi u mističnost na utopiju se gleda kao na neistinu, poriče se njena plodotvornost i njena moć. Isticanjem mističnih karakteristika utopije, postiže se pasivnost u društvu, slabi revolucionarna akcija i dolazi do preovlađivanja reakcionarnog i konzervativnog mišljenja.

4. Zaključak

Povezivanje utopije i globalizacije na sistematski način ne nalazimo ni u domaćoj ni u stranoj literaturi. Stoga i naš pokušaj imenujemo „preludijumom“ u smislu uvodnog i kratkog. Pominjanje utopije u diskursu o globalizaciji ima na umu laičko shvatanje utopijskog kao nemogućeg, neostvarivog. „Najveći utopijski projekat, kako svih vremena tako i svih istorija, naziva se globalizacija. To što se od prije nekih trideset godina određuje kao globalizacija utopija je svih utopija“ (Jovanović, 2017, 97). Autor, međutim, ostaje na ovim „velikim“ rečima ne eksplicirajući svoj stav. Ili svedočanstvo Mandera da su vizije koje dočaravaju zagovornici globalizacije „nepogrešivo pozitivne, čak utopističke: globalizacija će biti lek za sve naše bolesti“ (Mander, 2003, 6). Sreli smo u literaturi o globalizaciji i pominjanje utopije ali u negativnom kontekstu. Tako, u uvodu četvrtog dela, maločas navedenog, zbornika „Globalizacija“, pod nazivom „Koraci prema ponovnoj lokalizaciji“, priređivači Dž. Mander i E. Goldsmit nalaze da je lokalna privreda „mnogo uspešniji pravac kretanja nego onaj koji se trenutno promovira, očigledno utopijski,

globalno centralizovan, ekspanzionistički model“. Ili: „Početna slika o globalizaciji kao izvoru svetskog mira i progresa izgubila se, ustupajući mesto nekim likovima „crnih utopija“ koji daleko prevazilaze i Orvelova mračna očekivanja“ (Kajtez, 2010, 154).

Kada se tematizuje odnos utopije i globalizacije treba, najpre, podsetiti na razliku utopijskog i utopističkog. Ovde ostavljamo po strani utopističko gde se utopija tretira kao prazna apstrakcija koja ne pripada postojećem. Utopijsko kao predlog, projekat koji je teško ostvariv, daje takav karakter i globalizaciji. Međutim, tu treba činiti razliku između sveošte globalizacije i one koja obuhvata samo pojedine oblasti. Globalizacija, pre svega sveopšta, tj. ona koja obuhvata sve entitete svih oblasti u kojima se pojavljuje – neostvariva je. Bar ne u skorije vreme u protivurečnosti sveta koji na raznim stranama potresaju secesije i ratovi. Međutim, niže stepene globalizacije i globalizaciju u užim oblastima moguće je ostvariti. Radi se o, napred rečenoj, razlici između systemske, odnosno sveobu hvatne i usmerene, parcijalne utopije. Drugo je pitanje koliko je to svrsishodno. Naime, postoji jedan nemali krug autora koji smatraju da globalizacija vodi u „čorsokak“ i da se treba okrenuti lokalnom. „Argumenti za promenu smernica – to jest za napuštanje globalne privrede u nastajanju u prilog lokalizovanoj, na zajednici zasnovanoj, veoma uraznoličenoj privredi – možda i jesu krajnje ubedljivi, ali takva promena očigledno nije u interesu multinacionalnih korporacija ili vlada koje ona dovodi na vlast“ (Norbeg-Hodž, 2003, 385).

Pokušaćemo da u par redova primenimo shvatanje o karakteristikama utopije na globalizaciju kao moguću utopiju. Što se pozitivnih karakteristika utopija tiče, videli smo da se one sastoje u istinitosti, plodotvornosti i snazi. Negativne su suprotne ovima: neistinost, neplodotvornost i nemoć. Ove opozitne karakteristike, pozitivne i negativne, mogu se uparivati i posmatrati zajedno a nije isklju čeno da utopija uopšte, pa i globalizacija kao utopija, sadrži i pozitivne i negativne karakteristike. Globalizacija je istinita utoliko što ispoljava ispunjenje čoveka kao ličnosti, jer čovek zahteva potporu, zaštitu koje mu nude organizacije različitog stepena opštosti. U krajnjoj liniji, čovek želi da bude građanin sveta. Međutim, globalizacija je u izvesnoj meri i neistinita, jer lažno sagledava čoveka, zaboravljajući na njegovu otuđenost. Ovo je jedna od težišnih tački kritičara globalizacije koji nalaze srećnu alternativu u lokalnom.

Globalizacija je nesumnjivo plodotvorna jer anticipira dalje mogućnosti svog razvoja. Ona je sva u naponu između prošlosti i budućnosti, njene želje su realno ostvarljive. Istinska globalizacija je daleko od fantastičnih utopija koje ne potvrđuju suštinske mogućnosti već sve preuveličavaju. Koliko je utopijska globalizacija moćna? Globalizacija je moćna, odnosno snažna utoliko što menja dato menjajući i svoje oblike.

Literatura

- Bloh, E. (1972). *Duh utopije*. Beograd: BIGZ
- Bloh, E. (1973). *Tibingenski uvod u filozofiju*. Beograd: Nolit
- Viarne, Ž., N. (1985). Utopija i autopija. *Književna kritika* 2/85. 131–150.
- Vuletić, V. (2006). *Globalizacija: aktuelne debate*. Zrenjanin: Gradska narodna biblioteka "Žarko Zrenjanin"
- Vuković, M. (2008). Globalizacija i ekologizam marginalizovanih društvenih grupa. *Izazovi i dometi savremene sociologije društvenog razvoja*. Filozofski fakultet u Nišu. 195–209.
- Gustavson, L. (1985). Utopije. *Književna kritika* 2/85. 108–131.
- Dabović, D. (2007). *Globalizacija praava. Usklađivanje prava u savremenom svetu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Javno preduzeće „Službeni glasnik“
- Dabović, D. (2008A). Usklađivanje prava u procesu globalizacije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1(LVI). 165–180.
- Dabović, D. (2008B). Harmonizacija prava u savremenom svetu. *Pravni život*. 14(VI)
- Doknić, B. (2004). *O utopiji*. Beograd: IGP Prometej
- Jovanović, B. (2017). *Razumijevanje globalizacije* www.maticacrnogorska.me/files/69/06%20bojan%20jovanovic.pdf
- Kajtez, I. (2010). Da li je globalizacija kriva za sve nesreće sadašnjeg sveta. *Godišnjak FB*. 151–172.
- Mander, Dž. (2003). Suočavanje sa nadolazećim talasom. U Dž. Mander i E. Goldsmit (Prir.), *Globalizacija* (str. 5–27). Beograd: Clio
- Manhajm, K. (1968). *Ideologija i utopija*. Beograd: Nolit
- Marks, K. (1948). *Kapital*. Beograd: Kultura

- Marks, K., Engels, F. (1950). *Izabrana dela II*. Beograd: Kultura
- Mor, Tomas. (1964). *Utopija. O najboljem uređenju države i o novom ostrvu Utopiji*. Beograd: Kultura
- Novaković, D. (2012). *Međunarodni odnosi i globalizacija*. Beograd: Zadužbina Andrejević
- Norbert-Hodž, H. (2003) Promena pravca. Od globalne zavisnosti ka lokalnoj međuzavisnosti. U Dž. Mander i E. Goldsmit (Prir.), *Globalizacija* (str. 385–404) Beograd: Clio
- Pečujlić, M. (2005). *Globalizacija: dva lika sveta*. Beograd: Gutenbergova galaksija
- Tilih, P. (1985). Kritika i opravdanje utopije. *Književna kritika* 2/85. 150–168.
- Renner, K. (1997) *Socijalna funkcija pravnih instituta*, Beograd: Plato
- Friedman, T. L. (2000). *The Lexus and the Olive Tree*. New York: Anchor Books

Suzana Medar, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

UTOPIAN PRELUDE TO A GENERAL GLOBALIZATION

Summary

From the outset of its development, human civilisation has witnessed different forms of social and political organization aimed at unifying people in respective societies. In general, they mutually differ in quantity and program commitments. At the international level, the subjects of globalization are states. However, globalization has its limitations in terms of failing to ensure the global development. This idea is embodied in the concept of utopia as an unrealized idea which is commonly perceived in modern theory as a philosophical, thought-driven and operationalised “flight” over the given reality. The utopian perception of the world is shattered, to a greater or lesser extent, by secession.

Keywords: *state, globalization, utopia.*

Dr Slobodanka Kovačević Perić,* Vanredni
profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet u
Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj
Mitrovici

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776155K

UDK: 331.644.7

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

RADNOPRAVNE POSLEDICE KRIVIČNOG DELA NA RADU (OPRAVDANOST OTKAZA)

Apstrakt: Zakonske odredbe o prestanku radnog odnosa imaju za cilj da položaj zaposlenih postave što stabilnije i čvršće, da im obezbede postojanost u radnim odnosima kako bi na taj način nesmetano uživali svoje pravo na rad, a sa druge strane, zaštita radnog odnosa i potreba stabilnosti zaposlenja ne sme urušiti legitimne interese poslodavca bazirane na „nepovredivosti“ privatne svojine. Izmenama i dopunama Zakona o radu 2014. godine, srpsko radnopravno zakonodavstvo krenulo je u drugom smeru – ka tendencijama koje destabilizuju položaj zaposlenih u radnom odnosu i daju „veću slobodu“ poslodavcu kod otkazivanja ugovora o radu.

Autor u radu analizira posledice krivičnog dela na radu kroz stavove pro et contra. Naime, u smislu odredbe člana 179, stav 3, tač. 5 Zakona o radu, poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom koji ne poštuje radnu disciplinu ako njegovo ponašanje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela učinjenog na radu i u vezi sa radom, nezavisno od toga da li je protiv zaposlenog pokrenut krivični postupak za krivično delo (čl. 179, st. 3, tač. 5). Autor zastupa stav da je takva odredba nesaglasna sa idejom vladavine prava, zakonitosti, pravne sigurnosti i drugim vrednostima ljudskih prava oličenim i u principu „presumpcije nevinosti“.

Ključne reči: krivično delo na radu, krivični postupak, otkaz.

*slobodanka.peric@pr.ac.rs

1. Uvod

Kada se razmatraju radnopravne posledice krivičnog dela koje je učinjeno na radu ili u vezi sa radom, nezavisnost i samostalnost disciplinske odgovornosti prema krivičnoj odgovornosti, kumulativnost i komplementarnost postupaka je osnovno polazište i primarni aspekt. Iz povrede radne obaveze i nepoštovanja propisane radne discipline, proističu, pored disciplinske, i druge vrste odgovornosti (pravne i vanpravne). One se mogu preplitati ili dodirivati. Pritom, svaki oblik odgovornosti ima svoj osnov, svoju svrhu i postupak odlučivanja o istoj, jer je za svako kažnjivo delo opštim propisima utvrđeno biće tog dela. Sledstveno tome, u slučaju da radnja povrede radne obaveze predstavlja i obeležje nekog kažnjivog dela npr., štete, krivičnog dela, prekršaja, privrednog prestupa, zaposleni će odgovarati kumulativno (paralelno)- i disciplinski i za pričinjenu štetu, i krivično, i prekršajno, i za privredni prestup. Kada se analizira odnos odgovornosti za učinjeno disciplinsko i krivično delo, i u smislu precedenta ove dve vrste odgovornosti su nezavisne pravne odgovornosti, pa odustanak javnog tužioca od gonjenja nema značaj za validnost odluke o izrečenoj disciplinskoj meri za radnju zbog koje je bio pokrenut i krivični postupak.¹

Sa aspekta radnopravnih posledica, krivično delo na radu ili u vezi sa radom je samo jedan od opravdanih (valjanih) razloga predviđenih zakonom, koji dovodi ili može da dovede do otkaza, odnosno do prestanka radnog odnosa.

2. Krivično delo na radu kao opravdan otkazni razlog: osobenosti

Da bi otkaz ugovora o radu bio zakonit potrebno je da postoji opravdan razlog (valjani razlog)² za otkaz. Slučajevi kada se otkazni razlog smatra opravdanim taksativno su propisani Zakonom o radu.³ To znači da poslodavac može da otkáže ugovor o radu *samo u slučajevima i pod uslovima*

1 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4532/1993 od 09. 03. 1994. godine.

2 Zakonski oslonac za razlikovanje „opravdanog otkaza“ od „neopravdanog otkaza“ je Konvencija MOR-a, br.158. o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca iz 1982. godine, „Sl. list SFRJ“, br. 4/84. Shodno članu 4. Konvencije opravdanost otkaza uslovljena je postojanjem valjanog razloga vezanog: a) za sposobnost zaposlenog; ili b) za ponašanje zaposlenog; ili v) za operativne potrebe preduzeća, ustanove ili slu žbe, pri čemu su neka lična stanja, svojstva ili ponašanja zaposlenog unapred isklju čena kao valjan razlog za raskidanje radnog odnosa na inicijativu poslodavca.

3 Čl. 179. Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 75/14

utvrđenim zakonom. Zakonske odredbe o mehanizmu otkaza ugovora o radu na inicijativu poslodavca imaju za cilj da položaj zaposlenog postave što stabilnije i čvršće, da im obezbede postojanost u radnim odnosima, a sa druge strane zaštita zaposlenja ne sme urušiti legitimne interese poslodavca bazirane na „nepovredivosti“ privatne svojine. Takva normativna opredeljenost posledica je ekonomske i pravne subordinacije zaposlenih u radnom odnosu. Iz tog razloga, pravni poredak je u domenu ljudskih prava na radu sklon da pruža nešto jaču zaštitu radniku u radnom odnosu u odnosu na poslodavca, sa pozivom na *favor laborem*. Stoga se mehanizam raskida ugovora o radu na inicijativu poslodavca i ograničenje normativne i disciplinske vlasti poslodavca u radnom odnosu mora posmatrati sa aspekta zaštite zaposlenja, koja proističe iz stabilnosti zaposlenja kao aspekta načela prava na rad.

Izmenama i dopunama Zakona o radu 2014. godine⁴ srpsko radnopravno zakonodavstvo krenulo je u drugom smeru – ka tendencijama koje destabilizuju položaj zaposlenih u radnom odnosu i daju veću „slobodu“ poslodavcu kod otkazivanja ugovora o radu. Takav smisao i domašaj radnopravnih normi daje jednu novu dimenziju radnopravnim normama, koje poprimaju više „merkantilistički pristup“, nasuprot istorijskim korenima radnog prava kao zaštitnog zakonodavstva.

Krivično delo na radu ili u vezi sa radom kao otkazni razlog nije novina u našoj radnopravnoj regulativi. Na istovetan način su i Zakon o radu iz 2005. godine⁵ i Zakon o radu iz 2001. godine⁶ propisivali da poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu ako za to postoji opravdani razlog koji se odnosi na radnu sposobnost zaposlenog, njegovo ponašanje i potrebe poslodavca. Jedan od opravdanih razloga, predviđen ovom regulativom, jeste krivično delo na radu ili u vezi sa radom.

U istom maniru su i odredbe Zakona o radu iz 2014. godine. Krivično delo učinjeno na radu ili u vezi sa radom je, shodno članu 179 Zakona, opravdan otkazni razlog u dva segmenta/aspekta: (a) kao opravdani razlog koji se odnosi na ponašanje zaposlenog, i (b) kao opravdani razlog koji se odnosi na nepoštovanje radne discipline.

a) U prvom slučaju, poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu ako je *pravnosnažno osuđen za krivično delo* na radu ili u vezi sa radom.⁷

4 *Sl. glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14

5 Čl. 179, st. 1, tač. 4 Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/05, 61/05

6 Čl. 101, st. 1, tač. 5 Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 70/01, 73/01

7 Čl. 179, st. 1, tač. 2

b) U drugom slu čaju, poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu ako njegovo *ponašanje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela* u činjenog na radu i u vezi sa radom, *nezavisno* od toga *da li je protiv zaposlenog pokrenut krivični postupak* za krivično delo.⁸ Dakle, krivično delo kao osnov za otkaz javlja se u slučaju kada postoji pravnosnažna osuđujuća presuda kojom je utvrđena krivica za krivično delo i/ili kada postoji samo radnja krivičnog dela, bez obzira da li je pokrenut krivični postupak za utvrđivanje istog.

2.1. Pravnosnažna sudska presuda za učinjeno krivično delo kao otkazni razlog

Zaposleni je kriv za učinjeno krivično delo ukoliko je krivica utvrđena pravnosnažnom sudskom presudom. Poslodavac, saglasno zakonu, može zaposlenom da otkáže ugovor o radu ako je *pravnosnažno osuđen za krivično delo* na radu ili u vezi sa radom.⁹ Sa aspekta disciplinske odgovornosti, da bi učinjeno krivično delo bilo opravdan razlog da poslodavac otkáže ugovor o radu zaposlenom uslovi su: (1) da je krivično delo učinjeno od strane zaposlenog (da postoji krivica zaposlenog), i (2) da je to delo utvrđeno propisima u oblasti krivičnog zakonodavstva. Prvi uslov *krivica* zaposlenog za učinjeno krivično delo utvrđuje se prema propisima u oblasti krivičnog zakonodavstva, odnosno u krivičnom postupku pred nadležnim sudskim organima. Time se potvrđuje nezavisnost i samostalnost disciplinskog od krivičnog postupka, o čemu je bilo reči u uvodnom delu. Drugi uslov koji mora da se ispuni da bi krivično delo predstavljalo osnov za otkaz ugovora o radu od strane poslodavca jeste da je to delo utvrđeno kao kažnjivo delo prema pravnim propisima u oblasti krivičnog zakonodavstva. Krivični zakonik Srbije¹⁰ predviđa krivična dela kojima se štiti oblast radnih odnosa kao i odnosi na radu i povodom rada u okviru Glave XVI. Glava šesnaest Krivičnog zakonika nosi naslov „Krivična dela protiv prava po osnovu rada“ u kojoj se kao krivična dela navode: Povreda prava po osnovu rada i prava iz socijalnog osiguranja; Povreda prava pri zapošljavanju i za vreme nezaposlenosti; Povreda prava na upravljanje; Povreda prava na štrajk; Zloupotreba prava na štrajk; Zloupotreba prava iz socijalnog osiguranja; Nepreduzimanje mera zaštite na radu.¹¹ Pored propisanih krivičnih dela

8 Čl. 179, st. 3, tač. 5

9 Čl. 179, st. 1, tač. 2

10 *Sl. glasnik RS*, br. 85/05, 88/05-ispr., 107/05-ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14

11 Čl. 163–169 Krivičnog zakonika Srbije

Koja se eksplicitno odnose na oblast radnih odnosa i druga krivična dela mogu da uslove disciplinsku odgovornost (krađa, falsifikovanje, lišenje života, obljuba zloupotrebom položaja i dr.). Iz navedenog proističe da poslodavac ne može da kvalifikuje određenu radnju kao krivično delo na radu ili u vezi sa radom – to je isključiva nadležnost krivičnog suda, a ne parničnog suda u parničnom postupku ocene zakonitosti otkaza, pošto postojanje krivičnog dela ne predstavlja prethodno pitanje koje sud rešava u postupku po tužbi za poništaj otkaza ugovora o radu zbog krivičnog dela na radu ili u vezi sa radom.¹² Ova odrednica u skladu je sa načelom presumpcije nevinosti u postupku utvrđivanja krivične odgovornosti.

Na osnovu pravnosnažne presude kojom je utvrđena krivica zaposlenog za učinjeno krivično delo na radu, poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom. Iz navedne odredbe Zakona o radu¹³ jasno proističe da pravne posledice osude za u činjeno krivično delo ne izriče sud odlukom o krivičnoj odgovornosti zaposlenog, već poslodavac na osnovu zakona. Može se zaključiti da izvršenje krivičnog dela *može da ima za posledicu* prestanak radnog odnosa, tj. otkaz ugovora o radu, samo ako poslodavac zaposlenom otkáže ugovor o radu, dakle i ne mora. To je još jedan segment koji ukazuje na nezavisnost i samostalnost disciplinskog od krivičnog postupka. Međutim, iako je na nivou *lex specialis* propisano da se kazne i mere upozorenja mogu izreći samo učiniocu koji je kriv za učinjeno krivično delo,¹⁴ i da pravne posledice osude nastupaju danom pravnosnažnosti presude,¹⁵ Zakon o radu predviđa i drugu mogućnost – otkaz zbog ponašanja koje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela.

2.2. Radnja izvršenja krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom kao opravdani otkazni razlog

Radnju izvršenja krivičnog dela zakonodavac predviđa kao opravdani otkazni razlog koji se odnosi na nepoštovanje radne discipline.¹⁶ U smislu Zakona o radu nepoštovanje radne discipline je opravdan otkazni

12 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. II 383/06 od 11. 11. 2005. godine

13 Čl. 179, st. 1, tač. 2

14 Čl. 2 KZS

15 Čl. 96 KZS

16 Prema Zakonu o radu poslodavac *može da otkáže ugovor o radu* zaposlenom koji *ne poštuje radnu disciplinu*, čl 179, st. 3.

razlog zbog koga se može otkazati ugovor o radu ili izreći „druga zakonom predviđena mera“.¹⁷

Radna disciplina, odnosno disciplina ponašanja na radu i van rada ja sastavni deo izvršavanja radne obaveze koju je radnik preuzeo zaključenjem ugovora o radu. Šta se smatra „nepoštovanjem radne discipline“, odnosno, pod „ponašanjem zaposlenog zbog koga on ne može da nastavi rad kod poslodavca“, treba da definiše poslodavac svojim aktom – opštim aktom ili ugovorom o radu. Da bi poslodavac mogao da izrekne otkaz ugovora o radu zaposlenom koji ne poštuje radne discipline, potrebno je da se ispune dva uslova, to su: (1) da je aktom poslodavca *propisano* šta se *smatra nepoštovanjem radne discipline*, odnosno propisano ponašanje zaposlenog; (2) da je došlo do *povrede* tako utvrđene radne discipline, odnosno do povrede takvog ponašanja. Iz navedenog proističe da poslodavac *ne može da otkáže ugovor o radu* po osnovu nepoštovanja radne discipline, odnosno ponašanja zaposlenog, *ukoliko ne donese akt kojim propisuje pravila ponašanja*.¹⁸ Isto je i u smislu sudske prakse, „nezakonito je rešenje o otkazu ugovora o radu zbog nepoštovanja radne discipline ako u njegovom obrazloženju poslodavac nije naveo radnju nepoštovanja radne discipline, ponašanje zaposlenog zbog koga ne može da nastavi rad i način povrede radne discipline“.¹⁹

Nasuprot pravnoj situaciji, gde je opravdanost otkaza uslovljena pravnosnažnom presudom za krivično delo na radu ili u vezi sa radom, Zakon o radu propisuje mogućnost da poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom koji ne poštuje radnu disciplinu ako njegovo ponašanje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela u činjenog na radu i u vezi sa radom, nezavisno od toga da li je protiv zaposlenog pokrenut

17 U smislu odredbe člana 179a Zakona o radu, poslodavac može, ako smatra da postoje olakšavajuće okolnosti ili da povreda radne obaveze, odnosno nepoštovanje radne discipline, nije takve prirode da zaposlenom treba da prestane radni odnos, da umesto otkaza ugovora o radu, zaposlenom izrekne jednu od sledećih mera: 1) privremeno udaljenje sa rada bez naknade zarade, u trajanju od jednog do 15 radnih dana; 2) novčanu kaznu u visini do 20% osnovne zarade zaposlenog za mesec u kome je novčana kazna izrečena, u trajanju do tri meseca, koja se izvršava obustavom od zarade, na osnovu rešenja poslodavca o izrečenoj meri; 3) opomeni sa najavom otkaza u kojoj se navodi da će poslodavac zaposlenom otkazati ugovor o radu bez ponovnog upozorenja, ako u narednom roku od šest meseci u čini istu povredu radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline.

18 Mišljenje Ministarstva rada, zapošljavanja i socijalne politike, broj: 011-00- 946/2006-02 od 26. 09. 2006. godine.

19 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1712/2005 od 08. 02. 2006. godine

krivični postupak za krivično delo.²⁰ U ovom slučaju, za otkaz ugovora o radu zaposlenom *dovoljno je da ponašanje zaposlenog predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela – nije potrebno da je pokrenut krivični postupak* za krivično delo.²¹ Nejasno je da li poslodavac automatski otkazuje radni odnos ako u radnji povrede ima obeležja krivičnog dela, s obzirom da za otkaz nije potrebno da je pokrenut krivični postupak za u činjeno krivično delo ili može da otkáže ugovor o radu ako je započeto krivično gonjenje za radnju krivično delo. Premda, u smislu odredbe člana 165 Zakona o radu kojom je regulisan institut udaljenja zaposlenog, zaposleni može biti privremeno udaljen sa rada ako je protiv njega započeto krivično gonjenje u skladu sa zakonom zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom. Dakle, zaposleni može ili da dobije otkaz zbog postojanja radnje krivičnog dela ili može da bude udaljen sa rada ako je započeto krivično gonjenje. Takve normativne odrednice dodatno čine kontradiktornim ove dve pravne situacije, pre svega sa aspekta pravnih posledica na radni odnos. Naime, ove radnopravne norme imaju nesrazmerne (i nelogične) posledice, sagledano kroz prizmu krivičnog zakonodavstva. Radnja izvršenja krivičnog dela na radu ima teže radnopravne posledice (dovodi do otkaza) od započetog krivičnog gonjenja, dakle kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo (dovodi do udaljenja u smislu člana 165 Zakona o radu). Da pojasnimo, shodno Zakoniku o krivičnom postupku²², „pokretanje krivičnog postupka“ i „započeto krivično gonjenje“ su dve odvojene proceduralne faze. *Krivični postupak je pokrenut*: (1) donošenjem naredbe o sprovođenju istrage; (2) potvrđivanjem optužnice kojoj nije prethodila istraga; (3) donošenjem rešenja o određivanju pritvora pre podnošenja optužnog predloga u skraćenom postupku; (4) određivanjem glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije u skraćenom postupku; (5) određivanjem glavnog pretresa u postupku za izricanje mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja. *Krivično gonjenje započinje*: (1) prvom radnjom javnog tužioca, ili ovlašćenih službenih lica policije na osnovu zahteva javnog tužioca, preduzetom u skladu sa ovim zakonikom radi provere osnova sumnje da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilo krivično delo; (2) podnošenjem privatne tužbe.

Određenu dozu proizvoljnosti dalje stvara i sama konotacija odredbe člana 179, st. 3 u kojoj se navodi da „poslodavac može da otkáže ugovor

20 V. član 179, st. 3, tač. 5 Zakona o radu

21 Čl. 179, st. 3, tač. 5 Zakona o radu

22 Čl. 7 Zakonika o krivičnom postupku. *Sl. glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 i 45/13

o radu“. Dakle, poslodavac može ali i ne mora da otkáže ugovor o radu. Osnovano se može zaključiti da ovaj otkazni razlog postoji u zavisnosti od *bona fides* poslodavca. Nesporno je, shodno zakonu, da poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom ukoliko zaposleni učini krivično delo na radu ili u vezi sa radom. Međutim, u praksi može da bude sporno kvalifikovanje radnje kojom zaposleni narušavajući radnu disciplinu ujedno čini krivično delo na radu ili u vezi sa radom, s obzirom na to da se za otkaz ugovora o radu ne zahteva da je pokrenut krivični postupak u cilju utvrđivanja postojanja bića krivičnog dela, tj. ne zahteva se utvrđena krivica zaposlenog za krivično delo u činjeno na radu ili u vezi sa radom, već je otkaz opravdan ukoliko njegovo *ponašanje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela* – pretpostavljena, hipotetička odgovornost.

Da li radnja nediscipline predstavlja i radnju izvršenja krivičnog dela utvrđuje poslodavac,²³ a ne sud pravnosnažnom presudom. Time se poslodavcu daju nadležnosti koje su, shodno Zakoniku o krivičnom postupku, deo tužilačke funkcije (javnog i privatnog tužioca) što doprinosi da jedan zakonom propisan postupak dobije attribute inkvizitornosti i arbitrarnosti. U smislu odredbe Zakonika,²⁴ ovlašćeni tužilac kao subjekt koji ima ingerenciju za preduzimanje i početak krivičnog gonjenja za krivična dela za koja se goni po službenoj dužnosti je javni tužilac, a za krivična dela za koja se goni po privatnoj tužbi ovlašćeni tužilac je privatni tužilac. Javni tužilac je dužan da preduzme krivično gonjenje kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilo krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti. Za pojedina krivična dela, kada je to propisano zakonom, javni tužilac može preduzeti krivično gonjenje samo na osnovu predloga oštećenog.²⁵

3. Sudska praksa i mišljenja struke – pro et contra

„Poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom koji ne poštuje radnu disciplinu, ako njegovo ponašanje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela učinjenog na radu i u vezi sa radom, nezavisno od toga da li je protiv zaposlenog pokrenut krivični postupak za krivično delo“ – o pravnom osnovu ove odredbe y teoriji i praksi postoje stavovi *pro et contra*.

23 U smislu člana 175, st. 3, tač. 5 Zakona o radu

24 V. član 5 Zakonika o krivičnom postupku

25 Čl. 6 Zakonika o krivičnom postupku

Sa stanovišta sudske prakse – krivično delo je osnov za otkaz ugovora o radu zaposlenom samo ukoliko je krivica utvrđena osuđujućom pravnosnažnom presudom. Vrhovni kasacioni sud Srbije je u presudi iz 2005. godine zauzeo pravni stav shodno kojem je „pravnosnažna osuđujuća presuda uslov za otkaz ugovora o radu zaposlenom zbog učinjenog krivičnog dela na radu ili u vezi sa radom“.²⁶

Nasuprot tome, pojedini autori podržavaju stav da pravnosnažna osuđujuća presuda ne mora da bude uslov za otkaz kada je u pitanju krivično delo na radu ili u vezi sa radom. Argument za takvo opredeljenje temelje na shvatanju da poslodavac ne koristi ovaj otkazni razlog „radi utvrđivanja da li je zaposleni krivično odgovoran za učinjeno krivično delo, da bi se njemu izrekla odgovarajuća krivična sankcija, već je to u funkciji odgovora na pitanje: da li je ostvarena materijalna pretpostavka od koje zavisi i pravo na upotrebu otkaza od strane poslodavca. Shodno tome, mišljenje je ovih autora, „zašto bi zaposleni koji je izvršio radnje koje sadrže elemente krivičnog dela na radu ili u vezi sa radom bio nagrađen zadržavanjem u radnom odnosu do krivične presude donete u krivičnom postupku, a do tog postupka i ne mora doći“ (Ivošević, Ivošević, 2006: 366).²⁷ Sličan stav i dalje zastupaju Z. Ivošević i M. Ivošević, konstatujući da „ovaj otkazni razlog ne treba shvatiti u smislu odgovornosti za učinjeno krivično delo nego u smislu izvršenja radnje krivičnog dela. Odgovornost za učinjeno krivično delo utvrđuje sud, pa to nije posao onog ko odlučuje o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa. Ali, onaj ko o tome odlučuje može utvrđivati da li određeni otkazni razlog postoji ili ne postoji. Ako je radnja bilo kog krivičnog dela predviđena kao otkazni razlog, onda će nadležni organ poslodavca ili sam poslodavac moći da ispituje da li u činjenju ili nečinjenju zaposlenog ima elemenata koji obrazuju biće krivičnog dela, pa ako nađe da tih elemenata ima, onda će doneti rešenje o otkazu ugovora o radu zbog nepoštovanja radne discipline, a ne zbog učinjenog krivičnog dela“ (Ivošević, Ivošević, 2015: 411–412).

Uvažavajući stavove „za“ i „protiv“ navedene odredbe, mišljenja smo da je ovo svojevrsan pravni *nonsense* i jedna od najspornijih odredbi u

26 *Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije*, utvrđeno na sednici od 30. 11. 2004. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 1/2005, str. 35.

27 O tome više: Z. Ivošević i M. Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 366–367; B. Živković, *Krivično delo na radu ili u vezi sa radom kao razlog za otkaz ugovora o radu*, Pravna praksa, br. 5/2006, str. 36–40; D. Hadži Tančić, *Krivično delo na radu ili u vezi sa radom*, Radno i socijalno pravo, Časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava XIII, Beograd, br. 1/2009, str. 183–186.

radnopravnoj regulativi, jer uvodi sankciju za „hipotetičku – nedokazanu krivicu“ (mišljenje autora: S. P). Pre svega jer protivureči ustavnosti, zakonitosti, ljudskim pravima, pravnoj sigurnosti – vladavini prava. Mora se naglasiti, da se krivični postupak kao i ostali postupci za utvrđivanje odgovornosti zasniva na određenim načelima, principima, rukovodnim idejama. To su zahtevi vladavine prava. Vladavina prava podrazumeva, između ostalog, i odgovarajući pravni postupak (*due process of law*), odnosno postojanje pravila o nepristrasnom i pravičnom postupku, uz istovremena jamstva pravne sigurnosti i individualne slobode. Sa tog gledišta sporna je priroda kvalifikovanja kažnjivog dela za otkaz zaposlenom, odnosno pravo poslodavca da utvrđuje postojanje obeležja krivičnog dela u radnji povrede radne obaveze. Za otkaz ugovora o radu dovoljno je da u povredi radne obaveze postoji obeležje krivičnog dela, što automatski daje opravdan osnov poslodavcu da otkáže ugovor o radu zaposlenom. Nije potrebno utvrditi krivicu u sudskom postupku, što je suprotno načelu presumpcije nevinosti, prava na odbranu i nezavisnosti disciplinskog i krivičnog postupka. Suština pretpostavke nevinosti, kao jedne od značajnijih tekovina pravne države i demokratskog društva, najčešće se izražava pravilom da se svako smatra nevinim, i da ga niko ne može smatrati krivim, dok se pravnosnažnom sudskom odlukom od strane nadležnog suda ne utvrdi njegova krivica (Krapac, 2010: 388). Presumpcija – pretpostavka nevinosti, kao jedno od fundamentalnih ljudskih prava, sadržano je u najvažnijim međunarodnim i domaćim dokumentima: u čl. 11 Opšte deklaracije o pravima čoveka iz 1948. godine; čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima iz 1950. godine;²⁸ Povelja o osnovnim pravima u EU iz 2000. godine, Glava 6, naslovljena „Pravda“, čl. 48. nosi naslov „Pretpostavka nevinosti i pravo na odbranu“; čl. 34, st. 3 Ustav Republike Srbije²⁹ i čl. 3 Zakonika o krivičnom postupku³⁰ propisuju: „Svako se smatra nevinim za krivično delo, dok se njegova krivica ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda“. Nasuprot tome, sa aspekta odredbe člana 179, st. 3, tač. 5 Zakona o radu, zaposleni se smatra krivim dok se ne dokaže suprotno.

28 Čl. 6, st. 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003. Shodno ovoj odredbi: „Svako ima pravo da se pravično i javno u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona, odluči o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega [...]. Svako ko je optužen za krivično delo smatraće se nevinim dok se ne dokaže da je kriv na osnovu zakona“.

29 Ustav Republike Srbije. *Sl. glasnik RS*, br. 98/06.

30 Sentenca preuzeta: *Presuda Vrhovnog kasacionog suda*, Rev 2. 700/2013 od 11. 12. 2013. godine.

Sadržinu pretpostavke nevinosti definisao je Evropski sud za ljudska prava, u sopstvenoj jurisprudenciji. Prema stavu Suda, ona involvira sledeće: postupanje bez predrasuda i predubeđenja o krivici okrivljenog, pravilo da teret dokazivanja leži na tužiocu i da rizik nedokazanosti (sumnja u postojanje odlučnih činjenica) mora ići u korist nastojanja za humanizacijom položaja okrivljenog u krivičnom postupku, u odnosu na nekadašnji inkvizicioni postupak. Kako je pretpostavka nevinosti u tesnoj vezi sa opštim postulatom pravičnosti, ona je jedan od standarda koji skupa tvore pravo na pravično suđenje (Ilić, 2012: 571). Pretpostavka nevinosti predstavlja oborivu pravnu presumpciju, s obzirom na to da važi apriori, pre i u toku vođenja krivičnog postupka, dok se suprotno ne utvrdi, pravnosnažnom osuđujućom presudom (Ilić, 2012: 574). Pored toga, ovaj pravni standard predstavlja značajnu procesnu garanciju okrivljenom, kojom se jemči zaštita ličnosti u krivičnom postupku, otklanjaju predrasude prema okrivljenom i kojom se omogućava (makar formalna) ravnopravnost okrivljenog u sporu sa tužiocem (Ilić, 2012: 574).

Ne ulazeći u dalju polemiku u pogledu opravdanosti stavova *pro et contra*, u pravnom smislu posmatrano jedno je nesporno, ako bi se rešenje o sprovođenju istrage, optužnica ili nepravosnažna presuda verifikovali kao dokaz da je u činjeno krivično delo, u činila bi se povreda presumpcije nevinosti. Takođe, ne može se prenebregnuti činjenica da bi se ovom odredbom poslodavcu dale prerogative koje su isključivo rezervisane za istražnu i sudsku nadležnost. Kada se ove nadležnosti pridodaju ostalim nadležnostima poslodavca u radnom odnosu (normativna, upravljačka, disciplinska), *de facto* to može da dovede do arbitrarnosti, samovolje poslodavca što će stvoriti klimu pravne nesigurnosti, jer će utvrđivanje radnje krivičnog dela u povredi radne obaveze da zavisi od *bona fides* poslodavca.

O ustavnosti ove odredbe oglasio se Ustavni sud. U predmetima ocene ustavnosti zakona Ustavni sud je na 20. sednici, održanoj 17. novembra 2016. godine, utvrdio da odredba člana 179, stav 3, tačka 5 Zakona o radu, koja predviđa da „poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom koji ne poštuje radnu disciplinu, i to: ako njegovo ponašanje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela učinjenog na radu i u vezi sa radom, nezavisno od toga da li je protiv zaposlenog pokrenut krivični postupak za krivično delo“, nije u saglasnosti sa Ustavom Republike Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 98/06).³¹

³¹ Presuda Ustavnog suda: IUz-424/2014, na 20. sednici održanoj 17. novembra 2016. godine.

4. Zaključna razmatranja

„Poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom koji ne poštuje radnu disciplinu ako njegovo ponašanje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela učinjenog na radu i u vezi sa radom, nezavisno od toga da li je protiv zaposlenog pokrenut krivični postupak za krivično delo“. Ova odredba predstavlja jednu od najspornijih u našoj radnopravnoj regulativi, pre svega jer protivreči ustavnosti, zakonitosti, pravnoj sigurnosti, ljudskim pravima, individualnim slobodama – vladavini prava. Ukoliko bi se otkaz bazirao na takvim osnovama, to bi značilo inkvizitornost postupka otkaza jer se poslodavcu daju sudijske – tužilačke prerogative. To bi vodilo u arbitrarnost postupka otkaza, jer od volje poslodavca zavisi da li će zaposlenom dati otkaz ukoliko postoji radnja povrede. Takvo selektivno postupanje prema odgovornosti zaposlenih otvara pitanje diskriminacije; zatim, odgovornost za pretpostavljenu krivicu za krivično delo, pre nego što se pravnosnažno odluči o nečijoj odgovornosti, devalvira princip presumpcije nevinosti i prava na odbranu – postaju oborive pravne pretpostavke. Dalje, navedene odredbe postavljaju svojevrstu „virtuelnu disciplinsku odgovornost“, njima se daju veća diskreciona prava poslodavcu kod otpuštanja zaposlenih – otkaz čine fleksibilnijim, nasuprot međunarodnoj regulativi. Napušta se princip *in dubio pro laboris* (u sumnji blaže po radnika), što dodatno destabilizuje položaj zaposlenog u radnom odnosu. Može se reći da su univerzalna ljudska prava potisnuta pred ekonomskim interesima poslodavca. Ovakav smisao i domašaj radnopravnih normi kojim se ekonomski segment stavlja ispred prava na rad, uvodi nas u *merkantilistički pristup radnom pravu* [Kovačević Perić, 2016: 651].

Postojanje obeležja krivičnog dela u radnji povrede radne obaveze na radu ili u vezi sa radom, bez obzira da li je pokrenut krivični postupak, nije opravdan osnov za otkaz, što je potvrdio i Ustavni sud, ocenivši ovu odredbu neustavnom.

Literatura

Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Republike Srbije, br. 1/2005. Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 9 (2003).

Živković, B. [2016]. Krivično delo na radu ili u vezi sa radom kao razlog za otkaz ugovora o radu, *Pravna praksa*, br. 5. 36–40.

Zakon o radu. *Službeni glasnik RS*. Br. 75 (2014).

Zakon o radu. *Službeni glasnik RS*. Br. 24 (2005), 61 (2005).

Zakon o radu. *Službeni glasnik RS*. Br. 70 (2001), 73 (2001).

Zakonik o krivičnom postupku. *Službeni glasnik RS*. Br. 72 (2011), 101 (2011), 121 (2012), 32 (2013) i 45 (2013).

Ivošević, Z., Ivošević, M. [2006]. *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd.

Ivošević, Z., Ivošević, M., [2015]. *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd.

Ilić, I. [2012]. Pretpostavka nevinosti okrivljenog i pravo na javno informisanje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. LXI. 571–586.

Kovačević Perić, S. [2016]. Otkaz od strane poslodavca. *Pravo i privreda*. br. 4–6. 641–651.

Krapac, D. [2010]. *Kazneno procesno pravo*, prva knjiga: Institucije, Zagreb, 2010.

Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 98 (2006).

Presuda Ustavnog suda IUz-424/2014, na 20. sednici održanoj 17. novembra 2016. godine.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 2. 700/2013 od 11. 12. 2013. godine.

Hadži Tančić, D. [2009]. *Krivično delo na radu ili u vezi sa radom*, Radno i socijalno pravo. XIII, br. 1. 183–186.

Slobodanka Kovačević-Perić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,

University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)

**LABOUR AND EMPLOYMENT LAW IMPLICATIONS OF A CRIMINAL
OFFENCE AT WORK: JUSTIFICATION FOR DISMISSAL**

Summary

Legal provisions on the termination of employment are intended to ensure a stable and strong position of employees, and to provide stability in labour relations in order to enable workers to freely exercise their right to work. On the other hand, the protection of employment must not undermine a legitimate interest of employers based on the “inviolability” of private property. The changes and amendments envisaged in the 2014 Labour Act brought about a change of direction in the Serbian labour legislation which is embodied in the tendencies that destabilize the position of employees and provide greater “freedom” to the employer in respect of termination of an employment contract.

In this paper, the author analyzes the consequences of a criminal offense committed at work, by presenting both pro and contra arguments on this issue. Specifically, pursuant to Article 179 Labour Act, an employer may terminate the employment contract of employees who do not respect the work discipline if their behavior represents an act of committing a criminal offense at work and/or related to work, regardless of whether an employee is prosecuted for a criminal offense (Article 179, paragraph 3, item 5 LA). The author argues that such a provision is incompatible with the principles of legality, the rule of law, legal certainty and other values associated with human rights, which are embodied in the principle of the “presumption of innocence”.

Keywords: *criminal offense at work, criminal proceedings, dismissal.*

UDK: 342.7-055.2:32

Rad primljen: 01.10.2017.

Rad prihvaćen: 30.11.2017.

**KONVENCIJA O ELIMINACIJI SVIH OBLIKA
DISKRIMINACIJE ŽENA I NJENA ULOGA U
ARTIKULACIJI KONCEPTA DISKRIMINACIJE I
AFIRMACIJI POLITIČKIH PRAVA ŽENA****

Apstrakt: U radu analiziramo ulogu i domete Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena i uticaja Konvencije na prepoznavanje i artikulaciju razvoja političkih prava žena i njihovog društvenog značaja. Eliminisanje diskriminacije žena u politici, kao proces izgradnje demokratskog i humanog društva, utemeljeno je, na institucionalnom nivou, kroz proces rada međunarodnih organizacija, gde su se formirali i definisali međunarodni pravni standardi iz oblasti političkih prava žena. Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena nastala je kroz dugi proces razmatranja, tumačenja, definisanja i jačanja legislativnog okvira regulisanja diskriminacije žena na međunarodnom nivou i ona je široko prihvaćeni međunarodni, obavezujući, dokument kojim se artikulišu i brane prava žena, princip na nediskriminaciju i ravnopravnost muškaraca i žena u društvenoj zajednici. Rad smo strukturisali u odnosu na dva centralna pitanja. Jedno obuhvata i bavi se konceptom diskriminacije žena, a drugo pitanje se odnosi na poseban problem diskriminacije žena u političkom životu, odnosno, na način ostvarivanja političkih prava žena. Naš zadatak je bio da pokažemo kako su ova pitanja utemeljena u Konvenciji o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena i da li je ova konvencija „još jedan neispunjeni dogovor“.

Ključne reči: Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, diskriminacija žena, žene u politici, politička prava žena.

* natalija1954@gmail.com

** Članak dr Natalije Žunić rezultat je rada na projektu br. 179046: «Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru», koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. Uvod

Opšte pravo glasa bilo je dugo privilegija muškaraca, i kada u istorijskom okviru razmatramo evoluciju prava glasa jasno se uočava kako i koliko dugo su žene bile isključene iz političkog građanstva. Moralo je da prođe mnogo vremena da žene dobiju politička prava, kako bi postale punopravne građanke. Od pravne, de jure ravnopravnosti, do faktičke političke ravnopravnosti muškaraca i žena protekao je dug istorijski period. Ženske kampanje za učestvovanje žena u javnom i političkom životu počinju od XIX veka, idu duž celog XX veka i traju do danas. Između ostalog, one su u funkciji idejne i strateške podrške radu međunarodnih institucija u definisanju standarda o političkom reprezentovanju žena i učešću žena u javnim poslovima.

„Period od Francuske revolucije do Drugog svetskog rata bio je mračno doba koncepta ljudskih prava“ (Freeman, 2011: 37). Međunarodna zajednica se posle civilizacijske kataklizme II svetskog rata posvetila izgradnji principa poštovanja i zaštite ljudskih prava, a zatim i ženskih prava, kao jednom od svojih osnovnih ciljeva. Ključni doprinos izgradnji novog koncepta ljudskih prava dale su Ujedinjene nacije. Poveljom UN definisan je sadržaj ljudskih prava, koji je nastavio da se izgrađuje kroz „univerzalna moralna prava“ Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, zatim kroz instrumente Ujedinjenih nacija kao što su Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima sa fakultativnim protokolima, Konvencija o političkim pravima žena, Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, da nabrojimo samo one koje su okupljene oko statusa političkih prava žena.

Bez obzira što danas pripadnost muškom rodu ni u jednoj evropskoj zemlji, ili zemljama liberalne demokratije, nije uslov političkog građanstva, pravo ravnopravnog učešća žena u političkom životu zajednice za mnoge žene ostaje samo pravo u teoriji i pravnoj normi (Sineau, 2003: 12). Eliminisanje diskriminacije žena u politici deo je istinskog razvoja demokratije i humanog odnosa prema svim građanima društva. Na institucionalnom nivou ono je utemeljeno kroz rad međunarodnih organizacija, gde su se formirali i definisali međunarodni pravni standardi iz oblasti političkih prava žena.¹ Međunarodni pravni standardi u ovoj sferi postali su u institucionalnom i vrednosnom

1 Teoretičari međunarodnog prava definišu međunarodne standarde kao: „... standardi tj. pojmovi koji norme međunarodnog prava sadrže bez posebnog definisanja“ (Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V., 2006: 68).

Međunarodni standardi su deo obaveza na koje država pristaje i ona ih se pridržava u pravnom i političkom smislu.

smislu deo domaće legislative političkih prava žena. Ratifikacijom međunarodnih ugovora, oni su uvedeni u pravni poredak Srbije, i ona se obavezala da svoje zakonodavstvo i praksu uskladi sa međunarodnim standardima i pristupi jačanju ideje i prakse rodne ravnopravnosti u politici i političkom odlučivanju.

Na konceptima jednakosti i nediskriminacije, kao centralnim idejama Univerzalne deklaracije, zasnovani su svi međunarodni sporazumi. Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)² nastala je kroz dugi proces razmatranja, tumačenja, definisanja i jačanja legislativnog okvira regulisanja diskriminacije žena na međunarodnom nivou. Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena ili Ženska konvencija ili Povelja o ženskim pravima je široko prihvaćeni međunarodni, obavezujući, dokument kojim se artikulišu i brane prava žena, princip nediskriminacije i ravnopravnosti muškaraca i žena u društvenoj zajednici.³ U kontekstu zasnivanja i razvoja međunarodnih pravnih standarda, Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena je fundamentalni, stožerni, najobuhvatniji i najznačajniji univerzalni međunarodni instrument kojim se garantuje ravnopravnost

2 Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) – CEDAW. Ovu Konvenciju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija, 18. decembra 1979. godine u Njujorku. Preuzeto 25. 5. 2013. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#13 SFRJ je potpisala Konvenciju jula 1980. godine i ratifikovala 1981. godine. Konvencija je stupila na snagu u 1982. godine. SFRJ je ratifikovala Konvenciju, Zakonom o ratifikaciji konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena. (Međunarodni ugovori. *Službeni list SFRJ*. Br. 11. 1981) U SRJ i državnoj zajednici SCG po osnovu sukcesije važila je Konvencija, da bi po istom osnovu nastavila da važi i danas u Republici Srbiji. Savezna Republika Jugoslavija je 2002. godine ratifikovala Opcioni protokol uz Konvenciju. Posle istupanja Crne Gore iz državne zajednice SCG, nije bilo potrebno da Republika Srbija ponovo pristupa *Opcionom protokolu* jer je ona, kao pravni sledbenik državne zajednice, u skladu sa čl. 60 Ustavne povelje državne zajednice SCG, nasledila njen međunarodnopravni subjektivitet i međunarodne dokumente. Ovo je konstatovano na sednici Drugog vanrednog zasedanja Narodne skupštine Republike Srbije, održanoj 5. juna 2006. godine.

3 Konvenciju o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena usvojila je Generalna skupština sa 130 glasova za, 10 uzdržanih i sa nijednim glasom protiv. Konvencija je danas široko prihvaćena u celom svetu, do aprila 2015. godine ona se primenjuje u 188 država sveta, na osnovu ratifikacije, potpisivanja ili sukcesije. Preuzeto 18. 8. 2015. treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV8&chapter=4&lang=en#13

muškaraca i žena.⁴ Međutim, možemo i da se heuristički zapitamo, pogledamo li globalnu rodnu statistiku i indeks diskriminacije žena i/ili dostignutu rodnu ravnopravnost – da li je ova Konvencija «još jedan neispunjeni dogovor»? Gde se danas, posmatrano iz perspektive globalnih i posebnih rodnih odnosa, posle nekoliko decenija od usvajanja Konvencije, nalaze društva i države koje su potpisale Konvenciju? Kako su se na nivou društvenih praksi i javnih politika realizovala prava i standardi o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena? I, naravno, kako su se u praksi Odbora za uklanjanje svih oblika diskriminacije žena izdiferencirale države koje su dodatno kvalifikovane i klasifikovane s obzirom na opšte i posebne preporuke za države stranke?

2. Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena kao instrument operacionalizacije koncepta diskriminacije žena i zaštite prava žena

Inovativnost i aktualnost *Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena*, kao posebnog međunarodnog instrumenta za eliminaciju diskriminacije i zaštitu ženskih prava, nalazi se „u koraku ispred“ ostalih međunarodnih instrumenata. Novi aspekti u tretiranju diskriminacije, kao što je naglašavanje koncepta jednakosti, diferenciranje neposredne i posredne diskriminacije, kao i u tom kontekstu uočavanje rodno neutralnih pravnih normi i njenih posledica, predstavljaju kvalitativni skok. Rečju, Konvencijom se daje novi ugao posmatranja diskriminacije žena, garantuju nova prava i projektuje drugačija percepcija pravnog regulisanja diskriminacije žena.

Sam tok procesa *de iure* i *de facto* ravnopravnosti žena i muškaraca postiže se novim politikama eliminacije svih oblika diskriminacije nad ženama, koje sadrže, kako sve odgovarajuće zakonodavne, tako i sve posebne mere (pozitivna akcija, afirmativna akcija – propisi, odluke, kriterijumi, praksa, i dr.) definisane Konvencijom. Konvencija je po svojoj organizacionoj strukturi jedan dinamičan instrument, koji od zasnivanja (1979. godine) radi sa Komitetom za uklanjanje diskriminacije žena⁵ i drugim akterima na nacionalnom i međunarodnom nivou, na

4 „Ova Ženska Povelja Prava s toji kao prekretnica. Ona odražava princip univerzalnosti i nedeljivosti prava, koja pripa daju svim narodima, nijednoj kulturi i zajednička su za oba pola“. (Kofi Anan, generalni sekretar Ujedinjenih nacija, 10. decembar 1999)

5 Postoji 10 nadzornih tela za praćenje primene ključnih međunarodnih dokumenata iz oblasti zaštite ljudskih prava. Ta tela sačinjavaju nezavisni eksperti, birani,

uvidu u osnovne kategorije i aspekte diskriminacije žena, na njihovom razumevanju i analizi suštinskog sadržaja članova Konvencije, specifičnih odlika diskriminacije žena i instrumenata za borbu protiv diskriminacije žena.

Strukturu Konvencije⁶ (Mršević, 2000: 129–140) čini Preambula i trideset operativnih članova, od kojih prvih šesnaest obuhvata koncept diskriminacije, definiciju diskriminacije žena i prava žena u različitim oblastima privatnog i javnog života. U Preambuli Konvencije skreće se pozornost na ideju jednakih prava žena i muškaraca, tako što se time ukazuje na kontinuiranost principa i vodećih ideja iz Povelje UN i Univerzalne deklaracije, kao i na obavezu država potpisnica Konvencije da obezbede ravnopravnost žena i muškaraca kako bi oni uživali sva prava. Takođe, naglašava se i upozorava na činjenicu da je diskriminacija žena raširena pojava, uprkos postojanju velikog broja instrumenata koji je zabranjuju i garantuju jednaka prava muškaraca i žena. U tom kontekstu se koncept rodne ravnopravnosti utemeljuje kao sine qua non daljeg razvoja društva, u svim njegovim rodnim aspektima i dimenzijama.

Izvesno je da promena pravnih normi i institucionalnog okvira nije dovoljan i garantovan uslov da diskriminacija bude iskorenjena. Zato Preambula uključuje i obrazlaže sociokulturnu dimenziju dekonstruisanih tradicionalnih uloga žena i muškarca u privatnoj i javnoj sferi društva i njenu resocijalizacijsku ulogu u procesu dolaženja do pune ravnopravnosti muškarca i žena. Tako se Konvencija pokazuje i kao jedan novi normativni diskurs, koji zahvata široko polje same transformacije institucionalnog kapaciteta društva i njegovog kulturnog habitusa, u ime i korist slobode i ravnopravnosti žena i muškaraca.

Prvi deo Konvencije od 1. člana do 5. člana čine pravila koja uspostavljaju i formiraju opšta načela na kojima se zasnivaju prava garantovana Konvencijom (Mršević, 2000: 129–140)⁷. U ovom delu posebno su naglašeni i

obično, svake četiri godine.

6 Tekst Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena preuzet je, i u tekstu citirani njegovi članovi, iz knjige Mršević. Z. (2000). *Ženska prava u međunarodnom pravu*. Banja Luka: Helsinški parlament građana, Udru žene žene.

7 Struktura rada i metodološki koncept rada nalažu da naglasimo kako drugi deo Konvencije (članovi od 7 do 9) ustanovljava i razmatra modele eliminisanja diskriminacije žena u političkom i javnom životu, kao determinirajućem činiocu deprivacije žena u javnoj sferi i da ćemo o njima raspravljati kao o centralnoj temi našeg rada. U ovom radu nećemo se baviti trećim delom Konvencije. Samo ćemo napomenuti, zbog datog kontinuiteta analitičkog okvira, da se on odnosi na nekoliko segmenata života žena u koje spada oblast obrazovanja, zapošljavanja, zdravlja,

izdvojeni sledeći segmenti značajni za utvrđivanje i razvoj ravnopravnosti muškaraca i žena: definicija diskriminacije (član 1); politika eliminacije diskriminacije žena i integracija principa jednakosti u nacionalna zakonodavstva (član 2); razvoj i emancipacija žena u svim oblastima života (član 3); privremene posebne mere sa ciljem ubrzanja de facto jednakosti između muškaraca i žena (član 4); mere koje će eliminisati predrasude, običaje, kao i socijalne i kulturne prakse koje se zasnivaju na stereotipnim ulogama muškaraca i žena (član 5). Smatramo da je značajno za razumevanje društvene i političke perspektive ženskih prava i rodne ravnopravnosti imati u vidu da opšta uvodna načela sadrže odredbe koje predstavljaju opšti okvir za sve posebne garancije sadržane u Konvenciji. Opšta uvodna načela «uređuju najvažnije institute, određuju značenje pojmova i termina koji se koriste u Konvenciji i definišu osnovne principe i opšta pravila relevantna za celokupni sadržaj Konvencije. Opšta pravila se primenjuju subsidijski uz sve druge članove Konvencije» (Pajvančić, 2010: 24).

Sistem zaštite prava iz Konvencije dodatno je ojačan usvajanjem Opcionog ili Fakultativnog protokola uz Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena.⁸ Opcioni protokol uvodi za države koje ga prihvate dodatni međunarodni nadzor zaštite konvencijskih prava, sa ciljem da se razmotri napredak ostvaren u njegovoj implementaciji, koji sprovodi Komitet za uklanjanje diskriminacije žena. Treba naglasiti da se Fakultativnim protokolom svaka država stranka obavezuje da će javnost sopstvene države upoznati s Konvencijom i Protokolom, da će je promovisati i omogućiti publicitet u javnosti i olakšati pristup informacijama o stavovima i preporukama Odbora UN za ukidanje svih oblika diskriminacije žena.

I na kraju, primarni zadatak Komiteta za uklanjanje diskriminacije žena je razmatranje izveštaja o zakonodavnim, sudskim, upravnim i drugim merama koje su države preduzele radi primene Konvencije. Konvencija obezbeđuje da sve države potpisnice prihvate mere za eliminaciju diskriminacije žena i države su, takođe, obavezne da preduzmu afirmativne mere koje unapređuju ravnopravnost između žena i muškaraca.

ekonomski, društveni život i život žena na selu (članovi od 10 do 14 Konvencije). U toj oblasti Konvencije traži se od država članica da preduzmu sve odgovarajuće mere za eliminaciju diskriminacije žena u oblasti obrazovanja, zapošljavanja, zdravstvenog, ekonomskog i društvenog života (član 10 do 13).

⁸ *Opcioni ili Fakultativni protokol* uz Konvenciju o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena usvojen je 1999. godine, a stupio je na snagu decembra 2000. godine. Preuzeto 8. 5. 2014. <http://legal.un.org/avl/ha/cedaw/cedaw.html>

3. Koncept diskriminacije u CEDAW

Jezgro ili „srž“ Konvencije čine članovi 1 do 5 i 24 (Mršević, 2000: 129–140). Oni predstavljaju generalni interpretativni okvir za sve bitne članove Konvencije i upravo je to tazlog da se u debatu o analizi političkih prava žena iz Konvencije uzmu u razmatranje ključne kategorije i koncepcije iz tih članova. Dakle, kako se u radu bavimo diskriminacijom žena u političkom životu, smatramo da je svrhovito, s obzirom na krajnji cilj, razložiti važnu paradigmatičnu definiciju diskriminacije žena u ovom dokumentu. Koncept diskriminacije žena definisan u članu 1 od suštinskog je značaja za Konvenciju, zato što „skoro svaki supstancijalni član iz ugovora identifikuje ukidanje takve diskriminacije kao jezgro obaveza država ugovornica“ (Freeman, Chinkin, Beate, 2012: 52). Šta je diskriminacija i u kojim aspektima socijalnog života se ona artikuliše? Na to pitanje Konvencija daje široku definiciju diskriminacije nad ženama, kao „(...) svako razlikovanje, isključivanje ili ograničavanje na osnovu pola koje ima efekat ili cilj da ugrozi ili onemogući priznanje, uživanje ili ostvarivanje od strane žena, bez obzira na njihov bračni status, a na osnovu jednakosti muškaraca i žena, ljudskih prava i osnovnih sloboda u političkom, ekonomskom, socijalnom, kulturnom, građanskom ili bilo kom drugom polju“ (član 1) (Mršević, 2000: 129–140). U Opštoj preporuci 25 Komitet kaže da Konvencija prevazilazi ili nadilazi pojam diskriminacije koji je u upotrebi u mnogim nacionalnim i međunarodnim pravnim normama i standardima. Bitna razlika ogledala se u tome što su takvi standardi i norme zabranjivali diskriminaciju na osnovu pola i štitili muškarce i žene na osnovu proizvoljnih, nefer, i/ili neopravdanih razlika, dok se Konvencija fokusira na diskriminaciju žena, ističući da su žene patile i nastavljaju da pate od raznih oblika diskriminacije zato što su žene.⁹ U članu 2 (Mršević, 2000: 129–140) Konvencije razmatraju se obaveze koje države članice treba da preduzimaju u borbi protiv diskriminacije. Za promenu konteksta diskriminacije žena od suštinskog značaja je zahtev upućen državama, da promene zakone i ukažu na antidiskriminacione prakse na polju ženskih prava. Dakle, države su obavezne da garantuju princip ravnopravnosti polova i efikasnu pravnu zaštitu jednakih prava (u okviru ustava i odgovarajućih zakonskih akata). Međutim, diskriminaciju, na šta smo već ukazali i što je postala socijalna činjenica takvih

9 General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, Retrieved 15. April 2014, from, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20%28English%29.pdf>

akcija na nivou prava, nije moguće iskoreniti samo propisima i pravnim aktima. Sine qua non stvaranja antidiskriminacionog društvenog okvira je ukidanje, promena ili izmena onih tradicionalnih običaja i praksi koji su deo diskriminacije žena. Presudnu ulogu, dakle, nema samo izmena propisa, već odlučujuću ulogu treba da preuzme neposredno angažovanje državnih insitucija. Član 3 (Mršević, 2000: 129–140) Konvencije ustanovljava suštinsku obavezu država da u svim oblastima društva, kao i u zakonodavnoj sferi, preduzmu odgovarajuće mere da se obezbedi razvoj i emancipacija žena. Sa članom 4 (Mršević, 2000: 129–140) Konvencije uvode se novi mehanizmi u regulisanju položaja žena, i to su privremene posebne mere, sa kojima Konvencija dobija jedan viši i napredniji nivo u zastupanju i realizaciji suštinske ravnopravnosti žena. Komitet se posebnim merama bavio u Opštoj preporuci 5, u kojoj se kaže da države potpisnice više koriste privremene posebne mere, kao što su pozitivne akcije¹⁰, preferencijalni tretman ili sistem kvota za unapređenje integracije žena u obrazovanju, ekonomiji, politici i zapošljavanju.¹¹ Konvencija uočava interes koji nije diskriminatoran, i državama sugeriše da uvedu mere koje će dovesti do de facto ravnopravnosti žena onda kada de jure ravnopravnost nije pokazala uspešne rezultate. Karakteristike privremenih mera odnose se na njihov privremeni karakter i njihov cilj ogleda se u ubrzanju dostizanja faktičke ravnopravnosti žena. Komitet smatra da nije dovoljno obezbediti jednak tretman žena i muškarca u strogo formalno-pravnom smislu. Jednake šanse daju jednake rezultate – nikako se ne smeju ignorisati razlike koje postoje u svim segmentima,

10 Termin afirmativna akcija se koristi u Sjedinjenim Američkim Državama i u brojnim dok u mentima Ujedinjenih nacija, dok je termin pozitivna akcija u širokoj upotrebi u Evropi, kao i u mnogim dok umentima Ujedinjenih nacija. Među tim, termin pozitivna akcija koris ti se u još jednom dru gom smis lu u međunarodnom pravu ljudskih prava, da se opiše „pozitivna akcija države“ (obaveza države da pokrene akciju, nasuprot obavezi države da se uzdrži od akcija). Stoga, izraz pozitivne mere dvosmislen je u toliko što njegovo značenje nije ograničeno na privremene posebne mere u smislu iz člana 4, stav 1 Konvencije. Izraze „obrnuta diskriminacija“ ili „pozitivna diskriminacija“ jedan broj komentatora je kritikovao kao neprikladne. (General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), Retrieved 15. April 2014, from, /tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_E.pdf

11 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Seventh session (1988), General recommendation No. 5: Temporary special measures. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf

javnim i privatnim, života žena i muškaraca. Na meti Konvencije su svi konteksti i diskriminatorne dimenzije prošlosti i sadašnjosti života žena, koji ženama otežavaju ili uskraćuju uživanje njihovih ljudskih prava i osnovnih sloboda, uključujući i otklanjanje uzroka i posledica njihove de facto ili suštinske nejednakosti. Stoga, primena privremenih posebnih mera¹² u skladu je sa Konvencijom, i ona je jedno od sredstava za realizaciju de facto ili suštinske ravnopravnosti žena, pre nego izuzetak od norme nediskriminacije i jednakosti.¹³

Član 24 (Mršević, 2000: 129–140) Konvencije obavezuje države da usvoje sve potrebne mere kako bi se ostvarila savpravapravnata u Konvenciji. Komitet u Opštoj preporuci 25 ukazuje na tri obaveze koje treba da budu u fokusu rada država ugovornica kako bi se eliminisala diskriminacija nad ženama. Te obaveze treba sprovesti na integrisan način i proširiti izvan (čisto) formalnih zakonskih obaveza jednakog tretmana žena sa muškarcima. Prvo, obaveza države potpisnice je da osigura da u zakonima ne postoji direktna/neposredna ili indirektna/posredna diskriminacija žena i da su žene zaštićene od diskriminacije. Diskriminaciju žena mogu da počine javne vlasti, sudstvo, organizacije, preduzetnici ili fizička lica u javnom prostoru, kao i od dešavanja iz sfere privatnog, od strane nadležnih sudova, sankcijama i drugim pravnim sredstvima. Drugo, obaveza države potpisnice je da de facto poboljša položaj žena i to kroz konkretne i efikasne politike i programe. Treće, obaveza države potpisnice je da se aktivno bavi menjanjem postojećih rodni odnosa i rodno zasnovanih stereotipa o ženama, koji ne utiču samo na položaj žena na individualnom nivou, nego su ustrojani kroz zakone, pravne i

12 Na prostoru prakse i prava Evropske unije primenjuje se termin pozitivna akcija i pozitivne mere, dok se u međunarodnopravnim dokumentima srećemo sa terminom posebne mere, koji je u upotrebi i u našem zakonodavstvu. U nekim pravnim spisima možemo videti da se afirmativne mere definišu pod određenicom pozitivna diskriminacija, a u upotrebi je i termin obrnuta diskriminacija. Takođe, možemo naići i da se za afirmativne mere upotrebljavaju nazivi nekih posebnih tipova afirmativnih mera, na primer kvote, preferencijalni tretman ili rezervacije. U akademskom prostoru postoje velike debate i razlike u praktičnoj primeni posebnih mera za poboljšanje statusa žena. A li, naravno, treba i naglasiti da se posebne mere ne smatraju diskriminacijom, već se one uvode radi postizanja pune ravnopravnosti, zaštite i napretka lica, odnosno grupe lica koja se nalaze u nejednakom položaju.

13 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), paragraph 14. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf

društvene strukture i institucije.¹⁴ Važan noseći član Konvencije, član 5¹⁵ govori o determinirajućoj snazi socijalno-kulturnog konteksta u proizvodnji stereotipne predstave o ženi i mestu žene u društvu. Zato Opšta preporuka 19¹⁶ upozorava da diskriminatorne prakse zasnovane na stereotipima i predrasudama prema ženama proizvode nasilje nad ženama i dovode do potčinjenog položaja žena u svim oblastima društva. Da li su zabrana diskriminacije ili posebne mere nulta tačka kojima se postiže da žene ne budu diskriminirane? Ili je to i sam proces promena ukupnog društvenog konteksta, njegovih mizoginih praksi, stavova i običaja koji proizvode i generišu diskriminaciju i marginalizaciju žena?

4. CEDAW i pravo žena na političku reprezentaciju

Promenjeni diskurs političkih prava žena nije bio samo deo promena u teorijskim istraživanjima politike, već je omogućio i usmerio dalji društveni i pravni razvoj, kao i dinamičnu institucionalnu legitimizaciju političkih prava žena na međunarodnom i nacionalnom nivou. Na tom putu osvajanja političkih prava žena ugaoni kamen predstavlja CEDAW ili Ženska povelja, i to pre svega njen segmenet o političkim pravima žena, odnosno drugi deo Konvencije (članovi od 7 do 9).¹⁷ Naime, njegova linija «odbrane» političkih prava žena ustanovljava

14 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination

Against Women Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph

1, of the Convention (temporary special measures), paragraph 3–7. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf

15 Član 5 navodi da države članice preduzimaju sve podesne mere:

(a) radi izmene društvenih i kulturnih običaja u pogledu ponašanja muškaraca i žena da bi se otklonile predrasude, kao i uobičajena i svaka druga praksa zasnovana na shvatanju o inferiornosti ili superiornosti jednog ili drugog pola ili tradicionalnoj ulozi muškaraca, odnosno žena; (b) da porodično vaspitanje obuhvati i pravilno shvatanje materinstva kao društvene funkcije i priznanje zajedničke odgovornosti muškaraca i žena u podizanju i razvoju dece, podrazumevajući da se u svim slučajevima mora, pre svega, voditi računa o interesima deteta.

16 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Eleventh session (1992)*General recommendation No. 19: Violence against women, 11. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf

17 U članu 8 Konvencije navodi se da je nužno obezbeđivanje prava ženi da pod jednakim uslovima sa muškarcima glasa na svim izborima, javnim referendumima i bude birana u sva javna izborna tela, u čestvuje u formulisanju i primeni vladine

i razmatra modele eliminisanja diskriminacije žena u političkom i javnom životu, kao determinirajućem činiocu deprivacije žena u javnoj sferi koja se nužno reflektuje na sve oblasti života žena. Ugaoni kamen analize političkih prava žena u okviru Konvencije je član 7 (Mršević, 2000: 132)¹⁸ u kojem se neposredno dotiče pitanje prava žena na političku reprezentaciju i učešća žena u političkom i javnom životu. Mesto ovog člana i prioritet koji mu se daje u strukturi Konvencije, odmah posle okvirnih članova Konvencije, govori o krucijalnom značaju odredbi o statusu i pravima žena u političkom životu kao suštinskim pretpostavkama svih ostalih prava žena u društvu.

Član 7 Konvencije detaljno je analiziran u Opštoj preporuci 23¹⁹ u kojoj se smatra da je obaveza države da preduzme sve nepochodne mere da bi se sprečila diskriminacija i kako bi se obezbedila suštinska jednakost muškaraca i žena u svim oblastima političkog i javnog života. U Preporuci stoji da je politički i javni život zemlje širok pojam. Upotreba političke moći odnosi se, naročito, na korišćenje zakonodavne, sudske, izvršne i administrativne moći. Ovaj pojam pokriva sve aspekte javne uprave, kao i određivanje i sprovođenje politike na međunarodnom, državnom, regionalnom i lokalnom nivou. On, takođe, obuhvata i mnoge delove i aspekte građanskog društva – javna veća i lokalni saveti, aktivnosti organizacija kao što su političke stranke, strukovni sindikati,

politike, kao i u vršenju svih javnih službi i javnih funkcija na svim vladinim nivoima. Takođe, da bude ravnopravna u česnicama u radu nevladinih organizacija i udruženja u političkom i javnom životu zemlje. Zatim, žene sa muškarcima treba da ravnopravno i bez diskriminacije predstavljaju svoje vlade na međunarodnom nivou i u radu međunarodnih organizacija. Član 9 Konvencije odnosi se na jednaka prava muškaraca i žena u pogledu statusa državljanstva, kao i kada je u pitanju državljanstvo njihove dece (Mršević, 2000: 132).

18 Član 7 (Mršević, 2000: 132).

Države potpisnice preduzeće sve odgovarajuće mere kako bi suzbile diskriminaciju žena u političkom i javnom životu zemlje, a naročito će ženama da obezbede da ravnopravno sa muškarcima imaju pravo: a) da glasaju na svim izborima i javnim izjašnjavaanjima, i da budu birane za sva tela koja se biraju javnim glasanjem; b) da učestvuju u formulisanju vladine politike i njenom sprovođenju i da imaju javne položaje i obavljaju javne funkcije na svim nivoima vlasti; c) da učestvuju u radu nevladinih organizacija i udruženja koja se bave političkim i javnim životom zemlje (Mršević, 2000: 132).

19 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Sixteenth session (1997)*General recommendation No. 23: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

strukovna ili industrijska udruženja, organizacije žena, lokalne organizacije i druge organizacije koje se bave javnim ili političkim životom.²⁰ Da bi se ostvarila ravnopravnost i u praksi, Komentar predviđa i ispunjavanje obaveza na poštenim periodičnim izborima, poštovanje principa opšteg prava glasa i tajnosti glasanja, garantovanje izražavanja slobodne volje glasačkog tela, na način kako to određuju međunarodni ugovori o ljudskim pravima, kao što je član 21 Opšte deklaracije o ljudskim pravima i član 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.²¹

Opšta preporuka 23 Komiteta u nekoliko značajnih stavova i zapažanja govori o razdvojenosti sfere javnog i privatnog života, odnosno rodnoj podeli sfera društvenog života na – muške/javne i ženske/privatne. Smatra se da je odsustvo žena iz javne sfere dovelo do neučestvovanja žena u procesu donošenja odluka, što je dovelo do uskraćenih životnih šansi i ostvarenja mogućnosti žena. „Muške” i „ženske” sfere života definisane kroz kulturne i religijske stavove i vrednosti, kao i rodne stereotipe, odredile su i pozicije žena i muškaraca u sferama i strukturama političke moći.²²

Kako demokratija podrazumeva ravnopravno u češće svih građana i građanki u procesu donošenja odluka, u Preporuci se smatra da je samo u socijalnim okolnostima jednakog učešća cele zajednice moguće da bude ostvarena njena prava i trajna snaga. I društva, istorijski gledano, sa tzv. stabilnim demokratijama nisu uspela da potpuno i ravnopravno vode računa o interesima muškaraca i žena. Društva u kojima žene ne učestvuju u javnom životu i donošenju odluka, ne mogu da se imenuju demokratskim. Koncept demokratije imaće pravo i dinamičko značenje i trajno dejstvo, tek kada u donošenju odluka budu podjednako učestvovali muškarci i žene, i kada se u odlukama koje se donose bude ravnopravno vodilo računa o interesima oba pola.²³

20 General recommendation No. 23-5: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

21 General recommendation No. 23-6: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

22 General recommendation No. 23-8/12: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

23 General recommendation No. 23-13/14: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/

Uklanjanje prepreka i uvođenje privremenih posebnih mera koje podstiču ravnopravno učešće muškaraca i žena u javnom životu društva, nužni su preduslovi za postizanje istinske ravnopravnosti u političkom životu. Da bi se prevazišla indirektna diskriminacija i neutralisale posledice vekovne dominacije muškaraca u javnoj sferi, ženama je potrebna pomoć i podrška društva u širem smislu. To je onda zadatak država potpisnica Konvencije, kao i političkih stranaka i zvaničnika država. Obaveza država je da obezbede poštovanje privremenih posebnih mera, uvažavajući princip ravnopravnosti i njegovu usaglašenost sa ustavnim principima oko garantovanja ravnopravnosti svim građanima.²⁴

Jaz između de jure i de facto, normativnog i stvarnog, u češća i položaja žena u politici, i kako ga eliminisati – predstavlja centralni problem. Istraživanja su pokazala da kada žene nisu zastupljene u predstavničkim telima srazmerno njihovom broju u opštoj populaciji, onda je njihova isključenost nepravedna, na taj način se smanjuje ukupni kvalitet političke debate i podriva smisao demokratskog legitimiteta. Nivo učešća žena od 30% i više procenata (kao „kritična masa“ žena u politici) povećava broj ženskih predstavnica i rezultira povećanjem zainteresovanosti za zastupanje političkih interesa žena. Uvođenje rodne perspektive je proces unapređenja i obnove demokratije i društvenog napretka.²⁵ Rodna perspektiva i pravo na jednaka politička prava žena se u Opštoj preporuci 23 Komiteta za eliminaciju diskriminacije žena predstavljaju kao obaveza države da, u okviru ustava ili zakona, preduzme sve odgovarajuće korake kako bi žene na jednakim osnovama sa muškarcima imale pravo da glasaju na svim izborima i referendumima, kao i da mogu biti birane.²⁶

INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

24 General recommendation No. 23–15: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

25 General recommendation No. 23–16/17: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

26 U vreme socijalizma se u Nacionalnom izveštaju o implementaciji Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, u vezi sa članom 7, koji se odnosi na preduzimanje mera za otklanjanje diskriminacije žena u političkom i javnom životu zemlje, navode odredbe Ustava SFRJ i ustava republika i au tonomnih pokrajina. Pri tome se posebno naglašava da je odgovarajućim odredbama Ustava, i u prilogu Izveštaju navedenim republičkim i pokrajinskim zakonima, obezbeđena potpuna jednakost polova u postupku glasanja na izborima i javnim referendumima, kao mogućnost biranja u svim telima koja se biraju pu tem javnih izbora. Među tim, i pored proklamovane jednakosti, u *Izveštaju* se u odgovoru na ovaj član sasvim uopšteno konstatuje da je

Država treba da omogući da ova prava žene uživaju i de jure i de facto.²⁷ Imajući u vidu da broj žena u politici nema izraženu uzlaznu liniju (npr. do pariteta!), uvode se različite mere u politici kako bi se postigla rodna ravnoteža u političkim institucijama. Kvote predstavljaju jedan takav mehanizam da se poveća, i čuva, prisustvo žena u parlamentima. U današnje vreme kvote se uvode širom sveta. Postoje mnogi argumenti za i protiv uvođenja kvota. Jedno od pitanja je i: koje vrste kvota su dovele do značajnog povećanja u političkom predstavljanju žena u praksi? Zatim, koje kvote najbolje funkcionišu u različitim izbornim sistemima i kako one mogu biti efikasno sprovedene (Dahlerup, 2005: 141–151)? Dakle, obaveza države je da za faktičku ravnopravnost uspostavi one mere koje uključuju i privremene posebne mere iz člana 4 Konvencije. Po nekim izveštajima i analizama, primena kvota, ili drugih posebnih mera, kao „lek“ za podzastupljenost žena u politici, pokazala se kao primer dobre prakse u rešavanju „demokratskog deficita“ modernih društava današnjice.²⁸

Međutim, imamo i druga akademska stanovišta koja kažu da današnji istorijski nivo žena u nacionalnim parlamentima mnogo duguje globalnom širenju rodnih kvota, a ovaj, zauzvrat, mnogo duguje konceptu „kritične mase“. Naime, u prvih nekoliko godina na početku XXI veka, izborne rodne kvote su uvedene u neverovatnom broju zemalja širom sveta. Onda je moglo čak da se govori o «kvota groznici». U Evropi su, međutim, kvote bile prilično nepopularne, osim na Balkanu.

U zapadnoj Evropi, kvote uglavnom uzimaju oblik dobrovoljnih partijskih kvota, Belgija i Francuska su izuzetak. U veoma malom broju partija centralne i istočne Evrope su odobrena pravila o kvotama, i nema zakonske regulative o rodnim kvotama za parlament (Ballington, Binda, 2005: 12–14). Međunarodne organizacije, transnacionalne mreže, političari, ženski aktivisti, pa čak i obični građani tvrde da žene treba da čine 30% svih

u češće žena preko delegatskog sistema nedovoljno, s obzirom na činjenicu koliko one doprinose društveno-ekonomskom životu zemlje. *Nacionalni izveštaj o implementaciji Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena* (1983). Ljubljana: Jugoslovenski centar za teoriju i praksu samoupravljanja Edvard Kardelj. (str.194–210)

27 General recommendation No. 23-18: Political and public life. Retrieved 15. April 2012, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

28 Više o tome i u: Schöpp-Schilling, B. (2005). The Role of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Monitoring Procedures for Achieving Gender Equality in Political Representation. U Ballington J., Binda F., (ed.) *The Implementation of Quotas: European Experiences Quota Report Series* (p. 14-32). International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

političkih tela, magični broj gde su žene zakonodavci rekly da bi mogle da naprave neku suštinsku razliku.

Kao pojam, kritična masa je u velikom optičaju u stvarnom svetu, međutim, mnogi istraživači preispituju njegovu korist i relevantnost za analizu zakonodavnog ponašanja žena. Zaista, kako broj studija raste, sve je očiglednije da ne postoji nijedan univerzalni odnos između procenta žena izabranih na političku funkciju i prolaza zakonodavnih beneficija za žene kao grupu. U nekim slu čajevima, žene su sposobne da zajedno efikasnije rade kada njihov broj raste, ali u drugim, žene se pojavljuju, one su prisutne i razlika je, u stvari, ponekad bila veća kada čine manjinu zakonodavaca! Pitanje je, da li zbog njihovog povećanog broja izazivaju reakciju među muškim zakonodavcima, ili zato što njihov uvećani broj omogućava pojedinim ženama da slede i druge ciljeve politike? Ove protivrečnosti iznuđuju pitanje: Treba li da feministkinje odustanu od kritične mase? Ili, da li postoje razlozi – ili teoretski ili praktični – za zadržavanje koncepta u raspravama o političkoj zastupljenosti žena?²⁹

Implementacija rodne perspektive u proces formulisanja politike na svim nivoima, kao i sama ideja rodne ravnopravnosti u tom kontekstu, moraju da budu deo opšteprihvaćenog načina rada u sferi politike (član 7, tačka b Konvencije).³⁰ Na najvišim pozicijama moći, najčešće i tradicionalno, nema žena, one ne učestvuju u donošenju najvažnijih odluka, pa su države ugovornice dužne, kada je to u njihovoj moći, da na ta mesta postavljaju žene i saraduju i prihvataju savete grupa koje zastupaju stavove žena i njihove interese. Takođe, dužne su da utvrde i otklone barijere koje sprečavaju puno učešće žena u vladinim politikama. Samo povećanje učešća žena u politici i veća zastupljenost u političkoj hijerarhiji čine da državne politike budu delotvorne.³¹ Važnu ulogu u konstruisanju političke rodne hijerarhije imaju političke partije, kao glavni „čuvari kapija“ za ulazak žena u politiku. U tom smislu, političke stranke su dužne da obezbede postavljanje žena na stranačke spiskove, kandidovanje za izbore gde imaju šanse za uspeh, da obezbede ravnopravno

29 Više o tome u: Childs, S., Krook, M. L. (2006). Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Yes. *Politics & Gender*. (4). 522–530.

30 General recommendation No. 23, paragraf 24–25. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

31 General recommendation No. 23, paragraf 26–27. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

u češće sa muškarcima u savetodavnim telima vlade i prihvatanje stavova grupa koje zastupaju žene. Vlade treba da osveščeno podržavaju ovakve inicijative, utiču na javno mnjenje, takođe, menjaju stavove koji diskriminišu žene ili onemogućavaju uključenje žena u politički i javni život. Kada se ovakva vrsta rodnoravnopravne politike usvoji u državnoj i administrativnoj sferi, onda treba da se poštuju određena pravila. Naime, kada su kandidati podjednako kvalifikovani, prednost se daje ženskom kandidatu; ni muškarci, ni žene ne treba da predstavljaju manje od 40% bilo kog javnog tela; treba odrediti kvote za članove kabineta i kandidate za obavljanje javnih funkcija; konsultovati ženske organizacije da bi se obezbedilo učešće kvalifikovanih žena u javnim telima; stvaranje i vođenje registara o kvalifikacijama žena da bi se efektivnije izveo proces nominovanja žena u javna tela; podsticanje privatnih organizacija da za savetnička tela kandiduju stručne žene.³²

Za dosledno političko reprezentovanje žena važna je njihova pozicija i rad unutar političkih partija, član 7, tačka c (Mršević, 2000: 132). Žene su, po pravilu, manje zastupljeni pol na visokim pozicijama u hijerarhiji političkih partija, pa u tom smislu partije treba pokrenuti da usvoje posebne mere kako bi se prevazišla marginalizacija žena unutar partija i obezbedila njihova ravnopravna reprezentacija na visokim stranačkim pozicijama i izbornim kandidaturama. U Preporuci se kaže da političke stranke treba da usvoje delotvorne mere – dostupnost informacija i finansijska i druga sredstva, da bi se prevazišle barijere i žene bile u istoj statusnoj poziciji sa muškarcima u političkim partijama. Navode se i mere preduzete od nekih političkih partija: određeni broj ili procenat položaja rezervisati za žene u izvršnim telima i obezbediti brožčani balans muškaraca i žena kandidata na izborima, uvažiti kandidate žena i obezbediti im povoljna mesta u izbornim jedinicama i stranačkim listama. Dru Dalerup smatra da su nekada političke stranke vratari za ulazak na političku scenu, zbog njihove kontrole procesa nominacije. Uloga birača često nije odlučujuća, kao što mislimo. O tome ko će biti izabran, ponekad odlučuju imenovanja u odborima političkih partija – u selekciji kandidata za dobre ili loše izborne jedinice (u smislu verovatnoće samog izbora kandidata). Pre izbora i birališta, političke stranke obično znaju koja su sedišta «sigurna». U svim sistemima, važno je da se ispita ko stvarno vrši kontrolu nad procesom imenovanja. Za D. Dalerup je, takođe, važna regulativna i

32 General recommendation No. 28–29. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [ht tp://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

korektivna uloga javnosti, kao što su ženske grupe i ženski pokret. U zemljama sa visokim nivoom zastupljenosti žena, ženske organizacije su te koje stalno postavljaju pitanje političkoj javnosti: ko kontroliše proces kandidovanja (Dahlerup, 2005: 19)? Države ugovornice treba da obezbede da se ovakve privremene posebne mere izričito odobre prema antidiskriminatornom zakonodavstvu ili prema ustavnim garancijama o ravnopravnosti.³³

Dalje, u Preporuci stoji da države ugovornice treba da se staraju da odredbe njihovih ustava i zakona budu u saglasnosti s principima iz Konvencije, posebno s članovima 7 i 8. One imaju obavezu da preduzmu sve neophodne mere, uključujući usvajanje odgovarajućih zakona u skladu s ustavom, da bi obezbedile da organizacije kao što su političke stranke i sindikati, koji možda nemaju direktnih obaveza prema Konvenciji, ne prave razliku između muškaraca i žena i da poštuju principe sadržane u članovima 7 i 8. I, što je najvažnije, te države treba da utvrde i sprovedu privremene posebne mere kako bi se obezbedila ravnopravna zastupljenost žena u svim oblastima regulisanim članovima 7 i 8. Da li postoje neke rezerve na članove 7 i 8, treba videti koji su uzroci i posledice, i ukazati da li te rezerve odražavaju tradicionalne, običajne ili stereotipne stavove o ulozi žene u društvu, kao i da se navedu mere koje se preduzimaju da se iskorene takvi stavovi. Države ugovornice bi trebalo da razmatraju opravdanost ovih rezervi i da u svojim izveštajima predvide plan za njihovo povlačenje.³⁴ U tom okviru treba da se nađu i informacije o preduzetim zakonodavnim merama, informacije o načinima i činiocima ograničavanja političkih prava, kao i statistički podaci o upotrebi političkih prava.³⁵

Razmatranjem Opštih preporuka 23, osvetlili smo ideju Konvencije da se konceptu rodne ravnopravnosti u političkim pravima žena i političkoj sferi posveti zaslužena pažnja kroz razgranatu analizu svih dimenzija ovog prava. Ravnopravnost političkih prava muškaraca i žena je ovom analizom posmatrana iz perspektive preduzimanja

33 General recommendation No. 23, paragraf 32–34. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

34 General recommendation No. 23, paragraf 41–44. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

35 General recommendation No. 23, paragraf 48. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

posebnih mera i njihovog značaja za efektivnije i efikasnije uživanje prava i ravnopravnu participaciju žena u politici.³⁶ Kako je naš zadatak da prikažemo društvenost političkih prava žena i položaj žena u sferi politike, ova Konvencija definiše jednu drugačiju perspektivu moguće korekcije i napredovanja političkih prava žena u razvoju modernog društva. Pre svega, to su privremene posebne mere koje ispravljaju diskriminaciju u političkoj sferi, zatim obaveza države da uspostavi institucionalne mehanizme za njihovu realizaciju, onda, naglasak na ideji socijalnog konteksta položaja žene i na okolnostima koje uzrokuju njen diskriminirani položaj u društvu, posledično i njeno mesto u politici, što sve proizilazi i naslanja se jedno na drugo. Konvencija obezbeđuje poštovanje i realizaciju političkih, kao i mnogih drugih prava, i ima važan mehanizam podnošenja izveštaja, kao značajan korektiv u realizaciji ženskih prava.³⁷

Kada se radi o izveštajima koji su potekli iz države Srbije, reč je o dve vrste izveštaja Komitetu CEDAW. Jedan je zvanični izveštaj Republike Srbije, drugi je „izveštaj iz senke“ ili „alternativni izveštaj“, koji su pripremile ženske nevladine organizacije. Između ove dve vrste izveštaja postoje izvesne neusklađenosti. One se odnose, kako na različite vremenske intervale slanja izveštaja, tako i na prisustvo određene kritičke analize, pristupa i adekvatne sadržine ženskih prava i pristupa ženskim pravima u Srbiji u skladu sa Konvencijom.³⁸

Dokumenti i institucije Ujedinjenih nacija, pre svega CEDAW kao vertikalne unapređivanja ženskih prava, imali su velikog uticaja na srpski teorijski i normativni diskurs ravnopravnosti. Republika Srbija u skladu sa članom 18 Konvencije ima obavezu da Komitetu periodično dostavlja izveštaje o njenoj primeni. Inicijalni vladin izveštaj Komitetu CEDAW je kasnio i bio je predstavljen Komitetu

36 Komisija za položaj žena je 1992. godine ponovo razmotrila upotrebu privremenih posebnih mera. Zaključni dokumenti usvojeni od strane svetskih konferencija Ujedinjenih nacija o ženama, uključujući Platformu za delovanje Četvrte svetske konferencije o ženama u Pekingu 1995. godine, kao i njen prateći izveštaj iz 2000. godine, upućuju na primenu afirmativne akcije kao instrumenta za postizanje de facto ravnopravnosti.

37 UN konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena od država članica zahteva izveštaje o statusu žena svakih 4 do 5 godina. Periodični izveštaji fokusiraju se na razvoj koji se odigrao od trenutka razmatranja prethodnog izveštaja podnetog CEDAW.

38 Naime, Republika Srbija, kao sukcesor prethodnih država, članica je Konvencije od 12. marta 2001. godine, posle perioda političke izolacije od strane međunarodne zajednice.

2007. godine. Izveštaj nevladinih organizacija CEDAW Komitetu ili alternativni izveštaj, odnosno shadow report, napisan je za dva perioda. Alternativni izveštaj nevladinih organizacija za 55. zasedanje Komiteta CEDAW 2013. godine, pod nazivom *Senka nad Srbijom*, ukazao je na najveće systemske prepreke za zaštitu ženskih ljudskih prava. U tom „dvolinijskom procesu“ slanja izveštaja Komitetu CEDAW ponajbolje su se u komparativnom prikazu izoštrile kritičke primedbe i predlozi s obzirom na normativni okvir i ukupnu praksu i politike eliminisanja diskriminacije žena (Pajvančić, 2010: 22–27).

5. Zaključak

Kada danas u drugoj deceniji XXI veka u Srbiji pogledamo status žena u politici i samerimo ga sa solidno razgranatim de jure merama, uočićemo neslaganje, mada su neki pomaci učinjeni. Zakonska, institucionalna, politička i sociokulturna dimenzija svih napora da se promene okolnosti u kojima se u Srbiji žene bave politikom nije dovela žene na mesta na kojima su koncentrisani moć i vlast, odnosno rodna segregacija u politici i dalje postoji. Treba imati u vidu da mnogi aspekti ženskih političkih prava mogu da utiču na prisustvo žena u parlamentima. Ovo uključuje godinu kada su žene osvojile pravo da se kandiduju na nacionalnom izborima, godinu kada je prva žena izabrana u parlament i godinu kada je prvi put žena pristupila učešću u vladi, mesto predsednika ili premijera, itd. (Trembley, 2006). Posebne mere za žene u politici povećavaju njihovu deskriptivnu reprezentaciju, međutim, uvek ostaje pitanje njihove supstancijalne reprezentacije i predstavljanja ženskih interesa.

Odnos između de iure i de facto stanja, formalne ravnopravnosti i faktičke neravnopravnosti, permanentno je u raskoraku. Stalno se postavlja pitanje da li su pravne mere dovoljne da se postigne odlučujući iskorak ili je društvu potreban složen put socijalizacije ženskih prava/ ženskih političkih prava u određenom podsticajnom kulturnom okviru. Sa druge strane, „večna vatra“ Konvencije traje po svim parametrima. Rečju, Konvencija predstavlja ogledni, uzorni model međunarodnog prava i jedan od glavnih međunarodnih instrumenata ljudskih prava, koji se na sveobuhvatan i suštinski način bavi pitanjem ženskih prava. Ona daje okvir i impuls državama i vladama članica da stvaraju rodno osveščene nacionalne politike. To je njen suštinski značaj – put ka razvoju i poboljšanju statusa ženskih prava, zapravo, izgradnja svakodnevnog života žena bez diskriminacije u svim oblastima života. Žene su Konvencijom dobile međunarodnopravni instrument u borbi protiv

diskriminacije na osnovu pola, koji je moćan onoliko koliko ga poznaju i koliko se uspešno njime služe. Danas možemo reći da je pravni status žena u Evropi početkom X XI veka očigledno unapređen. Takođe, zna se da žene obuhvataju više od 50% onih koje imaju pravo da budu birane i osvoje političku vlast, ali je, takođe, jasno da participacija žena i dalje nailazi na značajne prepreke. Srbija se može po izveštaju Saveta Evrope smatrati zemljom na dobrom putu, naime, navodi se da je 34,4% žena izabrano u parlament 2016. godine, što je gotovo 10% više u odnosu na evropski prosek koji iznosi 25,6%. Takođe, rezultati pokazuju da je u 2016. godini bilo 37,5% žena predsednika parlamentarnih odbora, a evropski prosek je 25,6%. Isti prosek beleži Evropa kada je reč o ženama izabranim u regionalne skupštine, dok u Srbiji on iznosi 31,6%. Prema podacima u izveštaju, 15,9% „izvanrednih i opunomoćenih“ žena ambasadora zabeleženo je u Srbiji 2016. godine, dok je prosek širom Evrope 13%. Manji prosek zabeležen je jedino u izboru žena gradonačelnica. U Srbiji, naime, taj procenat je 5,5%, dok je evropski prosek 13,4%. Ipak, Srbija beleži u češće od 57,1% ženskih predstavnika i zamenika u Parlamentarnoj skupštini Saveta Evrope, a u Evropi je prosek 35,7%. To je „prosvećeni interes“, svake, pa i naše države i društva, ta ravnopravna zastupljenost, moć i u češće žena i muškaraca u javnom i privatnom životu. Ali, takođe, moramo znati da se „promena stvarnog života“ odvija uporedo, ali i izvan same promene zakona. Jer, kada donosimo zakone i menjamo institucije koje će podržavati ženska prava, mi činimo samo prvi korak ka menjanju celokupnog društvenog i kulturnog konteksta u kome se odvija život muškaraca i žena. Dakle, rodne uloge, društvene norme i nejednakosti između muškaraca i žena u politici rezultat su prisustva (ili odsustva) različitih kulturnih, socioekonomskih i/ili političkih činilaca.

Literatura

Ballington J., Binda, F. (2005). *The Implementation of Quotas: European Experiences Quota Report Series*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Dahlerup, D. (2005). No Quota Fever in Europe? U Ballington J., Binda, F *The Implementation of Quotas: European Experiences Quota Report Series*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2006). *Međunarodno pravo ljudskih prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Drude, D. (2005). Increasing Women's Political Representation: New Trends in Gender Quotas. U Ballington, J., Karam, A., (ed.). *Women in Parliament: Beyond Numbers*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Childs, S., Krook, M. L. (2006). Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Yes. *Politics & Gender*. (4).

Međunarodni ugovori. *Službeni list SFRJ*. Br. 11 (1981).

Mršević, Z. (2000). *Ženska prava u međunarodnom pravu*. Banja Luka: Helsinški parlament građana, Udružene žene.

Freeman, M. (2011). *Human Rights – An Interdisciplinary Approach*. Polity Press.

Freeman, M., Chinkin, C., Beate, R. (2012). *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

Schöpp-Schilling, B. (2005). The Role of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Monitoring Procedures for Achieving Gender Equality in Political Representation. U Ballington J., Binda F., (ed.) *The Implementation of Quotas: European Experiences Quota Report Series* (p. 14–32). International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Sineau, M. (2003). *Ravnopravnost – Vijeće Europe i sudjelovanje žena u političkom život*. Council of Europe Publishing.

Sex-disaggregated statistics on the participation of women and men in political and public decision-making in Council of Europe member states. Council of Europe. Retrieved 25. April 2017, from <https://rm.coe.int/statistical-data-balanced-participation-report/1680751a2c>

Tremblay, M. (2006). *Democracy, Representation, and Women: A Comparative Analysis*. Retrieved 20. April 2014, from: https://www.researchgate.net/publication/228383071_Democracy_Representation_and_Women_A_Comparative_Analysis

Pajvančić. M. (2010). *Ustavni okvir ravnopravnosti polova*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Nacionalni izveštaj o implementaciji Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (1983). Ljubljana: Jugoslovenski centar za teoriju i praksu samoupravljanja Edvard Kardelj

Opcioni ili Fakultativni protokol. Preuzeto 8. 5. 2014. <http://legal.un.org/avl/ha/cedaw/cedaw.html>

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women- CEDAW. Preuzeto 25. 5. 2016. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#13

General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, Retrieved 15. April 2014, from, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20%28English%29.pdf>

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), Retrieved 15. April 2014, from, [/tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_E.pdf)

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Seventh session (1988), General recommendation No. 5: Temporary special measures. Retrieved 15. April 2014, from,

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), paragraf 14. Retrieved 15. April 2014, from,

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), paragraf 3–7. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Eleventh session (1992)*General recommendation No. 19: Violence against women, 11. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Sixteenth session (1997)*General recommendation No. 23: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23-5: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23-6: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23-8/12: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23-13/14: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23-15: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23-16/17: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23-18: Political and public life. Retrieved 15. April 2012, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23, paragraf 24-25. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23, paragraf 26-27. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 28-29. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23, paragraf 32-34. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23, paragraf 41-44. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

General recommendation No. 23, paragraf 48. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf

Natalija Žunić, PhD

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS
OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, AND ITS ROLE IN
DEFINING THE CONCEPT OF DISCRIMINATION AND
PROMOTING WOMEN'S POLITICAL RIGHTS**

Summary

In this paper, the author analyzes the role and attainments of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and its significant role in articulating and promoting the development of women's political rights, as well as the attained level of women's political rights. At the institutional level, the process of eliminating discrimination against women in politics (as a process aimed at building a humane democratic society) was embodied in the work of international organizations, which established and defined international legal standards in the field of women's political rights. The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) was a result of a long process of reflection, interpretation, defining and strengthening the legislative framework regulating prohibition of discrimination against women at the international level. It is a widely accepted binding international document which articulates and defends women's rights, the principle of non-discrimination, and the principle of gender equality in society.

The paper is structured as a response to two central questions. The first one concerns the the concept of discrimination against women, and the second one focuses on the particular problem of discrimination against women in politics, and how women exercise their political rights. The aim is to examine how this Convention provided for the exercise of women's political rights, or whether it may be considered as "yet another unfulfilled social agreement".

Keywords: *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women (CEDAW), discrimination against women, women in politics, women's political rights.*

Dr Vesna Stojanović,
Saradnik Visoke škole strukovnih studija za
ekonomiju i upravu u Beogradu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776193S

UDK: 341.231.14-056.26

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

POLOŽAJ OSOBA SA INVALIDITETOM U MEĐUNARODNIM DOKUMENTIMA I DOMAĆEM ZAKONODAVSTVU

Apstrakt: *Položaj osoba sa invaliditetom od prvobitnih ljudskih društava do savremenog društva prošao je dug evolutivni put, od potpunog ne prepoznavanja njihovog postojanja do donošenja međunarodnih konvencija na globalnom nivou kojima se definiše njihova potpuna zaštita. U tom smislu, interesantno je navesti neke pravne propise na međunarodnom i nacionalnom nivou, koji su bitno uticali na promenu shvatanja o položaju osoba sa invaliditetom i njihovoj zaštiti.*

Ključne reči: *osobe sa invaliditetom, međunarodni pravni akti, nacionalni propisi o osobama sa invaliditetom.*

1. Uvod

Zadnjih nekoliko decenija pažnja svetske naučne i stručne javnosti usmerena je, pored ostalih i na problem pravnog regulisanja statusa i sveukupnog položaja osoba sa invaliditetom koji po procenama Svetske zdravstvene organizacije čine preko 10% od ukupnog broja stanovnika na planeti. Mnogobrojna međunarodna dokumenta koja je donela OUN i njena specijalizovana organizacija MOR i njeni organi, iz oblasti socijalnih prava, postavili su neophodan nivo i temelje globalne, međunarodne socijalne zaštite građanima država članica a posebno osobama sa invaliditetom.

U poslednje dve decenije i Evropu nisu mimoišle mnogobrojne promene na putu globalizacije kao i razvoja informacionih i komunikacionih tehnologija učinili su da su osobe sa invaliditetom zadobile sasvim drugačije mesto u društvenoj zajednici, mesto koje im je oduvek pripadalo

*vesna1541@gmail.com

kao punopravnim članovima društva. Premestio se fokus zanimanja na pojedinca kao središte jedinstvenog, integrisanog pristupa koji poštuje ljudska prava, temeljne slobode i dostojanstvo osoba sa invaliditetom.

Ratifikacijom međunarodnih pravnih dokumenata dograđivan je i naš pravni sistem u jedan jedinstven i kompatibilan pravni sistem uklopljen u napredni svetski i evropski pravni poredak a naročito sa aspekta zaštite položaja osoba sa invaliditetom kao još uvek marginalizovane i nedovoljno zaštićene društvene grupe.

2. Međunarodna dokumenta od značaja za zaštitu položaja osoba sa invaliditetom

2.1. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima

Usvajanjem Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima u Ujedinjenim nacijama, započet je proces internacionalizacije prava na socijalnu sigurnost i stvoren osnov i podsticaj za dalji razvoj i unapređenje zaštite prava na socijalnu sigurnost.¹ U članu 25. st.1. Deklaracijom se garantuje: „Pravo na životni standard koji obezbeđuje zdravlje i blagostanje..., uključujući hranu, odeću, stan, lekarsku negu i potrebne socijalne službe kao i pravo na osiguranje u slučaju nezaposlenosti, bolesti, onesposobljavanja,...ili drugih slučajeva gubljenja sredstava za izdržavanje usled okolnosti nezavisnih od njegovnj volje“. Ova prava pripadaju svakom čoveku, pripadaju i osobama sa invaliditetom. Pravo na dostojanstvo lica sa invaliditetom je imperativ, koji ima vrednost samo/i ukoliko im se omogući da pristojnim radom ostvare pristojan život dostojan čoveka (Perić, 2013:301) “.

2.2. Konvencija broj 102 o socijalnom obezbeđenju

Prva velika promena u oblasti socijalnog osiguranja na međunarodnom nivou ostvarena je 1952. godine na zasedanju MOR-a usvajanjem Konvencije br.102 o socijalnom obezbeđenju. Ova Konvencija se ubraja u jednu od najvažnijih i najobimnijih konvencija koje je usvojila Međunarodna organizacija rada (Šunderić, 2011:542). Navedena Konvencija, prepoznaje osobe sa invaliditetom obezbeđujući odgovarajući minimum njihove zaštite i to: u delu VI, obezbeđuje socijalnu zaštitu licima koja pretrpe

1 Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima Generalna Skupština OUN proglasila je 10. decembra 1948. godine. Prečišćen tekst Zakona o ratifikaciji sa izmenama i dopunama objavljen je u *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10, koji su u primeni od 25. decembra 2010.

nesreću na poslu ili profesionalnu bolest, tako da osigurani slučajevi koji su pokriveni Konvencijom su: 1. bolest; 2. nesposobnost za rad koja dolazi kao posledica bolesti i povlači gubitak zarade; 3. potpun ili delimičan gubitak sposobnosti zarađivanja iznad propisanog stepena, kada je verovatno da će taj potpuni ili delimični gubitak biti stalan ili odgovarajuće smanjenje fizičkog integriteta; 4. gubitak sredstava za život za udovicu ili decu smrću hanioca porodice. Osigurani slu čaj invalidnosti obu hvata nesposobnost određenog stepena za obavljanje profesionalne delatnosti i to onda kada je verovatno da će ta nesposobnost biti stalna ili kada ona postoji i dalje po prestanku prava na naknadu za slučaj bolesti. Davanja za slučaj invalidnosti se obezbeđuju pod uslovom da je zaštićeno lice navršilo određeni staž. Staž treba da bude ispunjen pre nego što nastupi osigurani slučaj. Potrebno je da su doprinosi uplaćeni na ime zaštićenog lica u toku aktivnog perioda njegovog života i da njihov prosečni godišnji broj dostiže propisane cifre².

2.3. Konvencija o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom broj 159

Međunarodna organizacija ujedinjenih nacija donela je 1983. godine Konvenciju o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom broj 159 u kojoj je utvrdila međunarodne radne standarde³. U vezi sa problematikom profesionalnog integrisanja lica sa invaliditetom, Direktiva br.89/654 predviđa potrebu prilagođavanja radnog mesta i radnog okruženja potrebama lica sa invaliditetom kako bi se olakšala njihova profesionalna integracija. Budući da prilagođavanje radnog mesta i radnog okruženja potrebama lica sa invaliditetom podrazumeva (razumne) troškove za poslodavca, evropski radni standardi utvrđuju do kog iznosa se ti troškovi mogu smatrati razumnim prilagođavanjem – Direktiva br. 2000/78. To znači da ukoliko je osnovan fond za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje lica sa invaliditetom, iz koga se poslodavcu mogu odobriti odgovarajuća sredstva za prilagođavanje radnog mesta i radnog okruženja potrebama lica sa invaliditetom, poslodavac ostaje u obavezi da zaposli lice sa invaliditetom (Lubarda, 2004: 258).

2 Konvencija MOR-a br. 102 o socijalnom obezbeđenju, IX deo, (član 54), *Službeni list FNRJ*, br. 1/55.

3 *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br.14/82.

2.4. Standardna pravila Ujedinjenih nacija za izjednačavanje mogućnosti koje se pružaju osobama sa invaliditetom

Prava osoba sa invaliditetom na sveukupnu zaštitu našla su se u fokusu aktivnosti Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 1993.godine donošenjem Standardnih pravila Ujedinjenih nacija za izjednačavanje mogućnosti⁴ koje se pružaju osobama sa invaliditetom. U kratkom periodu ovaj međunarodni dokument postao je sastavni deo zakonodavstva mnogih zemalja, takođe postaje i sastavni deo zakonodavstva Republike Srbije (odnosno tadašnje SRJugoslavije). Usvajanje ovog akta predstavlja krunu Decenije UN posvećene osobama sa invaliditetom (1983-1992) i značajan napredak u borbi za prava osoba sa invaliditetom (Tatić, 2007:100).

2.5. Neki rezultati istraživanja sa simpozijuma na Univerzitetu u Berkliju na kojem je izložen globalni pregled antidiskriminacionih zakona koji se odnose na osobe sa invaliditetom⁵

Ovo istraživanje iznosi paralelni prikaz zakona o zabrani diskriminacije u oko 45 zemalja sveta, uz koje se govori i o Zakonu o Amerikancima sa invaliditetom iz 1990. godine (tzv. ADA zakon)⁶. ADA, zabranjuje diskriminaciju u oblasti zapošljavanja, državnim i lokalnim aktivnostima (u oblasti obrazovanja, transporta, socijalnih usluga i drugo).

U oblasti zapošljavanja, veliki broj zemalja je prikazao zakone u kojima su uvedene kvote pri zapošljavanju i koje omogućavaju beneficije onesposobljenim osobama. Na primer Indijski zakon o osobama sa invaliditetom (jednake mogućnosti, zaštita prava i puno u češće) (Persons with Disabilities Equal Opportunities, protection of Rights and Full

4 SRJ je pristupila Standardnim pravilima 1995. godine.

5 Istraživanja sprovedena na Univerzitetu Berkliju u Kaliforniji (takozvana Berklijska škola), tokom 1999. i 2000. godine. Istraživanje obuhvata samo one zakone koji jasno u svom tekstu navode zabranu diskriminacije osoba sa invaliditetom. Ovo istraživanje iznosi paralelni prikaz zakona o zabrani diskriminacije u oko 45 zemalja sveta. *Berkliski žurnal o zakonima o zapošljavanju i radu*, br. 21/1.

6 Videti: www.ada.gov A DA (Americans with Disabilities Act) Zakon o Amerikancima sa invaliditetom, naziv je najznačajnijeg zakon u Americi donetog 1990. godine, koji zabranjuje diskriminaciju osoba sa invaliditetom po više osnova. U pravnoj literaturi Sjedinjenih Američkih Država do danas nema konsenzusa da li je A DA bio uspešan. Videti izveštaj sa simpozijuma na temu A DA iz 2000. godine, br. 21/1, *Berkliskog žurnala o zakonima o zapošljavanju i radu*. Simpozijum je održan pod nazivom „Jaka reakcija na A DA“.

Participation), razlikuje se od ostalih zakona o građanskim pravima u tome što ima nedovoljno oštre mere protiv diskriminacije. Umesto toga daje kvote u različitim oblastima, kvota od 1% u zapošljavanju na državnim poslovima, u državnim obrazovnim institucijama za lica sa određenim tipom invaliditeta, prevashodno za slepa lica, za slabovide osobe, osobe sa oštećenim sluhom i fizičkim oštećenjima. Interesantno je da se svako slobodno, nepopunjeno radno mesto u državnoj službi, prenosi u narednu godinu. Teoriski, ovo može dovesti do situacije da jedino državne organizacije mogu zaposliti i unapređivati osobe sa invaliditetom.

Australiski akt protiv diskriminacije osoba sa invaliditetom (Disability Discriminations Act) iz 1992. godine zabranjuje diskriminaciju u oblasti zapošljavanja, stanovanja, obrazovanja, pristupa institucijama, klubovima, sportskim i drugim ustanovama, posedovanju zemlje i prometu robe i usluga. Akt o jednakim mogućnostima Malte iz 2000. godine, sadrži mere protiv diskriminacije u oblasti zapošljavanja, obrazovanja, javnih objekata i robe i usluga kao i stambenih objekata. Honkoški propis o diskriminaciji osoba sa invaliditetom (Dissability Diskrimination Ordience) pokriva zapošljavanje obrazovanje, ustanove, robe i usluge, advokatske kancelarije, klubove i sportske objekte i vladine ustanove (Stojanović, 2016: 36).

2.6. Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom⁷

Generalna Skupština OUN-a donela je 2006.godine Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom. Svrha Konvencije jeste da promoviše, štiti i osigurava puno i jednako uživanje svih prava i sloboda osoba sa invaliditetom. Konvencija u preambuli daje opisnu definiciju invalidnosti posebno ističući da se radi o konceptu koji se stalno menja i razvija. U članu 1. stav 2. utvrđuje da u osobe sa invaliditetom spadaju i osobe koje imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna i senzorna oštećenja koja u sadejstvu sa različitim barijerama mogu otežati puno i efikasno učešće ovih osoba u društvu na osnovu jednakosti sa drugima. U članu 27 utvrđuje da je pravo na rad i zapošljavanje dostupno osobama sa invaliditetom kao i svim drugim licima, odnosno da je svako razlikovanje radnika ili kandidata za posao na osnovu zdravstvenog stanja zabranjeno, ovaj član preporu čuje afirmativne akcije podsticanja mogućnosti za zapošljavanje i napredovanje, kao i

⁷ Republika Srbija je ratifikovala Konvenciju i Opcioni protokol za njeno sprovođenje, *Službeni glasnik RS*, br.42/09, za oba dokumenta.

unapređivanje mogućnosti samozapošljavanja i zapošljavanja u javnom sektoru (Reljanović, 2010: 125).

3. Dokumenta Evropske Unije o zaštiti položaja osobama sa invaliditetom

3.1. Evropska socijalna povelja⁸

Evropska socijalna povelja dodatnim protokolima se širila u pravcu podizanja skale socijalnih prava, kao i poboljšanja kontrolnog mehanizma primene prava, zbog čega ima svoje zasluženno mesto i značaj u evropskim okvirima.

Države potpisnice Evropske socijalne povelje preuzele su obavezu da u svoja zakonodavstva, u potpunosti ili delimično, ugrade određen broj normi kojima se obezbeđuje zaštita osnovnih socijalnih i ekonomskih prava građana. Prema članu 12 tačke 1-3 ove povelje, Republika Srbija je dužna da svoj sistem socijalne sigurnosti održava na zadovoljavajućem nivou i da ga postepeno podiže na viši nivo. Odredbom člana 20. stav 2. predviđeno je da se dostignuti nivo ljudskih prava ne može smanjivati. Ovaj ustavni princip odnosi se i na penzijsko i invalidsko osiguranje iz člana 70. Ustava jer i ono pripada korpusu ljudskih prava koji je uređen odredbama članova od 27 do 74 Ustava Republike Srbije⁹. U Revidiranoj evropskoj socijalnoj povelji osobe sa invaliditetom dobile su značajno mesto u prepoznavanju potrebe da se reše problemi koji se tiču profesionalnog izbora i napretka u profesiji kroz obavezu zemalja potpisnica da obezbede ili promovišu, potrebno profesionalno usmerenje, obrazovanje, profesionalnu obuku, prema potrebi, službu koja će pomagati svim licima u ostvarivanju ovih potreba.

3.2. Uredba Evropske unije 883/2004¹⁰ i Uredba Evropske unije 987/2009¹¹

S obzirom na činjenicu da Republika Srbija nije članica Evropske unije, značajno je navesti pomenute dve uredbe koje su doneli Evropsko veće i Parlament, a koje su značajne za osobe sa invaliditetom i odnose

8 *Službeni glasnik RS*, br.42/09.

9 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

10 Uredba 883/2004, *Službeni List Evropske unije (SL) L 166* od 30.04.2004., ova Uredba je više pu ta menjana i dopunjavana.

11 Uredba 987/2009 od 16.06.2009, kojom se u tvrdi postupak sprovođenja Uredbe 883/2004 o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti, *Službeni list Evropske*

se na korišćenje utvrđenih prava ovih osoba u okvirima granica Evropske unije. Uredba 883/2004, načelno utvrđuje i usklađuje primenu sistema socijalne sigurnosti na osobe koje se kreću Unijom kao i kako je uspostavljen pravni okvir za ostvarivanje njihovih prava u tom području. Ovom uredbom se između svih država članica uspostavlja i primenjuje jedinstveni višestrani pravni režim ostvarivanja prava pojedinaca i zamenjuju se odredbe dotadašnjih dvostranih ugovora o socijalnom osiguranju između njih (Rismondo, 2016: 6). Uredba 883/2004 ima strukturu međunarodnog ugovora o socijalnom osiguranju a Uredba 987/2009 ima karakter administrativnog sporazuma odnosno sadrži odredbe o postupku za primenu nacionalnih zakonodavstava država članica Unije povodom ostvarivanja prava na socijalno osiguranje radnika migranata i članova njihovih porodica.

U odnosima između država u sprovođenju socijalne sigurnosti pri ostvarivanju prava pojedinaca, pojavljuju se problemi primene zakonodavstava dve ili više država na osobe koje su tokom svog života i radnog veka boravile, radile i bile obuhvaćene njihovim sistemima socijalne sigurnosti. Uklanjanje posledica sukoba zakona ili odbijanje primene zakonodavstava po prava pojedinaca moguće je postići metodom konvergencije, harmonizacije ili koordinacije tih sistema. Za harmonizaciju (međusobno prilagođavanje zakonodavstava i prakse) nužno je postići realnu međunarodnu solidarnost, kao i ekonomsku i političku integraciju. Isto tako, koordinacija sistema socijalne sigurnosti „predstavlja dodatak slobodi kretanja unutar Zajednice“ (Unije) (Rodiere, 2008:13). Koordinacija sistema socijalne sigurnosti obavlja se najčešće primenom dvostranih i višestranih međunarodnih ugovora. Zbog toga, pravni okvir (izvori) međunarodne koordinacije sistema socijalne sigurnosti su nadnacionalnog porekla i primenjuju se direktno na odnose između u česnika njenog sprovođenja i osnov su na temelju koga pojedinci ostvaruju svoja socijalna prava. Pravnim okvirima koordinacije ujedno se uspostavlja pravna veza između sistema socijalne sigurnosti i njihovih zakonodavstava različitih država, a prava stečena njihovom primenom koriste se i nakon prestanka važenja tih okvira (Rismondo,2016:13).

unije (SL) L 149 od 08.06.2012. Kao i Uredba 883/2004, takođe je više pu ta menjana i dopunjavana.

4. Primena međunarodnih ugovora o socijalnom osiguranju u Republici Srbiji

Republika Srbija zaključila je sa više desetina država širom Evrope i sveta međunarodne ugovore o socijalnom osiguranju koji se sa uspehom sprovode. Primenu bilateralnih sporazuma o socijalnom osiguranju prate odgovarajući administrativni sporazumi kao instrumenti za primenu međunarodnih ugovora kao i određeni finansijski poslovi kojima se regulišu finansijski tokovi novca (najčešće isplata penzija i drugih novčanih davanja) koji se isplaćuju pojedincima u državama u kojima oni žive (Stojanović, 2011: 740).

4.1. Uloga države u zapošljavanju osoba sa invaliditetom

Zapošljavanje osoba sa invaliditetom poslednjih decenija je trend u svim zakonodavstvima modernih zemalja koje prate potrebu da se problemi naraslog broja osoba sa invaliditetom institucionalno rešava kroz dobra zakonodavna rešenja usklađena sa međunarodnim dokumentima Ujedinjenih nacija, Evropske unije i regionalnih organizacija. Budući da to podrazumeva obavezu države da preuzima određene aktivnosti, ove mere se označavaju terminom „pozitivna diskriminacija“, i ako se u literaturi pored ovog termina, kao njegovi sinonimi, koriste i termini „pozitivna akcija“ (positive action), koji je prihvaćen u komunitarnom pravu, kao termin „afirmativna akcija“ (affirmative action), koji je prihvaćen u američkom i kanadskom pravu (Kovačević, 2011: 195).

Domaći zakonodavac se ugledao na standarde Saveta Evrope, na šta ga posebno obavezuje ratifikacija Revidirane evropske socijalne povelje, kojom je potvrđeno pravo lica sa invaliditetom na nezavisnost, socijalnu integraciju i učešće u životu zajednice (Kovačević, 2011: 199). Uloga države u zapošljavanju osoba sa invaliditetom detaljno je utvrđena Zakonom o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom¹² i podzakonskim aktima koji pomažu njegovu primenu¹³. Jedan od ovih primera je svakako i Zakon o određivanju poslova i radnih zadataka za obavezno zapošljavanje slepih invalida rada i drugih slepih lica¹⁴, (po odredbama ovog zakona poslodavac je morao na svakih

12 *Službeni glasnik RS*, br. 36/09, 32/13.

13 Pravilnik o načinu praćenja izvršavanja obaveze zapošljavanja osoba sa invaliditetom i načinu dokazivanja izvršavanja te obaveze, *Službeni glasnik RS*, br. 33/10, 48/10 i 113/13. Pravilnik o načinu i kriteriju mima za sprovođenje mera aktivne politike zapošljavanja, *Službeni glasnik RS*, br. 12/12, 20/13, 69/14.

14 *Službeni glasnik RS*, br. 67/93, (prečišćen tekst).

pet radnika koji obavljaju ove poslove da zaposli jednog slepog radnika). I ako su doneti novi propisi o zapošljavanju osoba sa invaliditetom odredbe ovog zakona nisu stavljene van snage.

4.2. Osnovne odredbe Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom i rezultati njegove primene

Prvo od čega Zakon polazi je potreba da definiše koje osobe mogu biti osoba sa invaliditetom, kojim osobama pripada taj status, kako se on stiče, koja prava i obaveze proizvodi taj status i koji sve subjekti učestvuju u ostvarivanju prava i obaveza osoba sa invaliditetom.

Isto tako i Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije¹⁵ nastoji da što preciznije definiše pojam invalidnosti, odnosno s tim u vezi potpuni gubitak radne sposobnosti. U članu 21. po odredbama navedenog zakona invalidnost postoji kad kod osiguranika nastane potpuni gubitak radne sposobnosti, odnosno kad kod profesionalnog vojnog lica nastane potpuni gubitak sposobnosti za profesionalnu vojnu službu, zbog promena u zdravstvenom stanju prouzrokovanih povredom na radu, profesionalnom bolešću, povredom van rada ili bolešću, koji se ne mogu otkloniti lečenjem ili medicinskom rehabilitacijom.

Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, osoba sa invaliditetom (čl. 3) definiše da je osoba sa invaliditetom lice sa trajnim posledicama telesnog, senzornog, mentalnog ili duševnog oštećenja ili bolesti koje se ne mogu otkloniti lečenjem ili medicinskom rehabilitacijom, koje se suočava sa socijalnim i drugim ograničenjima od uticaja na radnu sposobnost i mogućnost zaposlenja ili održanja zaposlenja i koje nema mogućnosti ili ima smanjene mogućnosti da se, pod ravnopravnim uslovima, uključi na tržište rada i da konkuriše za zapošljavanje sa drugim licima. Na dalje (u članu 4) Zakon utvrđuje da status osoba sa invaliditetom ima: 1) ratni vojni invalid; 2) mirnodopski vojni invalid; 3) civilni invalid rata; 4) lice kome je izvršena kategorizacija i drugo lice kome je utvrđena invalidnost, u skladu sa zakonom; 5) lice kome je, u skladu sa propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju utvrđena kategorija invalidnosti odnosno preostala radna sposobnost; 6) lice kome se, u skladu sa ovim zakonom, proceni radna sposobnost saglasno

¹⁵ Službeni glasnik RS, br. 34/03, 64/04 – US, 84/04 – dr.zakon, 85/05, 101/05 – dr. Zakon, 63/06 – US, 5/09, 101/10, 93/12, 62/13, 108/13, 75/14).

kojoj ima mogućnost zaposlenja ili održanja zaposlenja, odnosno radnog angažovanja.

Navedenih šest grupa osoba sa invaliditetom (čija invalidnost je utvrđena po posebnom postupku) ili su u statusu nezaposlenih lica ili su zaposlene kod poslodavca (koji ima zakonsku obavezu da na određen broj zaposlenih radnika zaposli odgovarajući broj osoba sa invaliditetom ili da plaća propisan novčani iznos na račun Budžetskog fonda, specijalno otvorenog za plaćanje "penala" za neizvršenu zakonsku obavezu zapošljavanja osoba sa invaliditetom).

Nezaposlena osoba sa invaliditetom je (po članu 4. stav 2), jeste osoba od 15 do 65 godina života, koja nije u radnom odnosu niti je na drugi način ostvarila pravo na rad, spremna da radi ili prihvati profesionalnu rehabilitaciju radi zapošljavanja i aktivno traži zaposlenje i vodi se na evidenciji nezaposlenih lica kod organizacije nadležne za poslove zapošljavanja. Na ovaj način zakonodavac je želeo da utvrdi određen stepen odgovornosti osoba sa invaliditetom za svoj položaj u društvu kao i da im nametne obavezu aktivnog učešća u profesionalnoj rehabilitaciji kod poslodavca, prekvalifikaciji i traganju za odgovarajućim poslovima, shodno zdravstvenim i radnim sposobnostima, umeću i sklonostima.

Zakonodavac je dao poseban značaj Nacionalnoj službi za zapošljavanje, počev od sprovođenja posebnog postupka utvrđivanja statusa osobe sa invaliditetom, preko preuzimanja obaveze profesionalne rehabilitacije, promene obrazovanja ovih lica, stručnog osposobljavanja za određeni posao, zapošljavanja kod poslodavaca (na uobičajenim radnim mestima ili na radnim mestima koja su specijalno prilagođena za rad osoba sa invaliditetom).

4.3. Kako se stiče status osobe sa invaliditetom i uloga Nacionalne službe za zapošljavanje u ovom postupku

Na osnovu odredaba Pravilnika o bližem načinu, troškovima i kriterijumima za procenu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja osoba sa invaliditetom¹⁶, utvrđeni su elementi po kojima se određuju stepeni odnosno skale za razvrstavanje osoba sa invaliditetom (član 16). Nadležna komisija lekara veštaka, osnovu pregleda podnosioca zahteva i na osnovu priložene medicinske i odgovarajuće radne dokumentacije (ako je podneta uz zahtev), vrši ocenu bolesti i oštećenja od uticaja

16 "Sl. glasnik RS", br. 36/10 i 97/13

na radnu sposobnost i mogućnost zaposlenja ili održanja zaposlenja na osnovu sledeće skale:

- 1) 0. stepen - ako ne postoje teškoće i prepreke u radu, odnosno ukoliko su zanemarljive i ne utiču na radnu sposobnost;
- 2) 1. stepen - ako su teškoće i prepreke male i ne utiču na radnu sposobnost u odnosu na zanimanje i poslove koje lice može da obavlja i omogućavaju zapošljavanje pod opštim uslovima;
- 3) 2. stepen - ako su teškoće i prepreke umerene, odnosno znatne u odnosu na zanimanje ili poslove koje lice može da obavlja a omogućavaju zapošljavanje pod posebnim uslovima;
- 4) 3. stepen - ako su teškoće i prepreke potpune i višestruke, odnosno lice se ne može zaposliti ili održati zaposlenje ni pod opštim ni pod posebnim uslovima, odnosno čiji je radni učinak manji od jedne trećine radnog učinka zaposlenog na uobičajenom radnom mestu, bez obzira na zanimanje ili poslove.

Na osnovu nalaza lekara veštaka odgovarajuće struke, o utvrđenim stepenima teškoća i prepreka Nacionalna služba za zapošljavanje donosi odgovarajuće rešenje. Donošenjem pravosnažnog rešenja stiče se status osobe sa invaliditetom¹⁷.

4.4. Razlika između osoba koje su izgubile radnu sposobnost po propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju i osoba sa invaliditetom po propisima o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom

Razlika je očigledna u određivanju pojma invalidnosti i mogućnosti koje ova dva navedena zakona daju osobama koje su stekle određenu invalidnost. Prvi zakon utvrđuje pravo na invalidsku penziju a drugi zakon utvrđuje pravo na zapošljavanje i rad u određenim uslovima.

Razlika između osobe sa invaliditetom i osobe koja je potpuno izgubila radnu sposobnost prvenstveno se vidi u načinu na koji je zakonodavac opredelio pitanje radne sposobnosti i ispunjenje određenih zakonom predviđenih uslova. Kod potpunog gubitka radne sposobnosti, lice ostvaruje pravo na invalidsku penziju (pod uslovom da su ispunjeni i drugi uslovi u pogledu godina staža osiguranja, plaćenih doprinosa,

¹⁷ Stojanović, V., Osvrt na neke važne odredbe Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom“, Savetnik – časopis za budžetski sistem, godina X XIX, broj 1/2017, izdavač Zavod za unapređenje poslovanja, Beograd, str.101.

prijava i odjava sa osiguranja i drugih relevantnih uslova). Poslodavac odjavljuje sa obaveznog socijalnog osiguranja lice koje je steklo potpuni gubitak radne sposobnosti, dok kod osobe sa invaliditetom, kojoj je taj status utvrđen po postupku koji se vodi u Nacionalnoj službi za zapošljavanje, poslodavac ne odjavljuje to lice sa obaveznog socijalnog osiguranja. Osoba sa invaliditetom, ako je zaposlena, nastavlja da radi kod poslodavca a ako je na evidenciji nezaposlenih lica Nacionalna služba za zapošljavanje preuzima aktivnu ulogu pronalaženja posla ovom licu.

Ovo je osnovna razlika koja se ogleda u pravnom položaju jednih i drugih osoba sa invaliditetom. Ono što je zajedničko osobama sa invaliditetom i osobama kod kojih je nastao potpuni gubitak radne sposobnosti, jeste garantovano pravo na rad, pravo na uslove rada, pravo na zaključivanje ugovora o radu za osobe sa invaliditetom, odnosno ugovora o delu za invalidske penzionere i neka druga prava (koja sada nisu predmet ovog rada).

Položaj osoba sa invaliditetom kao i njihova prava i obaveze osoba u našem pravnom sistemmmu regulisana su kako po odredbama napred navedenih zakona tako i po propisima koji uređuju oblast radnih odnosa, zdravstvene zaštite, penzijskog i invalidskog osiguranja, zabrane diskriminacije, bezbednosti i zdravlja na radu, zapošljavanja i drugih mnogobrojnih propisa „rasutih“ po mnogim zakonskim i podzakonskim aktima.

Literatura

Kovačević, Lj. (2011). *Zapošljavanje lica sa invaliditetom*. Vuković, D. Arandarenko, M. (Prir.) *Socijalne reforme – sadržaj i rezultati*. Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu. (Str. 195-199).

Lubarda, B. (2004). *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica, Republika Crna Gora. (Str. 258).

Perić, D. (2013). *Pristojan rad – rad dostojan čoveka*, Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici. (Str. 301).

Reljanović, M. (2010). *Zabrana diskriminacije pri zapošljavanju kao međunarodno ljudsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet univerziteta Union u Beogradu. (Str. 125-127).

Rismondo, M. (2016). *Socijalna politika Evropske unije i ostvarivanje socijalne sigurnosti prema Uredbama 883/2004 i 987/2009 i drugim aktima unije*, Rijeka: Libertin naklada u Rijeci. (Str. 6).

Stojanović, V. (2017). *Osvrt na neke važne odredbe Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom*, Savetnik – časopis za budžetski sistem. (X XIX-Br. 1/17). Zavod za unapređenje poslovanja Beograd. (Str. 101).

Stojanović, V. (2017). *Pravni okvir ekonomske i socijalne sigurnosti osoba sa invaliditetom*. Udruženje pravnika u privredi Srbije – časopis za privrednopravnu teoriju i praksu, Beograd, (broj 4-6). (Str. 740).

Stojanović, V. (2016). *Socijalni i radnopravni položaj osoba sa invaliditetom*, Beograd: Pravni fakultet univerziteta Union u Beogradu. (Str. 36 i str. 240).

Tatić, D. (2007). *Zaštita prava osoba sa invaliditetom*, Beograd: Fakultet političkih nauka u Beogradu. (Str. 100).

Šunderić, B. (2001). *Pravo međunarodne organizacije rada*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Str. 542).

Vesna Stojanović,

Associate,

R&B College of Economics and Administration, Belgrade

THE STATUS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN INTERNATIONAL DOCUMENTS AND IN NATIONAL LEGISLATION

Summary

Keeping in mind that individuals with disabilities make up more than 10% of the world's population, it has become more apparent that the efforts of the international community to adopt adequate legal documents has influenced national lawmakers to create a better legal framework for the protection of the status of this marginalized group. Furthermore, the dilemma remains who can be recognized as an individual with disabilities and how the government should recognize them, in order to ensure they are provided adequate help.

Within our legal system there were many laws and other acts which protect individuals with disabilities. It is indisputable that the Act on professional rehabilitation and employment of individuals with disabilities has brought on numerous and perhaps even revolutionary developments in this sphere even though the results of the application of this Act will be more apparent in the decades to come considering that it has produced significant results even at present. Primarily, the public attention focuses on persons with disabilities in regard to their employment, education, professional rehabilitation, and other positive and beneficial activities. In this sense, it is the obligation of the employer to employ a certain number of individuals with disabilities. This obligation can only be replaced by a different obligation, i.e. the obligation to pay fees – as per a stated amount (penalty fees) to a specially formed fund, which is then used to help individuals with disabilities. The future of this law and some others concerning assistance to individuals with disabilities is laid out in the need to further develop and broaden the ability and capacity of the law to provide for their right to employment and for further social affirmation and engagement of this inadequately protected group.

Keywords: *persons with disabilities, international documents, national legislation, human rights.*

KRIVIČNOPRAVNA SESIJA



Dr Dragan Jovašević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776209J

UDK: 341.4

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

SAVREMENO KRIVIČNO PRAVO KAO IZRAZ GLOBALIZACIJE

Apstrakt: U savremenim društvenim, političkim, ekonomskim i bezbednosnim uslovima, kada nestaju brojne razlike između pojedinih kontinenata, država i delova sveta usled narastajućih uticaja globalizacije, i pravo dobija posebnu i specifičnu dimenziju. Ta pojava je najkarakterističnija upravo u oblasti krivičnog prava. Nastalo paralelno sa nastankom države uopšte i usko povezano sa državnim suverenitetom, krivično pravo predstavlja pravo na kažnjavanje učinilaca krivičnih dela koja su propisana u nacionalnim zakonima. To pravo na kažnjavanje proizilazi iz prava vlasti – ius imperium. No, danas kriminalitet različitih oblika i vidova, posebno transnacionalni organizovani kriminalitet, prevazilazi granice i mogućnosti jedne ili više država i postaje problem međunarodnog, globalnog karaktera. On tako postaje predmet određivanja međunarodnog i transnacionalnog krivičnog prava. S njima su u vezi i uporedno krivično pravo, kao i regionalno krivično pravo – u prvom redu evropsko krivično pravo. U radu se upravo analizira uticaj procesa globalizacije na ove nove pojavne oblike krivičnog prava.

Ključne reči: globalizacija, pravo, međunarodno krivično pravo, transnacionalno krivično pravo, evropsko krivično pravo, međunarodni standardi, unifikacija.

*jovas@prafak.ni.ac.rs

1. Uvod

Savremeno doba obeležava u velikoj meri prisutna globalizacija kao pojava koja je zahvatila sve pore društva, kako na međunarodnom, univerzalnom, tako i na unutrašnjem, nacionalnom nivou. Ona je obuhvatila brojne društvene procese, pa se u značajnoj meri odražava i u oblasti prava, u njegovoj "internacionalizaciji", odnosno "univerzalizaciji" ili "globalizaciji". Radi se, zapravo, o pojavi koja se u društvenoj i pravnoj teoriji određuje na različite načine. U tom smislu navešćemo dva, po nama određujuća, pojma globalizacije.

Tako se kao globalizacija (Hatibović, 2002: 28–47) smatra serija složenih, nezavisnih ili povezanih procesa kojima se šire, intenziviraju i ubrzavaju svetske međuveze u svim oblastima ljudskih odnosa i transakcija – ekonomskih, socijalnih, umetničkih, ekoloških, političkih, diplomatskih i bezbednosnih – tako da događaji, odluke i delovanje u jednom delu sveta odmah imaju posledice na pojedince, grupe i države u drugim delovima sveta. Slična ovoj je i definicija (Gidens, 1998: 69) koja pod globalizacijom smatra intenzifikaciju društvenih odnosa na svetskom planu koja povezuje udaljena mesta na takav način da lokalna zbivanja uobličavaju događaji koji su se odigrali kilometrima daleko.

Budući da su pravni odnosi samo deo, segment društvenih odnosa, to je i logično da se globalizacijski trendovi kao obeležje kraja 20. veka u velikoj meri manifestuju i u oblasti prava – posebno u oblasti međunarodnog, transnacionalnog i evropskog prava. To je i logično, jer se u uslovima, univerzalnim aktima, zajemčene jednakosti svih ljudi pred zakonom, bez obzira na svoje razlike, pravni propisi nadnacionalnog, pa i nacionalnog karaktera u velikoj meri unifikuju, standardizuju. Ta je pojava zahvatila u velikoj meri i oblast krivičnog prava koje ima dvojaki cilj: a) obezbeđenje i zaštitu najznačajnijih ličnih i društvenih dobara i vrednosti i b) primenu krivične sankcije prema učiniocu krivičnog dela sa aspekta pravičnosti.

U oblasti krivičnog prava pojedini njegovi segmenti – međunarodno, transnacionalno, uporedno i evropsko krivično pravo predstavljaju najznačajniji izraz trenda globalizacije u pravu danas.

2. Međunarodno krivično pravo

Međunarodno ratno pravo (Perazić, 1986: 16–19), kao preteča međunarodnog krivičnog prava u današnjem smislu reči, javilo se sredinom 19. veka kao skup pravnih propisa međunarodnog karaktera kojima se regulišu odnosi

između pojedinih država, drugih subjekata u međunarodnoj zajednici i međunarodnih organizacija za vreme rata ili oružanog sukoba. Ovo pravo se još naziva i „pravo oružanih sukoba“ ili “haško pravo” budući da se njime prevashodno reguliše dozvoljenost upotrebe načina, sredstava i metoda ratovanja. Na njegovim temeljima, odnosno kršenjem normi međunarodnog ratnog prava, razvilo se međunarodno krivično pravo. O pojmu i sadržini međunarodnog krivičnog prava¹ u pravnoj teoriji ne postoji jedinstveno shvatanje (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2015: 27–36).

Pri tome se različita shvatanja o međunarodnom krivičnom pravu međusobno ne isključuju, nego upravo nadopunjuju i svako od njih izražava osobenu komponentu složene strukture i sistema međunarodnog krivičnog prava². Najstarije je shvatanje međunarodnog krivičnog prava koje pod ovim pojmom podrazumeva skup pravila o prostornom važenju nacionalnog krivičnog zakonodavstva ili skup pravila o primeni nacionalnog krivičnog zakona s obzirom na mesto izvršenja krivičnog dela ili s obzirom na državljanstvo njegovog učinioca (Jeschek, 1972: 127). Stoga je međunarodno ili „globalno“ krivično pravo određivano na dva načina i to (Petrović, Jovašević, 2010: 17–21): a) kao krivično pravo u smislu nacionalnog prava svake države koja na osnovu svog suvereniteta propisuje kako će se postupati sa kaznenopravnim sadržajima koji se mogu odnositi i na neke elemente inostranosti ili b) kao međunarodno pravo sadržano u ugovorima između država ili u drugim izvorima prava kojima se uređuju međudržavni odnosi kada se radi o krivičnopravnim sadržajima (Horvatić, 2003: 40–41).

Nastalo prvobitno kao skup odredbi nacionalnih krivičnopravnih sistema koji su namenjeni primeni u predmetima sa inostranim obeležjem (Simović, Blagojević, Simović, 2013: 11), međunarodno krivično pravo se danas profilise kao pravo koje obuhvata norme međunarodnog, nadržavnog, ali i norme nacionalnog prava koje, pre svega, uređuju grupe krivičnih dela i druga pitanja primene krivičnog prava u vezi sa međunarodnim odnosima (Pavišić, 2006: 13). Ili međunarodno krivično pravo obuhvata skup pravnih propisa koje direktno, neposredno primenjuju međunarodni

1 Pri tome treba reći da u pravnoj teoriji postoje i takva mišljenja (List) koja smatraju da je pojam međunarodnog krivičnog prava nelogičan i kao takav neprihvatljiv.

2 Profilisanje međunarodnog krivičnog prava kao samostalne pravne discipline je uslovljeno sledećim razlozima: 1) sintetičkim prist upom, 2) razrađivanjem pojmova međunarodnog krivičnog dela i opštih uslova primene, 3) razvojem i univerzalizacijom koncepta ljudskih prava i 4) stvaranjem međunarodnih pravila postupanja i drugih pravila međunarodnog krivičnog prava u širem smislu reči.

krivični sudovi, odnosno sudska tela koja su ustanovljena od strane više država ili od strane međunarodne organizacije. Nasuprot ovome pojmu, stoji krivično međunarodno pravo. To je skup nacionalnih pravnih propisa koji određuju principe prostornog važenja krivičnog zakona određene države (Degan, Pavišić, Beširević, 2013: 26).

Isto tako, međunarodno krivično pravo se određivalo i kao ukupnost krivičnopravnih normi koje su vezane za međunarodne odnose (Zlatarić, 1979: 24). Ili međunarodno (globalno) krivično pravo je sveukupnost pravila međunarodnog prava koja su krivičnog karaktera i koja predviđaju određene delatnosti kao međunarodne delikte (zločine), kao i posebne direktno primenjive pravne posledice koje su redovno rezervisane za krivično pravo (Emm Kareklas, 2009: 32). Nešto je šire shvatanje ove grane prava koje, pored navedene sadržine, obuhvata i pravila o pružanju međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima: izdavanje krivaca, važenje presuda inostranih sudova (Petrović, Jovašević, 2010: 16–19). Kako pojedine države u nedostatku međunarodnih propisa samostalno određuju važenje svojih zakona u odnosu na krivično delo izvršeno u inostranstvu i u odnosu na strane državljane kao njihove učinioce na svojoj teritoriji, to su se pojam i sadržina međunarodnog krivičnog prava, adekvatno međunarodnom privatnom pravu, ograničavali na rešavanje sukoba krivičnih zakona raznih država (Cryer, 2007: 78–92).

Tako se međunarodno krivično pravo shvatalo kao ukupnost normi nacionalnog kaznenog prava kojima se uređuje primena tog prava na krivična dela s elemenatom inostranosti ili prostorno važenje nacionalnog krivičnog prava (Novoselec, 2004: 477–478). Posmatrano na ovaj način, međunarodno krivično pravo se sve više shvata kao univerzalna celina prava. Pri tome se internacionalizacija krivičnog prava opisuje kao kretanje kojim krivično pravo prelazi nacionalne granice i postepeno se oslobađa suvereniteta države (Pavišić, Bubalović, 2013: 45–49).

Pojedini autori (Kambovski, 1998: 19) u poslednje vreme pojam međunarodnog krivičnog prava određuju na bazi tri osnovna segmenta kategorijalnog sistema kao što su (Jovašević, Ikanović, 2015: 73–93): a) međunarodni aspekti nacionalnog krivičnog prava, b) krivični aspekti međunarodnog prava i v) međunarodno krivično pravo stricto sensu. Prvi segment se odnosi na granice represivne vlasti i jurisdikciju države, te rešavanje sukoba zakona među državama, a drugi segment određuje principe i pravila međunarodnog prava kojima se određuju prava i obaveze država u krivičnom gonjenju i kažnjavanju učinilaca krivičnih

dela, te uzajamnu saradnju među državama na ovom planu. Treći segment ovog pojmovnog određivanja najmlađe grane kaznenog prava odnosi se na pojam i karakteristike međunarodnih krivičnih dela (u užem i širem smislu)³.

Tako se razlikuju tri oblika međunarodnog krivičnog prava (Cortens, Pradel, 2002: 4–7). To su: a) pravo koje obuhvata tradicionalne (klasične) probleme u ostvarivanju krivičnog pravosuđa između dve ili više država u slučaju da državljanin jedne države izvrši krivično delo u inostranstvu (dakle, to su pitanja koja se odnose na ustanovljenje nacionalne jurisdikcije i primene nacionalnog krivičnog prava), b) pravo koje se odnosi na međunarodno krivično pravo koje uvodi međunarodna zajednica predvođena Organizacijom ujedinjenih nacija (sistem međunarodnog krivičnog pravosuđa) i 3) pravo koje se odnosi na određene geografske celine i međunarodnu saradnju između najmanje tri države. Stoga se ono naziva i regionalno krivično pravo (Turković et al., 2013: 3–8).

I konačno, zbog interesantnosti, navešćemo i određenje međunarodnog krivičnog prava kao grane prava koju čini ukupnost pravila međunarodnog prava koja su vezana za međunarodne odnose kao što su (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 399): a) teritorijalno važenje krivičnog zakona, b) pravila međunarodnog prava koja su osnov za nacionalne odredbe, v) nacionalne propise o kažnjavanju koji imaju „autorizaciju“ međunarodnog prava, g) minimalni zajednički standardi krivičnog prava civilizovanih naroda, d) međunarodna saradnja i đ) naddržavno (supranacionalno) međunarodno krivično pravo.

3 Međunarodno krivično pravo *stricto sensu* označava pravo čije su normativne osnove u odredbama međunarodnog prava. Tako shvaćeno međunarodno krivično pravo ima dve značajne funkcije. To su: 1) da se primenjuje univerzalno, nezavisno od mesta izvršenja krivičnog dela, neposredno i direktno na njegovog u činioca bez obzira na njegovo svojstvo, državljanstvo i sl. i 2) koordinirajuća funkcija koja znači povezivanje i usklađivanje nacionalnih krivičnih zakonodavstava. Tako se savremeno međunarodno krivično pravo javlja kao pravo međunarodnih i nacionalnih organa krivičnog pravosuđa. Upravo ta sintetička koncepcija kroz parcijalnu kodifikaciju krivičnog prava dovodi do organizacije i delovanja jedinstvenog međunarodnog krivičnog prava.

3. Međunarodno krivično pravo kao globalizacijsko, nadnacionalno pravo

Ako međunarodno krivično pravo shvatimo kao globalizacijsko, nadnacionalno, naddržavno ili supranacionalno pravo⁴, tada ga možemo odrediti kao skup pravnih propisa koje ostvarujući interese celokupne međunarodne zajednice (čovečanstva) bez obzira na nacionalna krivična prava važi za sve države i za sve pojedince bez obzira na njihovo državljanstvo i mesto izvršenja krivičnog dela (Jovašević, 2011: 40–42). Smatra se pri tome da međunarodno krivično pravo (Zahar, Sluiter, 2008: 89–101) predstavlja nadnacionalno pravo koje međunarodna zajednica primenjuje direktno, neposredno preko svojih sudova. Ovo pitanje se posebno razmatra sa aspekta nastojanja da se zaštita osnovnih vrednosti koje su zajedničke čitavom čovečanstvu poveri međunarodnoj zajednici jer pojedine države ne mogu pružiti dovoljne garancije da će zaštititi te vrednosti, posebno kada su u pitanju zločini koje pojedinci i čine upravo „u ime“ svoje države (Novoselec, 2004: 478).

Tako se međunarodnim krivičnim pravom naziva skup pravila koja se odnose na gonjenje i kažnjavanje izvršilaca međunarodnih krivičnih dela (Dimitrijević et al., 2007: 20). U tom smislu se međunarodno krivično pravo određuje kao skup pravnih propisa koji su priznati u međunarodnim odnosima, a koji imaju za cilj zaštitu međunarodnog društvenog poretka suzbijanjem akata koji mu nanose povrede (Jovašević, Ikanović, 2012: 69–71). Iz ovakvog određenja pojma međunarodnog krivičnog prava proizilaze sledeće karakteristike (Simović, Jovašević, Simović, 2016: 71–92):

1) Ono se sastoji iz dve grupe propisa. Prvu grupu sačinjavaju propisi kojima se određuju pojam, karakteristike, elementi i vrste međunarodnih krivičnih dela. Drugu grupu sačinjavaju propisi kojima se rešava sukob o prostornom važenju krivičnih zakona raznih država i ustanovljava pružanje međunarodne pravne pomoći;

2) Izvor ovih propisa nalazi se u međunarodnopravnim aktima. Ovde se razlikuju akti međunarodne zajednice univerzalnog karaktera, koji su doneti u okviru ili pod okriljem Organizacije ujedinjenih nacija (OUN),

4 Iako se danas sve češće govori o međunarodnom krivičnom pravu kao nadnacionalnom pravu, prema nekim s hvatanjima ono ipak ne raspola že izgrađenim sistemom međunarodnih krivičnih dela, niti posebnim mogućnostima da se izrečene krivične sankcije izvrše bez saradnje organa država članica. Kako pri tome izostaju i sredstva za njihovu primenu, još uvek se ne može govoriti o delovanju međunarodnog krivičnog prava, nego se pre radi o pojavi koja se tek razvija.

zatim akti regionalnih organizacija ili tzv. regionalno krivično pravo (npr. Evropske unije ili Saveta Evrope) ili pak ugovori zaključeni između dve ili više država (Berthelet, 2003: 67–92),

3) Ovde se radi o pravnim propisima koji nemaju zakonski karakter, pa se za razliku od nacionalnog krivičnog prava koje je zakonsko pravo, ovde ne radi o zakonskom pravu, iako je i u okviru međunarodnog krivičnog prava jedan od osnovnih principa upravo princip zakonitosti ili legaliteta krivičnog dela i kazne,

4) Propisi se odnose na materijalno, procesno i izvršno krivično pravo, te organizaciju međunarodnog krivičnog pravosuđa i

5) Neki propisi međunarodnog karaktera se neposredno primenjuju na konkretne slučajeve izvršenja krivičnih dela i njihove učinioce kroz praksu Haškog tribunala za bivšu SFR Jugoslaviju, Tribunala za Ruandu, internacionalizovanih sudova ili stalnog Međunarodnog krivičnog suda, a neki propisi se primenjuju posredno, tek u slu čaju i kada ih pojedine države unesu posle ratifikacije u svoje nacionalno krivično zakonodavstvo.

Od međunarodnog krivičnog prava, koje je imalo za predmet rešavanje sukoba o prostornom važenju krivičnih zakona i regulisanje međunarodne pravne pomoći, ono danas postaje međunarodno krivično pravo koje ima za predmet određivanje međunarodnih krivičnih dela i krivičnih sankcija za njihove učinioce. Danas se u pravnoj teoriji sve više insistira da ispitivanju mogućnosti uvođenja, ne međudržavnog, nego međunarodnog krivičnog prava, ali kao naddržavnog sistema pravnih normi koje bi bile iznad nacionalnog krivičnog zakonodavstva. Na taj način bi se pružala delotvornija i nezavisnija krivičnopravna zaštita nego što je to slučaj sa nacionalnim pravnim sistemom. Tako bi sama međunarodna zajednica postala nosilac nove (nedržavne) međunarodne krivične vlasti. Ostvarenje ovih zahteva je, u prvom redu, uslovljeno rešavanjem brojnih pitanja na političkom, socijalnom i pravnom području. Zato se, kao prvo, postavlja i pitanje utvrđivanja polazne osnove za uspostavljanje novog sistema međunarodne krivičnopravne zaštite (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 400).

To znači da danas međunarodno krivično pravo dobija sve više supranacionalnu dimenziju u smislu neposredne primene međunarodnih normi na pojedine slu čajeve izvršenja međunarodnih krivičnih dela. Takva afirmacija supranacionalne prirode ove grane prava se manifestuje, pre svega, kroz pojavu međunarodnih zločina – *delictum sui generis* – koji se u formalnom smislu javljaju kao povrede zabrana sadržanih

u međunarodnim konvencijama, a u materijalnom smislu kao povrede ili ugrožavanje opštih interesa međunarodne zajednice (Kambovski, 1998: 27–29). No, imajući u vidu da se u većini država u svetu danas javlja veliki broj istih ili veoma sličnih krivičnih dela sa istim oblicima i vidovima ispoljavanja i rasponom propisanih sankcija, da je veliki broj instituta opšteg dela krivičnog prava vezan za krivično delo, saučesništvo, sistem krivične odgovornosti i kažnjivosti u velikoj meri unificiran, u teoriji se postavilo pitanje unifikacije krivičnog zakonodavstva. To bi dovelo do stvaranja takvog krivičnog prava koje bi bilo obavezno za sve ili bar najveći deo država i njihovih građana. Time bi se na osebujuć način sprovela ideja o međunarodnom krivičnom pravu koje bi bilo jedinstveno i opšte primenjivo za celokupnu ljudsku i društvenu zajednicu.

U pravnoj teoriji (Kambovski, 2002: 62) se ističu dva osnovna razloga za sve prisutniji proces globalizacije i univerzalizacije krivičnopravnih rešenja i prihvatanja nužnosti postojanja supranacionalnih, kogentnih normi i standarda ove grane prava. Kao prvi razlog se nametnuo porast, širenje i izuzetna dinamika novih oblika i vidova ispoljavanja kriminaliteta, posebno organizovanog transnacionalnog kriminaliteta koji ne poznaje granice između država i kontinenata, te tako dobija međunarodnu dimenziju (Bavcon, Korošec, 2003: 200–207). U prilog ovog razloga govori „Bečka deklaracija o kriminalu i pravdi – odgovori na izazove 21. Veka“ koja je usvojena na Desetom kongresu OUN za prevenciju kriminala u Beču 2000. godine. Drugi značajan razlog koji doprinosi tendenciji univerzalizacije krivičnog prava je podizanje na kvalitativno viši međunarodni nivo univerzalno priznatih, prirodnih i neotuđivih ljudskih sloboda i prava (Carić, 2015: 25–37)⁵ i obezbeđenje njihove efikasne i kvalitetne zaštite (Blackburn, Polakiewicz, 2001: 117–132).

Ova koncepcija, međutim, na današnjem stepenu razvoja čovečanstva nije mogla biti sprovedena u život, pre svega zbog razlika u društveno-ekonomskom i političkom uređenju i pravnim sistemima pojedinih država, iako su i tu učinjeni određeni pomaci, npr. u pogledu izgradnje krivičnog prava Evropske unije ili evropskog krivičnog prava (Marty Delmas, 2001: 67–91), a osim toga i zbog razlika u shvatanjima, stepenu razvoja, tradicijama, kulturi, obimu, strukturi i dinamici kriminaliteta, te potrebama kriminalne politike i dr. (Harald, 2003: 89–101). Zbog toga se danas sve manje govori o jednom kompleksnom i sveobuhvatnom

5 Neretko se u pravnoj literaturi ističe da međunarodni izvori „prava o ljudskim pravima“ zapravo predstavljaju „treću dimenziju međunarodnog krivičnog prava“.

međunarodnom krivičnom pravu, a više se insistira na tome da određena društveno opasna dela koja imaju međunarodni karakter budu utvrđena kao kažnjiva dela u svim državama. Prema tome, unifikacija krivičnog zakonodavstva u sadašnjim uslovima razvoja međunarodne zajednice još uvek nije realna. Ali to ne znači da se ne može i ne treba ostvarivati saradnja među državama na izgradnji izvesnih opštih principa i opštih pravila, odnosno opštih i osnovnih instituta krivičnog prava. Pri tome, treba imati na umu da i danas (a naročito ranije) zakonodavstva nekih država (npr., Nemačke, Francuske ili Velike Britanije) imaju znatan uticaj na razvitak krivičnog zakonodavstva drugih država (u tom pogledu veliki je uticaj anglosaksonskog precedentnog krivičnog prava).

Na početku trećeg milenijuma međunarodno krivično pravo beleži vrtoglav uspon (Huet, Koerlingt Joulin, 2002: 3–14). Takav njegov razvoj je posledica sledećih činilaca (Degan, Pavišić, Beširević, 2013: 1–2): 1) globalizacija svih ljudskih delatnosti, te mobilnost ljudi i dobara, uz postepeno ukidanje granica između pojedinih država, posebno unutar Evrope, pospešuje vršenje krivičnih dela sa međunarodnim obeležjima. To nameće potrebu za sve većom međunarodnom saradnjom država i njihovih nadležnih organa u suzbijanju kriminaliteta, 2) nternacionalizacija kriminalnih delatnosti nametnula je uspostavljanje putem ugovora kompleksnih sistema uzajamne saradnje i pomoći država, kako na univerzalnom, tako i na regionalnim planu, a posebno u okviru Evropske unije (Ascensio, Decaux, Pellet, 2000: 921–922) i 3) uvećanje i usavršavanje svih vrsta i oblika prekograničnog kriminaliteta dovodi do jače i organizovanije saradnje država u njegovoj prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju.

Sve to ukazuje na veliku važnost modela prema kome se međunarodno krivično pravo uključuje u nacionalna krivična zakonodavstva, a koje bitno određuje i podru čje, kao i delotvornost njegove primene. Tu se uočavaju dve koncepcije. To su (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 400–401): 1) koncepcija nadržavnog krivičnog prava ili koncepcija direktne, neposredne primene međunarodnog krivičnog prava koja uklju čuje, osim materijalnog krivičnog prava i odgovarajuće jurisdikcijsko (organizaciono) uređenje. Tu spadaju: međunarodni krivični kodeks, međunarodna pravila krivičnog postupka koja primenjuje međunarodni krivični sud i pravila izvršnog krivičnog prava i 2) koncepcija pretežne primene nacionalnog krivičnog zakonodavstva koje razvoj međunarodnog krivičnog prava vidi kao proces koji teče uporedo (paralelno) sa razvojem nacionalnog zakonodavstva, posebno putem konvencijskih pravila gde nacionalni suverenitet u području krivičnog

prava ne isključuje, nego, naprotiv, ostaje najvažniji oslonac, uz istovremeno razvijanje međunarodne saradnje.

4. Uporedno krivično pravo – unifikacija pravnih sistema pojedinih država

U tesnoj vezi sa međunarodnom, nadnacionalnim krivičnim pravom je i uporedno krivično pravo. Tako uporedno (komparativno) krivično pravo predstavlja naučnu disciplinu koja se bavi sistemskom analizom karakteristika krivičnog prava različitih država. To je i razumljivo jer krivično pravo jedne države nije izdvojeno i autohtono, već je deo celokupnog pravnog sistema svih civilizovanih država sveta i predstavlja „svetsku pravnu baštinu“. Iz toga proizilazi da krivična prava različitih država u istom vremenskom periodu imaju niz sličnosti koje su rezultat, u prvom redu, zajedničke potrebe da se sistemom krivičnih sankcija efikasno, kvalitetno i zakonito obezbede i zaštite dobra i vrednosti, odnosno interesi koji su posebno značajni za te države. Na to, uostalom, ukazuje i sistem zaštićenih vrednosti u krivičnom pravu pojedinih država.

Tu se razlikuju dve vrste vrednosti (Petrović, Jovašević, 2010: 44–48): a) vrednosti koje su zajedničke svim ili najvećem broju država. To su vrednosti koje ulaze u korpus ljudskih prava i koje predstavljaju univerzalne, opštecivilizacijske vrednosti koje su zaštićene u svim savremenim državama. Naravno, to ne znači da se ove vrednosti štite uvek i na isti način. Tu spadaju vrednosti kao što su: život, telesni integritet, imovina, zdravlje, sloboda ličnosti itd. (Milićević, 2007: 51–63) i b) vrednosti koje su specifične, karakteristične samo za određenu državu u određenom vremenskom periodu. Po tim vrednostima se i razlikuju pojedina krivična prava.

U pogledu uporednog krivičnog prava danas treba reći da se u njegovoj osnovi nalaze određeni međunarodni pravni standardi koje su pojedine države preuzele potpisivanjem međunarodnih ugovora. Tu nema veće razlike između pojedinih krivičnih prava, odnosno krivičnih prava pojedinih država. Proučavanjem uporednog krivičnog prava, mogu se uočiti karakteristična rešenja u pogledu određivanja zakonskih opisa pojedinih krivičnih dela, sistema krivičnih sankcija i sl., pa se na bazi takvih rešenja i njihovih prednosti koje su pokazale u praktičnoj primeni ista mogu prenositi, „transplantirati“ u pravne sisteme drugih država (tzv. pravni transplanti). U okviru uporednog krivičnog prava razlikuju se sledeća pravna područja ili porodice prava (Pavišić,

Grozđanić, Veić, 2007: 18–19): a) evropsko kontinentalno pravo, b) pravo utemeljeno na common law sistemu, v) pravo islamskih država, g) kineski pravni sistem i d) ostali pravni sistemi.

Iz navedenog određenja pojma i sadržine uporednog krivičnog prava proizilazi i njegovo razlikovanje od međunarodnog krivičnog prava (Fletcher, 2007: 116–131). Naime, za međunarodno krivično pravo je bitno postojanje međunarodnog sadržaja, dok se u uporednom krivičnom pravu istražuju sadržaji krivičnog prava pojedinih država, odnosno sadržaji nacionalnog (unutrašnjeg) krivičnog prava, a prema određenoj metodologiji. Tu elemenat inostranosti nema značenje koje mu se pridaje u međunarodnom krivičnom pravu.

5. Transnacionalno krivično pravo kao odgovor organizovanom transnacionalnom kriminalitetu

Transnacionalno krivično pravo (Luban, O'Sullivan, Stewart, 2010: 3–7) je skup međunarodnih i nacionalnih pravnih propisa koji predviđaju krivična dela sa transnacionalnim obeležjem, sistem sankcija za njihove učinioce i postupak utvrđivanja krivične odgovornosti i kažnjivosti njihovih učinilaca. Takvo transnacionalno obeležje povezuje učinjeno krivično delo sa najmanje dva nacionalna krivična prava (Degan, Pavišić, Beširević, 2013: 97–99). Na pojavu i razvoj ove grane prava utiču dva faktora. To su (Jovašević, 2012: 8–17): a) ogroman porast organizovanog transnacionalnog kriminaliteta i raširenost njegovih pojavnih oblika i b) velika mobilnost ljudi, dobara i novca koja ne poznaje granice između pojedinih država, pa ni između kontinenata.

Tako se praktično između nacionalnog (internog) krivičnog prava i međunarodnog (nacionalnog) krivičnog prava pojavila nova grana prava koja u sebi objedinjuje elemente obe grane prava. Nastalo krajem 20. veka, posebno u okviru i na osnovu Konvencije OUN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Palermo konvencije) iz 2001. godine, transnacionalno krivično pravo određuje njegov „transnacionalni elemenat“ koji može da se javi u tri oblika. To su: a) nacionalni elemenat – krivično delo je predviđeno u nacionalnom krivičnom zakonu, ali je njegov učinilac stranac, b) internacionalni elemenat – mesto preduzimanja radnje izvršenja ili mesto nastupanja njegove posledice se nalaze u inostranstvu i v) nadnacionalni elemenat – međunarodno krivično delo u užem smislu ili krivično delo po nirnberškom ili tokijskom pravu (Currie, 2010: 12–15).

Predmet transnacionalnog krivičnog prava predstavlja transnacionalni kriminalitet. Ovaj pojam se prvi put pojavio u dokumentima OUN 1974. godine, da bi dve decenije kasnije on obu hvatao skup krivičnih dela koja se u izvršenju ili sprečavanju, odnosno ublažavanju posledica direktno ili indirektno reflektuju na više od jedne države. Ovaj pojam je prvobitno obu hvatao sledeće delatnosti: a) profesionalni kriminalitet (organizovani kriminalitet, kriminalitet belog okovratnika i korupciju), b) krivična dela na štetu umetničkih predmeta i kulturne baštine, v) krivična dela povezana sa zloupotrebom opojnih droga i alkohola, g) nasilje sa međunarodnim elementom i d) kriminalitet povezan sa migracijama (Sheptycki, Wardak, 2004: 34–36).

Tako transnacionalno krivično pravo, koje u oblast unutrašnjeg krivičnog prava unosi elemente međunarodnog prava, ima sledeće karakteristike: 1) ono se odnosi na izuzetno teška krivična dela (transnacionalna krivična dela koja se vezuju za dva ili više pravnih poredaka) koja imaju posebnu važnost i za pojedine države (njihovo nacionalno pravo) i za međunarodnu zajednicu, 2) ovo pravo sa posebnom pažnjom proučava pitanje jurisdikcije za transnacionalna krivična dela, u kom smislu dolazi do proširivanja oblika i načina međudržavne saradnje u suzbijanju i sprečavanju transnacionalnih krivičnih dela, i uspostavljanje pojedinih oblika naddržavne saradnje posredstvom međunarodnih organa (Interpola, Europolu i dr.), 3) potreba stvaranja naddržavne politike suzbijanja ovih oblika kriminaliteta u kojoj posebno mesto ima regionalna saradnja, 4) međunarodna saradnja više država u razmeni informacija i 5) problem eksteritorijalne primene krivičnog prava.

Dakle, i transnacionalno krivično pravo ima svoj izvor u propisima međunarodnog prava (kao i međunarodno krivično pravo). Ali primenjivost tih propisa ipak zavisi od volje pojedinih država da određene međunarodne dokumente potpišu i ratifikuju, te rešenja sadržana u ovim dokumentima implementiraju u svom nacionalnom krivičnom zakonodavstvu. Za transnacionalna krivična dela postupak se vodi pred nacionalnim organima krivičnog pravosuđa (a ne pred međunarodnim krivičnim sudom), ali u tom postupku privođenja učinilaca krivičnih dela pred lice pravde veliku ulogu ima regionalna i međudržavna saradnja, bilo neposredno između pojedinih zainteresovanih država, bilo posredstvom međunarodnih organa.

6. Evropsko krivično pravo – pravo „paneuropskog prostora“

No, u okviru i pored međunarodnog (univerzalnog ili globalnog) krivičnog prava, u poslednje vreme se sve više izdvaja pojam evropsko krivično pravo (Pradel, 2002: 5). Ovaj je pojam u tesnoj vezi sa procesom regionalizacije međunarodnog krivičnog prava⁶, čime se otvara mogućnost fokusiranja na evropsko krivično pravo. Pojava ove vrste regionalnog prava (Marty Delmas, Spencer, 2002: 89–102), zapravo je rezultat istorijskih, društvenih, političkih, ekonomskih i kulturnih kretanja u Evropi posle Drugog svetskog rata. To nije vremenski ograničeni pravni projekat, već je to projekat koji ima svoju budućnost. U njegovoj se osnovi nalazi regionalno krivično pravo, tj. pravo koje primenjuje grupa država određenog regiona (najmanje tri države) koje su se dogovorile o primeni opštih pravila materijalnog i procesnog krivičnog prava (Emm Kareklas, 2009: 32).

Tako se „evropsko krivično pravo“ (Kercohe, 2002: 219–231) uzima kao pojmovna oznaka više različitih sadržaja. Pri tome se ovo pravo vezuje za evropski kontinent, pa se najopštije pod evropskim krivičnim pravom (Satzger, 2008: 76–89) podrazumeva krivično pravo evropskog pravnog prostora (Pavišić, 2006: 34–39). To bi, dakle, bilo regionalno krivično pravo, kao što je npr., afričko, azijsko ili južnoameričko pravo itd. To ne znači da se ovde može govoriti o sistemu evropskog krivičnog prava kao zasebnoj grani prava, već je ovom pojmu bliže shvatanje o načelima, sličnostima i razlikama, odnosno o nacionalnim pravilima svih ili grupe evropskih država. Evropsko krivično pravo se definiše kao kolektivni termin za sve materijalne i procesne krivične standarde i prakse koji rezultiraju iz aktivnosti Evropske unije (evropsko krivično pravo u užem smislu) i Saveta Evrope (evropsko krivično pravo u širem smislu) i koji imaju za cilj da usklade nacionalna krivična prava u većem obimu. Ovako shvaćeno evropsko krivično pravo se u teoriji zamenjuje terminom „evropeizacija krivičnog prava“ (Satzger, 2001: 17–19).

Evropsko krivično pravo na apstraktnom nivou izražava:

1. geografsku pripadnost nacionalnih krivičnopravnih sistema – ovde se odgovarajućim metodama proučavaju njihove sličnosti i različitosti u manjem ili većem broju evropskih država. Tako shvaćeno evropsko krivično pravo se razlikuje od evropskog regionalnog krivičnog prava, tj. krivičnog prava u okviru Saveta Evrope i Evropske unije. Sam

6 O regionalizaciji krivičnog prava ne treba govoriti samo u kontekstu evropskog krivičnog prava. Ovakve tendencije su prisutne i u drugim krajevima sveta. Tako, npr., Model Zakonika o krivičnom postupku za Iberijsku Ameriku odražava opšta načela južnoameričkog krivičnoprocesnog prava.

razvoj nacionalnog krivičnog prava odražava se i na proces stvaranja „zajedničkog prava civilizovanog čovečanstva“ i 2. institucionalnu pripadnost regionalnih krivičnopravnih pravila – označava evropsko krivično pravo u okviru Saveta Evrope i Evropske unije. Naime, i pored širokih ovlašćenja u pravnom regulisanju i odlučivanju koja pripadaju nacionalnim državama, vezanost nacionalnih krivičnopravnih normi za međunarodne (i evropske) standarde i pravila na ovim područjima koja su od šireg i zajedničkog interesa je neizbežna. Tako Savet Evrope doprinosi usklađivanju krivičnog (materijalnog, procesnog i izvršnog) prava i mnogo efikasnijoj saradnji između država članica ove regionalne organizacije kroz predloge i zaključke o međunarodnim sporazumima, kao i kroz široke savetodavne usluge. Garancije Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu postavili su takođe svetski prihvaćene standarde o ljudskim pravima, naročito u pogledu njihove garancije pred organima krivičnog pravosuđa.

Zbog toga se evropsko krivično pravo određuje kao sistem povezanih pravila krivičnopravne prirode, a koja su sadržana u odgovarajućim aktima Saveta Evrope (Matulović, 1996: 67–89). U okviru evropskog krivičnog prava po svom značaju i prirodi izdvajaju se propisi koji uređuju oblast međudržavne saradnje⁷ koja se ostvaruje na tri načina: a) u širem području Saveta Evrope i nekih vanevropskih država (npr., SAD), b) u užem području Evropske unije i v) na dvostranom ili višestranom nivou izvan tih područja. Takav vid međudržavne saradnje se ostvaruje u evropskom pravosudnom kaznenom prostoru (Herve, 2000: 101–113). Inače, ovaj se prostor u pravnoj literaturi naziva još i „područje Male Evrope“ (Misita, 2007: 643–652). Pod ovim pojmom se, zapravo, podrazumeva prostor primene prava u državama Evropske unije. No, pored ovako određenog pojma, u pravnoj teoriji se razlikuju i takva shvatanja koja razlikuju „područje Velike Evrope“⁸. Ovaj pojam (Cortens, 2002: 76–93)

7 U pravnoj teoriji danas preovlađuje shvatanje o internaciona lizaciji dve tendencije u savremenom krivičnom postupku. To su: 1) zaštita osnovnih prava i sloboda čoveka i 2) efikasnost u suzbijanju krivičnih dela. Te tendencije zahtevaju više od nacionalnih aktivnosti u okviru pojedinih država. Sve se to odrazilo i na norme evropskog krivičnog prava koje su krivičnoprocesne prirode i koje nastaju u različitim pravnim dokumentima Saveta Evrope, ali i kroz judikaturu evropskih nadzornih institucija.

8 U pravnoj teoriji se mogu naći shvatanja prema kojima je pravosudna struktura Evropske unije sagrađena na tri nivoa. To su: a) najniži nivo koji čine specijalizovani sudovi, b) viši nivo koji čini Sud prve instance i v) najviši nivo koga predstavlja Evropski sud pravde.

obuhvata područje primene krivičnopravnih sistema država članica Saveta Evrope ili čak područje primene krivičnopravnih sistema država članica Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju. Ovo poslednje područje se još naziva i „Panevropsko područje“ (Pavišić, 2006: 16–21).

Kao osnovne karakteristike evropskog krivičnog prava smatraju se sledeće (Hartley, 2004: 124–141):

1. jedinstvenost – koja se ogleda na dva načina i to kao: a) odredbe ove grane prava moraju biti u skladu sa osnovnim pravnim izvorom Saveta Evrope – Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i b) iako se radi o velikom broju raznovrsnih pravnih propisa (tzv. pluralistički sistem), svi oni su usmereni na međusobno približavanje pojedinih nacionalnih pravnih sistema i razvoj njihove međusobne saradnje. U njihovoj se osnovi nalazi solidarnost država u suprotstavljanju kriminalitetu svih vrsta, boja i oblika. Stoga se izvori evropskog krivičnog prava u pogledu primene nalaze iznad nacionalnih pravnih propisa (Oppermann, 2005: 213–221),

2. različitost – nacionalni krivičnopravni sistemi pojedinih evropskih država su u velikoj meri različiti što u svakom slučaju usložnjava funkcionisanje i samog krivičnog prava Saveta Evrope koje mora da uzima u obzir brojne različitosti sadržane u pojedinim nacionalnim sistemima. To je bio razlog da je u pojedinim evropskim pravnim aktima izričito uneta klauzula koja ima za cilj da osigura minimalnu meru zajedništva uz određivanje prostora za izuzetke i odstupanja u pojedinim nacionalnim sistemima. To se postiže sistemom rezervi koje pojedine države stavljaju uz međunarodne sporazume (Paust, 2003: 67–72),

3. složenost evropskog krivičnog prava proizilazi iz složene i velike razlike u pojedinim pravnim sistemima. Ono, u prvom redu, obuhvata pravila međudržavne krivičnopravne saradnje, pravila o ljudskim pravima i *ius constituendum*, pravila krivičnog prava koja nastaju u Evropskoj uniji (Pradel, 2002: 214–222). To ukazuje da se složenost evropskog krivičnog prava javlja u više vidova i to: a) s obzirom na donosiocima pravnih propisa, b) s obzirom na područje primene i v) s obzirom na ciljeve donošenja pojedinih propisa (ovi ciljevi mogu biti: ciljevi *Corpus iuris*a, zatim evropski nalog za hapšenje, evropski dokazni nalog, evropski krivični ispis, koncept sedam evropskih krivičnih dela itd.). Na ovu složenost normi evropskog krivičnog prava posebno je ukazano posle skupa u Tampereu gde je dopuštena mogućnost paralelnog postojanja više vrsta izvora ove grane prava i

4. zaštita ljudskih prava (Wingaert, 1993: 109–127) je osnovna vrednost i najviša zajednička komponenta uređenja svih evropskih pravnih izvora, ali i vodilja koja se mora imati u vidu prilikom tumačenja pojedinih pravila i principa u postupcima pred evropskim i pojedinim nacionalnim krivičnim sudovima. U osnovi zaštite ljudskih prava nalazi se Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koja je u većoj ili manjoj meri inkorporisana u ustavnopravne sisteme evropskih država (Matulović, Pavišić, 2001: 78–97).

U pravnoj teoriji se tako mogu pronaći shvatanja koja razlikuju četiri oblika krivičnog prava Evropske unije, od čega tri poslednja spadaju u proces „evropeizacije krivičnog prava“, gde krivično pravo pojedinih država ipak zadržava primarno svoj nacionalni, interni karakter, sa većim ili manjim uticajem Evropske unije. To su: 1) nadnacionalno krivično pravo na nivou Evropske unije, 2) različiti uticaji koje pravo Evropske unije ima na nacionalno krivično zakonodavstvo država članica (kroz usklađivanje propisa, preporuke, asimilacije, obaveze lojalnosti), 3) usklađivanje nacionalnih krivičnih zakonodavstava kroz sredstva trećeg oslonca (stuba – prostor slobode, bezbednosti i pravde) i 4) proceduralne i koordinativne (usklađujuće) mere.

7. Zaključak

U savremenim društvenim, političkim, ekonomskim i bezbednosnim uslovima krajem 20. i početkom 21. veka prisutni su brojni procesi i pojave koje se šire, intenziviraju i ubrzavaju sa porastom međuzavisnosti i uzajamne uslovljenosti. To doprinosi da sve više nestaju brojne razlike između kontinenata, država i pojedinih delova sveta usled narastajućih uticaja globalizacije. U takvim novonastalim uslovima i pravo dobija posebnu i specifičnu dimenziju. Ta pojava je najkarakterističnija upravo u oblasti krivičnog prava.

Krivično pravo je nastalo paralelno sa nastankom države i prava uopšte i usko je povezano sa državnim suverenitetom. Naime, ono predstavlja sistem pravnih propisa kojima se utvrđuje pravo na kažnjavanje učinilaca krivičnih dela koja su propisana u nacionalnim zakonima. To pravo na kažnjavanje proizilazi iz prava vlasti – *ius imperium*. No, danas kriminalitet različitih oblika i vidova, posebno transnacionalni organizovani kriminalitet, prevazilazi granice i mogućnosti jedne ili više država i postaje problem međunarodnog, globalnog karaktera. On tako postaje predmet određivanja međunarodnog i transnacionalnog krivičnog prava.

Iako se može odrediti na različite načine, međunarodno (nacionalno, internacionalno, supranacionalno ili globalno) krivično pravo predstavlja sistem pravnih propisa sadržanih u međunarodnim dokumentima univerzalnog (OUN) ili regionalnog (Savet Evrope, Evropska unija i dr.) karaktera kojima se određuju pojam, elementi i karakteristike, te oblici ispoljavanja pojedinih međunarodnih krivičnih dela (u užem i u širem smislu) i sistem kazni za njihove učinioce koje izriču primarno međunarodni sudski (stalni ili *ad hoc*, vojni ili civilni) sudovi, a supsidijarno i nacionalni krivični sudovi.

Slično ovom je i transnacionalno krivično pravo. Nastalo krajem 20. veka, posebno u okviru i na osnovu Konvencije OUN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Palermo konvencije) iz 2001. godine, transnacionalno krivično pravo određuje njegov „transnacionalni elemenat“ koji može da se javi u tri oblika. To su: a) nacionalni elemenat – krivično delo je predviđeno u nacionalnom krivičnom zakonu, ali je njegov učinioc stranac, b) internacionalni elemenat – mesto preduzimanja radnje izvršenja ili mesto nastupanja njegove posledice se nalaze u inostranstvu i v) nadnacionalni elemenat – međunarodno krivično delo u užem smislu ili krivično delo po nirnberškom ili tokijskom pravu.

S njima su u vezi i uporedno krivično pravo, kao i regionalno krivično pravo – u prvom redu evropsko krivično pravo. Uporedno krivično pravo sadrži u osnovi određene međunarodne pravne standarde koje su pojedine države preuzele potpisivanjem međunarodnih ugovora. Tu nema veće razlike između pojedinih krivičnih prava, odnosno krivičnih prava pojedinih država. Proučavanjem uporednog krivičnog prava, mogu se uočiti karakteristična rešenja u pogledu određivanja zakonskih opisa pojedinih krivičnih dela, sistema krivičnih sankcija i sl., pa se na bazi takvih rešenja i njihovih prednosti koje su pokazale u praktičnoj primeni ista mogu prenositi, „transplantirati“, u pravne sisteme drugih država (tzv. pravni transplantati).

Evropsko krivično pravo se vezuje za evropski kontinent, pa se ono definiše kao krivično pravo evropskog pravnog prostora. To bi, dakle, bilo regionalno krivično pravo, kao što je, npr., afričko, azijsko ili južnoameričko pravo itd. To ne znači da se ovde može govoriti o sistemu evropskog krivičnog prava kao zasebnoj grani prava, već je ovom pojmu bliže shvatanje o načelima, sličnostima i razlikama, odnosno o nacionalnim pravilima svih ili grupe evropskih država. Evropsko krivično pravo, dakle, označava kolektivni termin za sve materijalne

i procesne krivične standarde i prakse koje su tvorevina aktivnosti Evropske unije (evropsko krivično pravo u užem smislu) i Saveta Evrope (evropsko krivično pravo u širem smislu). Ono, zapravo, ima za cilj da uskladi i unifikuje nacionalna krivična prava pojedinih država u što većem obimu. Ova se pojava naziva "evropeizacija krivičnog prava".

Literatura

Ascensio, H., Decaux, E., Pellet, A. (2000). *Droit international penal*. Paris: Dalloz.
Bavcon, Lj., Korošec, D. (2002). *Mednarodno kazensko pravo*. Ljubljana: Uradni list.

Berthelet, P. (2003). *Le droit institutionnel de la securite interieure europeenne*. Bruxelles: Bruylant.

Blackburn, R., Polakiewicz, J. (2001). *Fundamental Rights in Europe*. Oxford : University Press.

Gidens, E. (1998). *Posledice modernosti*. Beograd: Filip Višnjić.

Degan, V.Đ., Pavišić, B., Beširević, V. (2013). *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*. Beograd: Službeni glasnik.

Dimitrijević, V., et al. (2007). *Osnovi međunarodnog javnog prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Emm Kareklas, S. (2009). *Priručnik za krivično pravo Evropske unije*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

Zahar, A., Sluiter, G. (2008). *International Criminal Law : a critical introduction*. Oxford: University Press.

Zlatarić, B. (1979). *Međunarodno krivično pravo*. Zagreb: Pravni fakultet.

Jescheck, H.H. (1972). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner teil*. 2. Auflage. Berlin: Duncker.

Jovašević, D. (2012). *Organizovani kriminalitet – krivičnopravni aspekti*. Niš: Sven.

Jovašević, D. (2011). *Međunarodno krivično pravo*. Niš: Pravni fakultet.

Jovašević, D., Ikanović, V. (2015). *Međunarodno krivično pravo*. Banja Luka: Univerzitet Apeiron.

Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo Republike Srpske. Opšti deo*. Banja Luka: Univerzitet Apeiron.

- Kambovski, V. (2002). *Kazneno pravna reforma pred predizvicite na 21.vek*. Skoplje: Prosvetno del.
- Kambovski, V. (1998). *Međunarodno kazneno pravo*. Skoplje: Pravni fakultet.
- Kercohe, G. (2002). *L' espace penal penal europeen*. Bruxelles: Bruylant.
- Luban, D.J., O'Sullivan, J.R., Stewart, D.P. (2010). *International and Transnational Criminal Law*. Aspen. New York: Walter de Gruyter.
- Marty Delmas, M. (2001). *Procedure penali d' Europa*. Padova: Cedam.
- Marty Delmas, M., Spencer, J.R. (2002). *European Criminal Procedures*. Cambridge: University Press.
- Matulović, M. (1996). *Ljudska prava: uvod u teoriju ljudskih prava*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Matulović, M., Pavišić, B. (2001). *Dokumenti Vijeća Europe*: Rijeka: Pravni fakultet.
- Milićević, N. (2007). *Ljudska prava*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Misita, N. (2007). *Osnovi prava Europske unije*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Oppermann, T. (2005). *Europarecht*. Munchen: Beck.
- Pavišić, B. (2006). *Kazneno pravo Vijeća Europe*. Zagreb: Golden marketing.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
- Pavišić, B., Bubalović, T. (2013). *Međunarodno kazneno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Paust, J. (2003). *International Criminal Law: Cases and Materials*. Durham: Carolina Academic Press
- Perazić, G. (1986). *Međunarodno ratno pravo*. Beograd: Vojno-izdavački zavod.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2015). *Krivično pravo 1*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Petrović, B., Jovašević, D. (2010). *Međunarodno krivično pravo*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Pradel, J. (2002). *Droit penal compare*. Paris: Dalloz.
- Satzger, H. (2008). *Internationales und Europaeisches Strafrecht*. Baden Baden: Nomos.

- Satzger, H. (2001). *Die Europaisierung des Strafrechts*. Munchen: Beck.
- Simović, M., Blagojević, M., Simović, V. (2013). *Međunarodno krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.
- Simović, M., Jovašević, D., Simović, M. (2016). *Politika suzbijanja kriminaliteta*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.
- Sheptycki, J., Wardak, A. (2004). *Transnational and Comparative Criminology*. London: Sweet-Maxwell.
- Turković, K., et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
- Fletcher, G. (2007). *The Grammar of Criminal Law*. Oxford: University Press.
- Harald, C. (2003). *Komentar Europske konvencije o ljudskim pravima*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Hartley, T.C. (2004). *Temelji prava Europske zajednice*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Hatibović, Dž. (2002). O globalizaciji još jednom. *Međunarodna politika*. 1–2. 28–47.
- Herve, A. (2000). *Droit international penal*. Paris: Dalloz.
- Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Huet, A., Koerlingt Joulin, R. (2002). *Droit penal international*. Paris: Dalloz.
- Carić, S. (2015). *Evropsko pravo ljudskih prava*. Beograd: Intermeks.
- Corstens, G. (2002). *European Criminal Law*. Hague: Kluwer Law
- Corstens, G., Pradel, J. (2002). *European Criminal Law*. Hague: Kluwer Law.
- Cryer, R. (2007). *An Introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: University Press.
- Currie, R.J. (2010). *International and Transnational Criminal Law*. Toronto: Irwin Law.
- Wingaert, Van C. (1993). *Criminal Procedure Systems in the European Community*. London: Sweet-Maxwell.

Dragan Jovašević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CONTEMPORARY CRIMINAL LAW AS A REFLECTION OF GLOBALIZATION

Summary

In the contemporary social, political, economic and security conditions where the growing impact of globalization obliterates numerous differences between continents, countries and regions worldwide, law has a special role and specific dimension. This phenomenon is most prominent in the area of criminal law. Created alongside with the development of the state in general and closely linked to state sovereignty, criminal law implies the right to punish the perpetrators of criminal offences which are prescribed by national laws. This right stems from the state authority (ius imperium). Yet, crime has different shapes and forms. Today, transnational organized crime exceeds the national borders and possibilities of individual states, and becomes an international, global problem. Thus, it is the subject matter of international and transnational criminal law, which are closely related to comparative criminal law and regional criminal law, primarily European criminal law.

International criminal law emerged in the mid of 19th century. Today, it has an international, transnational and global character. It is a system of legal rules of universal or regional character, which are contained in the acts of the international community. These rules define the notion, elements, types and characteristics of international crimes, and the system of penalties that may be imposed on the perpetrators by international judicial authorities. However, some areas of international criminal law have remained under the jurisdiction of domestic, national criminal law (e.g. international crimes in a broad sense). It usually involves punishment for the most serious violation of human rights and endangering the humanity and other values protected by international humanitarian law. Transnational criminal law, which is based on the Palermo Convention, is similar to international criminal law. It defines the notion, characteristics and forms of organized transnational crimes, as well as the manner, methods and authorities for its prevention and suppression.

The processes of globalization have special significance for comparative criminal law. It is a legal doctrine that deals with contemporary criminal law solutions on numerous concepts and institutes of criminal law, contained in various criminal laws of individual countries. It identifies similarities and differences between these laws and makes proposals for the improvement of existing laws in different countries. Finally, globalist tendencies are especially prominent in the field of emergence and

development of regional criminal law, which implies a unification of varied legal solutions in state legislations in a particular region. In that context, European criminal law provides specific solutions based on many international standards adopted by regional organizations. In this paper, the author analyzes the impact of the process of globalization on these new forms of criminal law.

Keywords: *globalization, law, international criminal law, transnational criminal law, European criminal law, international standards, unification*

UDK: 343.615-055.2(497.11)

Rad primljen: 01.10.2017.

Rad prihvaćen: 30.11.2017.

ISTANBULSKA KONVENCIJA I KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA ŽENA OD NASILJA U REPUBLICI SRBIJI**

Apstrakt: *Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija) predstavlja veoma važan obavezujući međunarodni dokument koji je naša zemlja potpisala i ratifikovala. Time je i preuzela obavezu da usaglasi i unapredi sistem zaštite žrtava nasilja. Iako je Konvencijom predviđen čitav sistem mera za iskorenjivanje nasilja i uspostavljanje stvarne ravnopravnosti između muškaraca i žena, počevši od onih preventivne prirode (podizanje svesti, obrazovanje, obuka stručnjaka, programi preventivne intervencije i programi za rad sa učiniocima krivičnih dela nasilja i slično), preko mera podrške žrtava (sigurne kuće, SOS telefoni, savetovališta itd.), predmet istraživanja u ovom radu ograničen je na pitanje koliko je na tom planu učinjeno u oblasti materijalnog krivičnog prava. U tom smislu, analizirano je da li su i kako u naš Krivični zakonik inkorporirane odredbe Konvencije o psihičkom nasilju, fizičkom nasilju, seksualnom nasilju uključujući i silovanje, proganjanju, prinudnom braku, genitalnom sakaćenju žena, prinudnom abortusu i prinudnoj sterilizaciji, seksualnom uznemiravanju.*

Ključne reči: *Istanbulska konvencija, Krivični zakonik Republike Srbije, zaštita žena od nasilja.*

* dusica@prafak.ni.ac.rs

** Članak predstavlja rezultat istraživanja na projekt u „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (evidencioni broj 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. Uvodne napomene

Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, koju je naša zemlja potpisala i ratifikovala,¹ doneta je radi ostvarivanja dvojakog cilja – prvo, radi zaštite žena od svih oblika nasilja, uključujući i nasilje u porodici, i drugo, radi zaštite žena od diskriminacije i radi ostvarivanja pune i suštinske jednakosti među polovima. Postavljen je složen mehanizam različitih instrumenata koji se nalaze u funkciji njihovog ostvarivanja, počevši od onih preventivne prirode, kojima se kroz informisanje i obrazovanje utiče na promenu neprimerenih društvenih i kulturnih obrazaca, tj. na iskorenjivanje predrasuda, običaja, tradicije i drugih praksi u čijoj osnovi se nalazi ideja o inferiornosti žena, odnosno ideja o stereotipnim ulogama polova. Mehanizam, takođe, obuhvata i obavezu obuke stručnjaka, postavljanje programa za rad sa učiniocima krivičnih dela nasilja i slično, ali i mere podrške žrtvama kroz organizovanje sigurnih kuća, SOS telefona, savetovališta itd.² Međutim, Konvencija kao „poslednju liniju odbrane“ predviđa i inkriminisanje pojedinih ponašanja, pri čemu su se na listi našli: psihičko nasilje (čl. 33), proganjanje (čl. 34), fizičko nasilje (čl. 35), seksualno nasilje, uključujući i silovanje (čl. 36), prinudni brak (čl. 37), genitalno sakaćenje žena (čl. 38), prinudni abortus i prinudna sterilizacija (čl. 39), kao i seksualno uznemiravanje (čl. 40). U implementaciji Konvencije naš zakonodavac se opredelio za uvođenje sledećih dela: sakaćenje ženskog polnog organa (čl. 121a), proganjanje (čl. 138a), polno uznemiravanje (čl. 182a) i prinudno zaključenje braka (čl. 187a).³ Time se otvaraju pitanja da li su novelama u potpunosti izvršene preuzete obaveze ili postoji nekakav „nepokriveni“ rezidu um, ali i pitanje kriminalno-političke funkcije i opravdanosti novih inkriminacija, o čemu će detaljnije biti reči u ovom radu.

1 *Službeni glasnik RS, br. 12/13.*

2 Više o preventivnim merama, multisektorskoj saradnji i tzv. specijalizovanim uslugama u Jarić, 2015: 55–74.

3 Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS, br. 85/05, 88/05-isp., 107/05-isp., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16.*

2. Sakaćenje ženskog polnog organa

Genitalno sakaćenje žena (*female genital mutilation*) po Konvenciji obuhvata više alternativno postavljenih radnji: obrezivanje,⁴ infibulaciju⁵ ili bilo kakvo drugo sakaćenje celih, odnosno bilo kog dela ženskih malih i velikih usmina ili klitorisa;⁶ prinudu i navođenje žena da se podvrgnu nekoj od navedenih radnji; podsticanje, prinudu, odnosno navođenje devojčice na neku od navedenih radnji (čl. 38). Krivični zakonik sakaćenje ženskog polnog organa određuje na opštiji način, te ovo delo čini lice koje osakati spoljne delove ženskog polnog organa, za šta je propisana kazna zatvora od jedne do osam godina (čl. 121a). Pored osnovnog, delo ima i lakši oblik, ukoliko postoje naročito olakšavajuće okolnosti pod kojima je delo učinjeno (propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine). Treći oblik dela sastoji se u navođenju ženskog lica da se podvrgne sakaćenju ili u pomaganju da to ostvari, a zaprećen je kaznom zatvora od šest meseci do pet godina. Teži oblik nastaje ako je nastupila smrt ženskog lica, za šta je određena kazna od dve do dvanaest godina. Ovo delo je svrstano u grupu dela protiv života i tela i sistematizovano posle teške telesne povrede.

Kao i kod nekih drugih krivičnih dela, uvedenih u izvršavanju obaveza prihvaćenih Konvencijom, i ovde je evidentan problem kriminalno-političke opravdanosti. Naime, praksa genitalnog sakaćenja je karakteristična prvenstveno za Afriku, mada se može naći i u nekim zajednicama Bliskog istoka i Azije (Sauer, Neubauer, 2014: 237). Migracije stanovništva sa teritorija gde je ovaj nehumani običaj ukorenjen, doprinele su tome da on postane prisutan i u drugim nematičnim zemljama. To je i razlog što je Evropski parlament 2009. godine doneo Rezoluciju o suzbijanju ženske genitalne mutilacije u EU, u kojoj je navedena i procena da je svake godine čak 180.000 migrantkinja podvrgnuto ili je u riziku da bude podvrgnuto ovakvom hiruškom zahvatu (videti tač. B).⁷ Sa druge strane, naša zemlja sigurno ne predstavlja destinaciju

4 *Excising* – podrazumeva odstranjivanje klitorisa i dela ili celih malih usmina, kao i zašivanje preostalog tkiva koje ostavlja vaginalni otvor otvorenim. World Health Organisation, Female Genital Mutilation: Information Pack, http://www.who.int/fhr-whd/FGM/infopack/English/fgm_infopack.htm, pristup 22. 03. 2017.

5 *Infibulating* – predstavlja odstranjivanje spoljašnjih genitalija u potpunosti, pri čemu se ostavlja samo mali otvor za obavljanje fizioloških potreba. *Idem*.

6 Pod ovaj oblik se mogu podvesti ostali slu čajevi, poput simboličkog oštećivanja tkiva, ali i paljenja i kidanja vagine. *Idem*.

7 *European Parliament Resolution of 24 March 2009 on Combating Female Genital Mutilation in EU (2008/2071(INI))* (2010/C 117 E/09), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>

stanovništva koje praktikuje navedeni običaj, te tako posmatrano, pomenuto ponašanje i nismo morali inkriminisati. Takođe, čini se da se opisano ponašanje može tretirati kao oblik osobito teške telesne povrede.⁸ Očito je da je zakonodavac svestan ove povezanosti, po tome kako je „preslikao“ propisane kazne – osnovni oblik sakaćenja ima istu kaznu kao osobito teška telesna povreda (jedna do osam godina zatvora), ako su dela kvalifikovana težom posledicom usled nastupanja smrti pasivnog subjekta propisana je u oba slučaja kazna od dve do dvanaest godina. Navedeni pristup postoji u uporednom pravu.⁹

Ovoj inkriminaciji se može uputiti više prigovora. Prvo, nije jasno zašto nije pravno sagledan slučaj promene na genitalijama nastale usled medicinski indikovane operacije koju je sproveo lekar, na primer zbog nekih bolesti ili porođaja. Tako italijanski KZ isključuje iz kriminalne zone promene na genitalijama prouzrokovane u terapeutske svrhe („*in assenza di esigenze terapeutiche*“).¹⁰ Da ne pominjemo i to da promene mogu biti rezultat pirsinga ili tetoviranja, što se može podvesti pod radnje analiziranog dela, iako tako nešto ne bi bilo opravdano, s obzirom na *ratio legis* uvođenja ovog dela. Drugo, nigde nije određen pravni značaj pristanka povređenog, koji kod ove inkriminacije ne bi smeo da isključi protivpravnost. Austrijski KZ u opštem delu sadrži posebne odredbe o pristanku povređenog, u kojima je izričito naglašeno da pristanak na sakaćenje ili druge povrede genitalija koje prouzrokuju trajnu seksualnu desenzibilizaciju nemaju pravni značaj (čl. 90, st. 3).¹¹

Treće, postoji dilema kod „naročito olakšavajućih okolnosti pod kojima je delo učinjeno“, jer nije jasno šta je to zakonodavac imao na umu kada

PDF/?uri=CELEX:52009IP0161&from=EN, pristup 22. 03. 2017. godine.

8 Uz napomenu da osobito teška telesna povreda, u trenutno postojećem obliku, ne bi mogla da „apsorbuje“ radnje podstrekavanja i pomaganja ženskom licu da obavi sakaćenje.

9 Takav je slučaj sa finskim KZ-om (videti poglavlje 21, odeljak 5 i 6) i španskim KZ-om (videti čl. 149, st. 2). Tekst zakonika preuzet sa <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, pristup 22. 03. 2017. godine.

10 Svako ko, u odsustvu terapeutske svrhe, izaziva sakaćenje ženskih genitalija, kazniće se zatvorom od četiri do dvanaest godina. Za potrebe ovog člana, sakaćenjem ženskih genitalija smatraju se: klitoridektomija, ekscizija i infibulacija i bilo koja druga praksa koji izaziva iste efekte (čl. 583 bis prevod autora). Tekst Zakonika preuzet sa <http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona>, pristup 22. 03. 2017. godine.

11 Tekst Zakonika preuzet sa <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, pristup 22. 03. 2017. godine.

je konstituisao navedeni privilegovani oblik.¹² Četvrto, ima smisla da se posebno izdvoji slučaj kada se delo vrši prema maloletnom licu (prisutno u komparativnom pravu),¹³ prema bremenitoj ženi ili kada je nastupila teža posledica u vidu trajnog i teškog narušavanja zdravlja (po ugledu na telesne povrede), odnosno u vidu trajne nesposobnosti za reprodukciju.

3. Proganjanje

Proganjanje je Konvencijom definisano veoma široko, kao namerno ponavljanje pretnji upućenih drugom licu, koje uzrokuju da se ono plaši za svoju bezbednost (čl. 34). Istoimeno delo je uvedno poslednjim noveliranjem Zakonika, mada uz primenu drugačijeg metoda, nabrajanjem čitavog niza radnji, pored pretnje na kojoj insistira Konvencija. Tako osnovni oblik ovog dela postoji kada učinilac u toku određenog vremenskog perioda drugo lice neovlašćeno prati ili preduzima druge radnje u cilju fizičkog približavanja tom licu protivno njegovoj volji; protivno volji drugog lica nastoji da sa njim uspostavi kontakt neposredno, preko trećeg lica ili putem sredstava komunikacije; zloupotrebljava podatke o ličnosti drugog lica ili njemu bliskog lica radi nuđenja robe ili usluga; prei napadom na život, telo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica; preduzima druge slične radnje na način koji može osetno da ugrozi lični život lica prema kome se radnje preduzimaju (za ovaj oblik predviđena je alternativno novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine). Teži oblik nastaje ako je izazvana opasnost po život, zdravlje ili telo lica prema kome je delo izvršeno ili njemu

12 Čini se da se zakonodavac ugledao na „genitalnu mu tilaciju“ iz nemačkog KZ-a, koju čini lice koje unakazi spoljne ženske genitalije (kazna zatvora od najmanje jedne godine), pri čemu je *za manje ozbiljne slučajeve* propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina (čl. 226a). Tekst zakonika preuzet sa <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, pristup 22. 03. 2017. godine.

13 Svojstvo deteta je kvalifikatorna okolnost u KZ-u Hrvatske, u koji je 2012. godine u grupu protiv života i tela uvedeno delo sakaćenja ženskih polnih organa: Ko ženskoj osobi potpuno ili delimično ukloni ili trajno promeni spoljne polne organe, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina. Ko žensku osobu navede ili joj pomogne da se podvrgne pomenu tim radnjama, kazniće se zatvorom do tri godine. Ako je delo u činjeno iz mržnje, *prema detetu* ili bliskoj osobi, kazniće se kaznom zatvora od jedne do osam godina (čl. 116). Kazneni zakon, *Narodne novine, br.*

125/11, 144/12, 56/15 i 61/15. Belgijski KZ, takođe, težim oblikom dela proglašava slu čaj kada je mu tilacija u činjena prema detetu, mada isti oblik postoji i kada je delo u činjeno iz koristoljublja (čl. 409 st. 2). Isto je i u italijanskom KZ-u (čl. 583 bis, st. 3).

bliskog lica, a najteži ako je nastupila smrt drugog lica ili njemu bliskog lica (za ove oblike je zaprećena kazna zatvora od tri meseca do pet godina, odnosno kazna zatvora od jedne do deset godina). Očigledno je da je zakonodavac u odnosu na ovu inkriminaciju učinio korak dalje od traženog, uvažavajući činjenicu da proganjanje, kao društvena pojava, obuhvata čitav spektar ponašanja i da se ne zaustavlja samo na pretnjama (više o oblicima i karakteristikama proganjanja u Nikolić Ristanović, Kovačević Lepojević, 2007: 3–12). Takav pristup je prisutan i u nekim stranim zakonodavstvima, na primer Nemačke i Austrije, mada postoji i druga struja koja je u regulisanju pribegla korišćenju radnji visokog stepena apstraktnosti, izbegavajući njihovu konkretizaciju (Miladinović Stefanović, 2016: 147–149).

Za razliku od nekih drugih, za proganjanje se ne može reći da u našim uslovima nema kriminalno-političko opravdanje, naprotiv, radi se o delu koje bi trebalo da upotpuni sistem zaštite od nasilja i koje može, kao tzv. delikt zapreka, da spreči vršenje težih krivičnih dela (više o tome u Miladinović Stefanović, 2016: 144).

4. Polno uznemiravanje

Seksualno uznemiravanje po Konvenciji čini lice koje preduzima svaki oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja seksualne prirode, u svrhu ili uz ishod povrede dostojanstva lica, posebno kada se stvara zastrašujuća, neprijateljska, degradirajuća, ponižavajuća, odnosno uvredljiva atmosfera, mada se ističe da opisano ponašanje može da bude predmet krivične, ali i druge pravne sankcije (čl. 40). U tom smislu, jasno je da se Konvencijom uopšte ne insistira na kriminalizaciji navedenih delatnosti, tako da je seksualno uznemiravanje specifično i uopšte nije u istom rangu sa proganjanjem, seksualnim nasiljem, prinudnim brakom i ostalim ponašanjima za koja se izričito zahteva da budu proglašena za krivična dela. Uprkos tome, Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika uvodi krivično delo polnog uznemiravanja (čl. 182a). Osnovni oblik je određen na veoma uopšten, okviran način i on postoji kada učinilac polno uznemirava drugo lice (za šta je propisana novčana kazna ili zatvor do šest meseci). Kvalifikovani oblik je konstruisan korišćenjem posebnog svojstva pasivnog subjekta i podrazumeva da je delo učinjeno prema maloletnom licu (sa zaprećenom kaznom zatvora od tri meseca do tri godine). U odredbama koje slede zakonodavac je dao tumačenje polnog uznemiravanja, svrstavajući pod navedeni pojam svako verbalno, neverbalno ili fizičko

ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica u sferi polnog života, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Kada se uporedi sa navodima iz Konvencije, jasno je da nema nikakvih suštinskih razlika u opisu.

S obzirom na činjenicu da je kod seksualnog uznemiravanja u samoj Konvenciji učinjena izvesna ograda, jer se ne traži jedino i isključivo krivičnopravna zaštita, ovde postaje najevidentniji problem kriminalno-političkog opravdanja. Nije neosnovano zapitati se zašto se zakonodavac opredelio da uvede ovo delo, kada to nije bio u obavezi. Da li je ova pojava toliko društveno opasna i toliko rasprostranjena da je ovakva reakcija bila prosto neminovna. Činjenica je da u našoj literaturi nema mnogo empirijskih istraživanja na ovu temu, i da je teško naučno i argumentovano govoriti o njenim razmerama.¹⁴ Sa druge strane, treba se podsetiti i na jedan raniji „neuspeli eksperiment“ iz 2003. godine, izveden uvođenjem donekle sličnog dela – seksualnog zlostavljanja.¹⁵ Seksualno zlostavljanje (čl. 102a KZ RS) se sastojalo u seksualnom zlostavljanju ili grubom vređanju na drugi način drugog lica ili dostojanstva njegove ličnosti u sferi polnog života. Za razliku od prve radnje, koja se preduzimala na telu druge osobe u smislu nanošenja fizičkog ili psihičkog bola, patnje i nelagodnosti, uz uslov da time nije ostvarena laka telesna povreda, druga je obu hvatala aktivnosti verbalnog, realnog ili simboličkog karaktera, koje su podobne da prouzrokuju povredu polnog dostojanstva ličnosti (za šta je bila propisana novčana kazna ili kazna zatvora do šest meseci, Jovanović, Đurđić, Jovašević, 2004: 196). Kvalifikovani oblik je postojao ukoliko je delo izvršeno zloupotrebom položaja ili ako je pasivni subjekt u odnosu zavisnosti ili podređenosti prema u činiocu dela (bila je određena kazna zatvora do jedne godine). Od ove inkriminacije se veoma brzo odustalo, te se ona nije našla u novom KZ iz 2005. godine. Na sve ovo se može dodati još jedan prigovor. Principijelno posmatrano, možemo se zapitati da li je kod polnog uznemiravanja narušen koncept zaštitne uloge krivičnog prava, koji podrazumeva i to da se ono javlja samo kao

14 Jedno od retkih je ispitivalo uznemiravanje u javnom prevozu, videti Tanasković, Račeta, 2007: 23–32. Za razlik u od toga postoji nepregledan niz istra živjanja o seksualnom uznemiravanju u stranoj literaturi. Videti, na primer, neka od novijih u oblasti sporta Fasting, Stiliani, Knorre, 2014: 115–130, u školi Gruber, Fineran, 2016: 112–133, u oblasti visokog obrazovanja Finn, 2004: 468–483, na radnom mestu Diekmann, et al. 2013: 614–628, Kensbock, et al. 2015: 36–50, Spector, Zhiqing, Che, 2014: 72–84, prema licima drugačijeg seksualnog opredeljenja, Mitchell, Ybarra, Korchmaros, 2014: 280–295 i slično.

15 Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakona RS, *Službeni glasnik RS*, br. 50/03.

poslednje sredstvo (*ultima ratio*) i da ne bi trebalo da štiti društvena dobra i od najblažih napada. Takođe, može se pretpostaviti i da će u praksi nastati problemi u tumačenju pojedinih elemenata dela. Tako je, na primer, za njegovo postojanje neophodno da nabrojane radnje izazivaju strah ili stvaraju neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Kako protumačiti ove uslove, da li strah procenjivati objektivno ili subjektivno, kada se smatra da postoji negativno okruženje, da li ga čini samo jedno ili je potrebno više (i koliko) lica? Dok bi se kod prvog pitanja mogla primeniti analogija sa ugrožavanjem sigurnosti, drugo tek treba da nađe odgovor u sudskoj praksi i pravnoj teoriji. Svemu tome treba dodati i evidentno preplitanje pojedinih radnji uznemiravanja sa radnjama krivičnog dela uvrede (čl. 170),¹⁶ ali i nedozvoljenih polnih radnji (čl. 182).¹⁷

5. Prinudno zaključenje braka

Po Istanbulske konvencije prinudni brak se sastoji u prisiljavanju odraslog lica ili deteta da stupi u brak. Pri tome, posebno je postavljena obaveza za strane ugovornice da kao radnju dela predvide i namamljivanje odraslog lica, odnosno deteta na teritoriju strane države, koja ne predstavlja državu njihovog boravišta, s ciljem da ih prinude da stupe u brak (čl. 37). U realizaciji ovih obaveza naš zakonodavac se opredelio za formulaciju po kojoj delo prinudnog zaključenja braka nastaje kada se upotrebom sile ili pretnje prinudi drugo lice da zaključi brak (za šta je propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine). U skladu sa odredbama Konvencije, poseban oblik ovog dela postoji kada učinilac drugo lice odvede u inostranstvo radi zaključenja prinudnog braka, ili kada ga u istom cilju navede da ode u inostranstvo (zaprećena kazna zatvora do dve godine). Po logici stvari, inkriminacija je svrstana u grupu protiv braka i porodice, a uporedna analiza pokazuje da nema bitnijih razlika u elementima krivičnih dela iz Konvencije i našeg KZ-a.

16 Pošto je uvreda jedno od retkih dela sa običnom dispozicijom, te je u osnovnom obliku definisana kroz opšte određenje „ko uvredi drugog“, u domaćoj teoriji i sudskoj praksi postoji jedinstven stav da ona podrazumeva izjavu ili ponašanje koje omalovažava drugog, a saznata je od nekog lica.

17 Nedozvoljene polne radnje postoje kada se pod uslovima iz čl. 178, st. 1 i 2 (silovanje), 179, stav 1 (obljuba nad nemoćnim licem), čl. 180, st. 1 (obljuba sa detetom) i 181, st. 1, 2 i 3 (obljuba zloupotrebom položaja) ovog zakonika izvrši neku drugu polnu radnju. Kvalifikovani oblici nastaju ako je nastupila teška telesna povreda pasivnog subjekta, ako je delo izvršeno od strane više lica, ili na naročito svirep ili naročito ponižavajući način, odnosno ako je nastupila smrt pasivnog subjekta.

Za razliku od nekih drugih inkriminacija, čini se da je ovde moguće pronaći izvesno kriminalno-političko opravdanje, kao što je, istovremeno moguće izdvojiti i razloge protiv kriminalizacije. Nažalost, u Srbiji nisu sprovedena istraživanja o prisilnim brakovima, ali je UNICEF nedavno publikovao istraživanje o dečjim brakovima u zemljama regiona (Srbija, Crna Gora, Bosna i Hercegovina, Makedonija), za koje se može reći da upravo spadaju u rizičnu grupu u kojoj se često mogu naći i prisilni brakovi.¹⁸ Ova pojava je veoma rasprostranjena na posmatranom području kod pojedinih etničkih zajednica, tačnije kod Roma, pošto između 11,6% i 18,2% devojčica sklopi brak pre petnaeste godine, a između 42,7% i 57% pre navršene osamnaeste godine života (Unicef, 2016: 8). U opštoj populaciji u Srbiji samo 0,8% žena starosti od 15 do 49 godina zaključilo je brak pre petnaeste godine, nasuprot romskoj sa 16,9%, odnosno samo 0,2% opšte populacije zaključi brak između 15. i 17. godine života, dok je u romskoj populaciji pojava mnogo zastupljenija sa 15,2% (Unicef, 2016: 9). Slične rezultate dala su i druga istraživanja sprovedena u susednim zemljama (za Crnu Goru videti Milić, 2014: 97 i nadalje, za Bugarsku D'Arcy, Brodie, 2015: 1–9).¹⁹ U tom smislu, pojava prinudnih brakova kod nas, za razliku od nekih drugih evropskih zemalja, ne predstavlja problem „uvezen“ sa migrantima, već autohtoni problem, čije su prave razmere gotovo u potpunosti nepoznate. Registrovanje problema je nekada imalo i jasan odgovor u krivičnom pravu, u kome je ranije postojalo delo pod nazivom prinuda na zaključenje braka (čl. 113a KZRS), od kojeg se prilikom donošenja novog zakonika 2005. godine odustalo.²⁰ Međutim, to ne znači da smo se usaglašavanjem sa Istanbulsom konvencijom zapravo vratili na stara rešenja, jer je ovo delo bilo usko određeno kao prinuđivanje *ženskog lica* na zaključenje braka, pri čemu je kvalifikovani oblik nastajao ukoliko je žensko lice maloletno.²¹

18 Iako se između dečjih i prisilnih brakova ne može postaviti znak jednakosti, mnogi autori ukazuju na povezanost. Više o tome u Sabbe, Temmerman, Brems, Leye, 2014: 173, Ganoli, Mc Carry, Razak, 2009: 418–429 i dr. Sa druge strane, rizični mogu biti i tzv. ugovoreni brakovi, videti u Enright, 2009: 331–359, Beck-Gersheim, 2011: 63–65 i dr.

19 Možda bi trebalo pomenu ti da je problem dečjih brakova više istraživan u azijskim i afričkim zemljama, što ne znači da ga nema u Evropi, prisutan je svuda gde ima romskih zajednica, a migracijski tokovi su doprineli da on postane u čestiliji.

20 Više o ovom delu videti u Lazarević, 2002: 123.

21 Poređenja radi, za osnovni oblik prinude na zaključenje braka bila je propisana kazna zatvora do jedne godine, a za kvalifikovani kazna zatvora od šest meseci do tri godine.

Na početku izlaganja je napomenuto da se mogu iznaći i razlozi protiv uvođenja prinudnog zaključenja braka. Argumentacija je prilično jednostavna pošto je, po logici stvari, ovo delo samo specifičan vid izvršenja prinude. Kao jedno od osnovnih dela protiv prava i sloboda, prinuda u osnovnom obliku postoji kada neko lice drugog silom ili pretnjom prinudi da nešto učini ili ne učini ili trpi (čl. 135, st. 1 KZ-a).²² Nema nikakve prepreke da se prinudno zaključenje braka tretira kao delo iz čl. 135, a da je zakonodavac imao sličnosti u vidu jasno je iz toga što se posebni maksimumi poklapaju.²³

Ne treba gajiti iluziju da je inkriminisanje prinudnih brakova samo po sebi dovoljno za iskorenjivanje ove veoma kompleksne pojave. Uzroci dečjih i prinudnih brakova su mnogobrojni i mogu se pronaći u siromaštvu, neobrazovanju ili nedovoljnom obrazovanju, prevaziđenim običajnim normama, prisustvu rodno zasnovane diskriminacije i slično. Pored toga, pojava prisilnih brakova je često samo jedan segment mnogo šire patologije, kako je povezana sa nasiljem u porodici, sa trgovinom ljudima, ali i sa tzv. ubistvima iz časti (*honour killing*), gde se ženska osoba ubija da bi se sačuvala čast muškarca ili čitave porodice (više o takvim primerima u Sabbe, Temmerman, Brems, Leye, 2014: 172, Yurdakul, Korteweg, 2013: 204–214, Idriss, 2015: 687–689 i sl.). Međutim, u celoj priči postoji i druga strana. Kako se da pretpostaviti da prinuda usmerena na zaključenje braka nekada ne potiče od nepoznate osobe, već od bliskih lica, tj. roditelja i drugih članova porodice (posebno karakteristično kada je prisilan brak istovremeno i dečji brak), otvara se pitanje realnog dometa ove inkriminacije. Malo je verovatno da će se maloletna žrtva sama osmeliti da prijavi svoje srodnike, pri čemu joj ni neposredno okruženje nije od pomoći, jer zbog tradicionalnih shvatanja podržava ovakvu nakaradnu praksu. Možda je u ovom kontekstu zanimljivo pomenuti primer Danske, koja u šestogodišnjem periodu od uvođenja nije zabeležila nijedan sudski epilog prinudnih brakova, iako istraživanja govore o faktičkoj u čestalosti ove pojave među muslimanskim doseljenicima (Sabbe, Temmerman, Brems, Leye, 2014: 178).

22 Teže oblike konstituišu svirep način izvršenja ili pretnja ubistvom ili teškom telesnom povredom ili otmicom (st. 2), nastupanje teške telesne povrede ili druge teške posledice po prinuđeno lice (st. 3), nastupanje smrti prinuđenog lica ili izvršenje dela od strane grupe (st. 4), odnosno izvršenje dela od strane organizovane kriminalne grupe (st. 5).

23 Za osnovni oblik prinude predviđen je zatvor do tri godine, a za kvalifikovane oblike neka od sledećih kazni: zatvor od šest meseci do pet godina (st. 2), od jedne do deset godina (st. 3), od tri do dvanaest godina (st. 4), od pet do petnaest godina (st. 5).

Ako se opet ostane pri stavu o neophodnom inkriminisanju zbog prihvaćenih obaveza, posmatrano sa pravno-tehničkog aspekta, bila su moguća i drugačija rešenja. U komparativnom pravu pojedine zemlje su uvele samostalnu inkriminaciju, poput Norveške²⁴ ili Belgije,²⁵ ali su neke umesto toga redefinisale postojeća dela, te se, na primer, u Hrvatskoj prisilni brak našao u sklopu trgovine ljudima,²⁶ dok je u Crnoj Gori inkorporiran u zaključenje ništavog braka.²⁷

6. Status ostalih inkriminacija predviđenih Konvencijom

Pod ostalim inkriminacijama podrazumevaju se one izričito navedene u Konvenciji, a koje, za razliku od prethodnih, nisu izazvale nikakvu reakciju zakonodavca. Drugim rečima, one nisu dovele do uvođenja ili redefinisanja postojećih dela, tako da izazivaju posebnu pažnju sa aspekta izvršavanja preuzetih obaveza. Poštujući redosled dat u tekstu Konvencije, prva među njima su dela psihičkog i fizičkog nasilja, pod kojima se podrazumeva „namerno ponašanje, koje ozbiljno narušava psihički integritet nekog lica prinudom odnosno pretnjama“ i „namerno

24 Svako lice koje silom, lišavanjem slobode, pritiskom ili bilo kojim drugim nezakonitim ponašanjem ili pretnjom da će takvo ponašanje biti pred u zeto, prisili drugog da zaključi brak kazniće se zatvorom od najviše šest godina (čl. 222, st. 2). Poseban oblik prinude i spada u dela protiv ličnih sloboda. Korišćen tekst Zakonika sa <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, pristup 22. 03. 2017. godine.

25 Ko drugo lice silom ili pretnjom prinudi da zaključi brak, kazniće se zatvorom od tri meseca do pet godina, i novčanom kaznom od 250 do 5.000 evra. Kažnjiv je i pokušaj ovog dela (čl. 391).

26 Ko upotrebom sile ili pretnje, obmanom, prevarom, otmicom, zloupotrebom ovlašćenja ili teškog položaja, ili odnosa zavisnosti, davanjem ili primanjem novčane naknade ili druge koristi radi dobijanja pristanka osobe koja ima nadzor nad drugom osobom ili na drugi način vrbuje, prevede, preveze, skriva, ili prima osobu ili razmenjuje ili prenosi nadzor nad osobom radi ... sklapanja nedozvoljenog ili *prisilnog braka* ... kazniće se zatvorom od jedne do deset godina. Kvalifikovani oblik ako je izvršeno nad detetom, za šta je propisana kazna zatvora od tri do petnaest godina (videti čl. 106).

27 Noveliranjem KZ-a 2013. godine zaključenje ništavog braka je pored osnovnog oblika (Ko prilikom zaključenja braka prikrije od druge strane neku činjenicu zbog koje je brak ništav ili drugu stranu dovede u zabludu ili održava u zabludi o toj činjenici, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine), unet i poseban oblik koji nastaje kada se silom ili pretnjom prinudi drugo lice na zaključenje braka, za šta je propisan zatvor od šest meseci do pet godina, čl. 214 Krivičnog zakonika CG, *Službeni list RCG, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006 i Službeni list CG, br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - drugi zakon, 40/2013, 56/2013, 14/2015 42/2015 i 58/2015 - drugi zakon.*

počinjena dela fizičkog nasilja nad drugim licem“ (čl. 33 i 35). Način na koji su formulisana je veoma apstraktne prirode, te se ovi opisi mogu podvesti pod različita dela iz našeg KZ-a, svrstana u grupu protiv života i tela, prava i sloboda čoveka i građanina, kao i pod trgovinu ljudima (čl. 388) ili nasilje u porodici (čl. 194), u slučaju kada je žrtva član porodice. Zakonodavac je opravdano procenio da se postojećim odredbama u zadovoljavajućoj meri može pružiti pravna zaštita u gorenavedenim situacijama, te je izostala bilo kakva intervencija.

Sledeće je seksualno nasilje, koje je Konvencijom prilično ekstenzivno određeno, pošto obuhvata tri situacije: vaginalnu, analnu ili oralnu penetraciju seksualne prirode na telu drugog lica bez njenog, odnosno njegovog pristanka, korišćenjem bilo kog dela tela, odnosno predmeta; druge seksualne radnje sa licem bez njenog, odnosno njegovog pristanka; i navođenje drugog lica na pokušaj seksualnih radnji sa trećim licem bez njenog, odnosno njegovog pristanka. Pri tome, posebno je naglašeno da će delo postojati i kada su navedena ponašanja počinjena nad bivšim, odnosno sadašnjim supružnicama ili partnerima u skladu sa nacionalnim propisima. Nije potreban poseban umni napor da bi se zaključilo da naš Krivični zakonik u ovom segmentu nije usaglašen sa Konvencijom. U našem krivičnom pravu konstrukcija silovanja, kao složenog krivičnog dela, izgrađena je na dva konstitutivna elementa, na prinudi izraženoj kroz silu ili pretnju da će se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica, kao i na samom seksualnom aktu – obljudi ili sa njom izjednačenim polnim činom kod osnovnog oblika dela (čl. 178, st. 1). I lakši oblik, takođe, sadrži prinudu, mada ovoga puta iskazanu kroz pretnju da će se za pasivnog subjekta ili njemu blisko lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti i ugledu, ili pak kroz pretnju drugim teškim zlom (čl. 178, st. 2). Pri tome, ovi elementi se nalaze u uzročno-posledičnoj vezi, tako da se prinuda javlja u funkciji činioca koji omogućava obljudu, odnosno sa njom izjednačeni čin. U ovom kontekstu valjalo bi pomenuti da prinuda predstavlja tradicionalni element silovanja u našem pravu. Koliko god da je vremenom zakonodavac menjao svoj stav prema ovom delu i time njegovu koncepciju, odnos prema prinudi je ostajao isti. Bez potrebe da se ide duboko u pravnu istoriju, potrebno je setiti se da je u KZRS iz 1977. godine silovanje predstavljalo prinudu na obljudu ženskog lica sa kojim se ne živi u bračnoj zajednici, upotrebom sile ili pretnje da će se neposredno napasti na život ili telo tog ili njemu bliskog lica (čl. 103, više o tome u Jovanović, Đurđić, Jovašević, 2000: 269), što je izmenjeno 2002. godine proširenjem zone silovanja i na slučaj kada je pasivni subjekt

žena sa kojom učinilac živi u bračnoj zajednici (Stojanović, Perić, 2002: 171 itd.). Važećim KZ-om je samo nastavljena tendencija ekspanzije bića ovog krivičnog dela, što je ostvareno na dvostruki način – najpre, uvođenjem drugog seksualnog čina koji je izjednačen sa obljubom, kao i depersonalizovanjem subjekata, pošto muškarac po jezičkom tumačenju nije nužno aktivni subjekt, niti je žena nužno pasivni subjekt.²⁸ Usled činjenice da se prinuda, bez obzira na razlike u definisanju silovanja, javlja kao njegova konstanta, u domaćoj teoriji je prisutna i prilična saglasnost u vezi sa njenim karakteristikama. Tako se obično navodi da sila i pretnja po svojim osobinama treba da budu podobne da slome otpor žrtve, da neposredno predstoje vršenju obljube ili sa njom izjednačenog čina, da pretpostavljaju pružanje otpora od strane žrtve, koji mora da bude ozbiljan i trajan, tj. takav da ne simulira stid niti se primenjuje u funkciji povećanja uzbuđenja, već predstavlja izraz čvrste i nepokolebljive odluke da se izbegne obljuba ili sa njom izjednačeni polni čin (Jovašević, 2014: 87). Po pitanju otpora, prisutan je i nešto umereniji stav da i fizički otpor slabijeg intenziteta ili potpuni izostanak otpora u nekim situacijama ne dovode u pitanje postojanje prinude, ukoliko su postojali opravdani razlozi zbog kojih se žrtva na ovakav način ponašala (Stojanović, 2016: 7).

Sa druge strane, evidentno je da Konvencija uopšte ne pominje prinudu, već insistira na nepristajanju na penetraciju i druge radnje seksualnog karaktera. Tako je „seksualno nasilje uklju čujuć i silovanje“ bitno drugačije od silovanja iz KZ-a Republike Srbije. Ono predstavlja neželjeni seksualni čin, što se nikako ne može poistovetiti sa prinudnim seksualnim činom. Preciznije, prinudni seksualni čin je uvek neželjen, ali ne važi i obrnuto. U tom smislu, seksualni čin bez pristanka i bez primene prinude, mogao bi da obuhvati različite situacije, osim one kada se koristi nemoć drugog lica, što je u našem KZ-u posebno krivično delo.²⁹ Ovde spadaju: iznenadno preduzimanje seksualnih radnji, kada žrtva zbog brzine dešavanja nije u mogućnosti da iskaže nepristajanje, nepružanje otpora usled sramote, rezignacije, preteranog obzira prema učiniocu ili usled zablude, ali i situacija kada primenjena sila nije dovoljnog intenziteta, odnosno kada zlo kojim

28 Kada se već govori o subjektima, podrazumeva se da pasivni subjekt osnovnog oblika jedino ne mogu biti maloletnik i dete, pošto bi ova svojstva vodila drugačijoj pravnoj kvalifikaciji, tj. postojanju kvalifikovanog oblika silovanja iz čl. 178, st. 3 i 4.

29 U osnovnom obliku delo čini lice koje nad drugim izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin iskoristivši duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj, drugu duševnu poremećenost, nemoć ili kakvo drugo stanje tog lica usled kojeg ono nije sposobno za otpor (čl. 179).

se preti nije dovoljno teško u gorenavedenom smislu, ili kada nema uzročne veze između prinude i seksualne radnje (Stojanović, 2016: 14). Čisto kriminalno-politički posmatrano može biti diskutabilno i sporno inkriminisanje ovakvih radnji, ali ostaje i činjenica da je naša zemlja ratifikacijom preuzela obavezu da to učini. Usaglašavanje sa Konvencijom bi se moglo ostvariti na više načina – potpunim napuštanjem pojma silovanja kakav nam je poznat i koji inkorporira prinudu; uvođenjem lakšeg oblika silovanja koji ne predviđa prinudu; uvođenjem novog samostalnog dela koje bi obu hvatilo seksualne akte preduzete bez pristanka, ali i bez upotrebe sile, odnosno pretnje. U našoj teoriji ovo pitanje nije razmatrano, sa izuzetkom profesora Stojanovića, koji je naklonjeniji manje radikalnom pristupu, pri čemu bi se zadržalo krivično delo silovanja u klasičnom smislu (Stojanović, 2016: 16), što se čini ispravnijim. Međutim, time se rešava samo polovina problema, jer potrebno je definisati to novo krivično delo. Ukoliko se odbaci kazuistika u vidu nabiranja, kakvo je prethodno u ovom teorijskom radu učinjeno, ostaje solucija koju predlaže Stojanović, a koja se sastoji u zakonskom supsidijaritetu, te bi obljuba i sa njom izjednačeni čin bez pristanka lica prema kome se preduzima postojali samo pod uslovom da nisu ispunjena obeležja krivičnog dela silovanja ili krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem (Stojanović, 2016: 16). Nadalje, ovaj predlog obuhvata i unošenje naznake da se seksualni čin obavlja protivno volji drugog lica, što bi u praksi, prilikom dokazivanja dela podrazumevalo i da je ta volja manifestovana na određeni način (Stojanović, 2016: 17).

Zanimljivo je ispitati i kako su druge zemlje rešile ovaj problem.³⁰ Među retkim državama koje su inkriminisale pomenuto ponašanje nalazi se Hrvatska, koja je 2012. godine uvela tzv. „spolni odnošaj bez pristanka“ (čl. 152 KZ-a). Prvi oblik postoji kada učinilac sa drugim licem bez njegovog pristanka izvrši polni odnos ili sa njim izjednačenu polnu radnju, kada navede drugo lice da bez svog pristanka s trećim licem izvrši polni odnos ili sa njim izjednačenu polnu radnju ili da bez svog pristanka nad samim sobom izvrši sa polnim odnosom izjednačenu polnu radnju (za šta je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina). Zakonodavac je posebno izdvojio slučaj kada je učinilac bio u otklonjivoj

30 Skoro sve zemlje članice Saveta Evrope su potpisale ovu Konvenciju, a jedini izuzetak su Rusija, Jermenija i Azerbejdžan. Od tog broja 22 države su ratifikovale Konvenciju i ona je stupila na snagu (Albanija, Andora, Austrija, Belgija, BiH, Danska, Finska, Francuska, Italija, Malta, Monako, Crna Gora, Holandija, Poljska, Portugalija, Rumunija, San Marino, Srbija, Slovačka, Španija, Švedska, Turska). Izvor podataka <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>, pristup 22. 03. 2017. godine.

zabludi u pogledu postojanja pristanka, za koji je propisao i blažu kaznu (zatvor do tri godine). Da bi se izbegli problemi u tumačenju, izričito je određeno šta se smatra pristankom, te on postoji ako je lice svojom voljom odlučilo da stupi u polni odnos ili sa njime izjednačenu polnu radnju i ako je bilo sposobno da donese i izrazi takvu odluku. Obrnuto, smatra se da takvog pristanka nema, ako je polni odnos ili sa njime izjednačena polna radnja izvršena uz upotrebu pretnje, prevare, zloupotrebom položaja prema licu koje se prema učiniocu nalazi u odnosu zavisnosti, iskorišćavanjem stanja lica zbog kojeg ono nije bilo sposobno da izrazi svoje odbijanje, ili nad licem kojem je protivpravno oduzeta sloboda.

Pored navedenog, seksualno nasilje u Konvenciji podrazumeva i navođenje drugog lica na pokušaj seksualnih radnji sa trećim licem bez njenog odnosno njegovog pristanka čega, takođe, nema u opisu našeg krivičnog dela silovanja.

Prinudni abortus i prinudna sterilizacija su, takođe, na listi dela prisutnih u Konvenciji, a podrazumevaju „abortus žene bez njenog prethodnog i informisanog pristanka“, odnosno „operaciju u svrhu ili uz ishod onemogućavanja prirodne reprodukcije kod žene bez njenog informisanog pristanka ili razumevanja procedure“ (čl. 39). Postojanje prinudnog abortusa u našem krivičnom pravu je nesporno, jer predstavlja jedan od oblika tzv. nedozvoljenog prekida trudnoće, koji postoji kada se bremenitoj ženi bez njenog pristanka, a ako je mlađa od šesnaest godina bez njenog pristanka i bez pisane saglasnosti njenog roditelja, usvojioca ili staraoca, izvrši ili započne da vrši pobačaj (čl. 120, st. 3).³¹ Trebalo bi primetiti da je pravna zaštita u domaćem pravu šira u odnosu na onu datu u Konvenciji, pošto je kažnjivim proglašeno, ne samo izvršenje, već i započinjanje pobačaja. Takođe, našom inkriminacijom su pokrivene i situacije kada je usled prekida trudnoće bez pristanka nastupila smrt, teško narušavanje zdravlja ili druga teška telesna povreda žene nad kojom je vršen prekid trudnoće (čl. 120, st. 4).³² Ni prinudna sterilizacija nije nepoznanica, jer predstavlja jednu od alternativno postavljenih radnji međunarodnih krivičnih dela – genocida,³³ zločina

31 Za ovaj oblik dela propisana je kazna zatvora od jedne do osam godina.

32 Radi se o delu kvalifikovanom težom posledicom, za koje je predviđena i stroža kazna – kazna zatvora od dve do dvanaest godina.

33 Ko u nameri da potpuno ili delimično uništi neku nacionalnu, etničku, rasnu ili versku grupu kao takvu naredi da se ... primene mere kojima se sprečava rađanje između pripadnika grupe ... ili ko u istoj nameri izvrši ovo delo, kazniće se zatvorom najmanje pet godina ili zatvorom od trideset do četrdeset godina (čl. 370).

protiv čovečnosti³⁴ i ratnog zločina protiv civilnog stanovništva.³⁵ Osim toga, prinudne sterilizacije kao samostalnog dela nema, te se javlja dilema da li je moguća zaštita od ovakvog postupka u ostalim situacijama (u doba mira, bez genocidne namere, bez kršenja pravila međunarodnog prava, bez šireg ili sistematskog napada na civilno stanovništvo i drugih uslova neophodnih za postojanje nabrojanih dela). Čini se da jeste, kroz delo teške telesne povrede (čl. 121). Sa druge strane, kriminalno- politički posmatrano, u našoj zemlji nisu zabeleženi slučajevi zbog kojih su tvorci Konvencije i posebno izdvojili prinudnu sterilizaciju. Iako sterilizacija predstavlja jedan od medicinskih kontraceptivnih metoda, koji sam po sebi nije sporan, dešavalo se da je ona i u novije doba sprovedena u širim razmerama, bez jasno i slobodno izraženog tzv. informisanog pristanka, i to prema određenim grupama – prema obolelima od HIV-a, licima sa mentalnim poremećajima, pripadnicima pojedinih etničkih zajednica, transrodnim i interseksualnim osobama (više o tome u Zampas, Lamačková, 2011: 163–166, Lee, 2015: 114–152, WHO, 2014: 3–8). O razmerama problema govori i činjenica da je pitanje prinudne sterilizacije, počevši od čuvenog slučaja *V. C. versus Slovakia*,³⁶ na desetine puta dobilo svoj epilog pred Evropskom sudom za ljudska prava, pošto predstavlja narušavanje zabrane mučenja (čl. 3), prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8), kao i zabrane diskriminacije (čl. 14).³⁷ U komparativnom pravu ima primera da je prisilna sterilizacija regulisana uz nedozvoljeni prekid trudnoće, kao u Makedoniji,³⁸ ili u okviru dela nedozvoljeno uzimanje organa, tkiva i ćelija i nedozvoljena

34 Ko kršeći pravila međunarodnog prava, u okviru šireg ili sistematskog napada uperenog protiv civilnog stanovništva, naredi vršenje ... sterilisanja radi promene etničkog sastava stanovništva ... kazniće se zatvorom najmanje pet godina ili zatvorom od trideset do četrdeset godina (čl. 371).

35 Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vreme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi da se izvrši ... prisilna sterilizacija ... kazniće se zatvorom najmanje pet godina (čl. 372, st. 1).

36 Više o tome, kao i o istorijat u prinudne sterilizacije u Čehoslovačkoj i Slovačkoj, videti u Hoyle, 2014: 17–31.

37 Detaljniji pregled slučajeva dat u članku Rubio-Marin, Möchel, 2014: 881–899.

38 Ko bez saglasnosti ili dovođenjem u zabludu ili iskorišćavanjem neznanja ženskog lica protivno zakonu, hiruškom intervencijom ili na drugi način, prekine njenu sposobnost za reprodukciju, kazniće se zatvorom od tri do deset godina (čl. 129, st. 4). Ako je delo učinjeno prema maloletnom licu ili je nastupilo teško narušavanje zdravlja ili smrt ženskog lica, u činilac će se kazniti zatvorom od najmanje pet godina (st. 5).

sterilizacija, kao u Slovačkoj,³⁹ ali i kao potpuno samostalno delo, na primer u Turskoj.⁴⁰

7. Status ostalih odredaba od značaja za materijalno krivično pravo

Konvencijom je predviđena i obaveza država da za određena dela,⁴¹ ako su učinjena namerno, predvide i kažnjavanje za pomaganje, podstrekavanje, odnosno pokušaj (čl. 41). Kada je u pitanju odgovornost za pomaganje i podstrekavanje, situacija je nesporna, jer se opšte odredbe KZ-a (čl. 33 i 34) mogu primeniti na bilo koje delo. Odgovornost za pokušaj je, nasuprot tome, uslovljena i ona postoji samo ako se radi o delu za koje se po zakonu može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, dok je za druga krivična dela odgovornost moguća samo ako je to zakonom izričito propisano (čl. 30). Kada se novouvedena dela sagledaju u ovom kontekstu, ispada da zbog propisanih kazni „vise“ sakaćenje ženskog polnog organa pod naročito olakšavajućim okolnostima, osnovni oblik proganjanja, polno uznemiravanje i prinudno zaključenje braka. Kao i u nekim drugim slučajevima, i ovde se postavlja pitanje kriminalno- političke opravdanosti eventualnog kažnjavanja za pokušaj.

Nadalje, Konvencija nalaže isključivanje mogućnosti da se u krivičnim postupcima, pokrenutim na osnovu svakog dela nasilja obu hvaćenog Konvencijom, kultura, običaji, religija, tradicija ili takozvana „čast“ smatraju opravdanjem za takva dela (čl. 42, st. 1). Tu posebno spadaju tvrdnje da je žrtva prekršila kulturne, verske, društvene ili tradicionalne norme ili običaje prikladnog ponašanja. Ako se neprecizni termin „opravdanje“ shvati kao osnov za isključenje protivpravnosti, sledi da

39 Delo se sastoji u protivzakonitoj sterilizaciji za šta je propisana kazna zatvora od dve do osam godina. Među tim, ako je ovo u činjeno na svirep način, sa posebnim motivima ili u okviru kriminalne grupe, zaprećena je kazna od sedam do dvanaset godina. Najteži oblik je kvalifikovan nastupanjem teške telesne povrede ili smrti, kazna zatvora od deset do petnaest godina (čl. 159). Tekst zakonika preuzet sa [http:// www.legislationline.org/documents /section/criminal-codes](http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes), pristup 22. 03. 2017. godine.

40 Svako lice koje sterilizuje čoveka ili ženu bez njihove saglasnosti, kazniće se zatvorom od tri do šest godina. Ako je delo izvršeno od strane lica neovlašćenog za sterilizaciju, kazna se povećava za trećinu. Ako se sterilizacija vrši od strane neovlašćenog lica, uz saglasnost lica nad kojim se vrši, kazniće se zatvorom od jedne do tri godine (čl. 101). Tekst zakonika preuzet sa: [http://www.legislationline. org/documents/section/criminal-codes](http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes), pristup 22. 03. 2017. godine.

41 Čl. 33, 34, 35, 36, 37, 38a i 39.

je naše pravo u ovom domenu u skladu sa Konvencijom, jer se ništa od navedog ne može koristiti u tu svrhu.

U domenu kaznene politike Konvencija sadrži uobičajne smernice, po kojima strane ugovornice treba da obezbede da krivična dela njome utvrđena, budu sankcionisana delotvornim, srazmernim sankcijama, koje odvrćaju od vršenja krivičnih dela, uzimajući u obzir njihovu ozbiljnost (čl. 45). Te sankcije obuhvataju lišavanje slobode, ali i praćenje, odnosno nadzor osuđenih lica, lišavanje roditeljskog prava, ukoliko se princip najboljeg interesa za dete ne može garantovati ni na koji drugi način. Takođe, predviđeno je da se u postupku odmeravanja kazne za ova dela, ukoliko već ne predstavljaju elemente bića, određene okolnosti mogu uzeti u obzir kao otežavajuće. Ovde spadaju sledeće činjenice: da je delo učinjeno nad bivšom ili sadašnjom supružnicom ili partnerkom, od strane člana porodice ili lica koje živi zajedno sa žrtvom, odnosno lica koje je zloupotrebilo svoj autoritet; ponovljeno krivično delo, odnosno srodno delo; krivično delo počinjeno nad licem koje je postalo ugroženo usled određenih okolnosti; krivično delo počinjeno nad detetom ili u prisustvu deteta; krivično delo počinjeno od strane dvoje ili više udruženih lica; krivično delo kome je prethodilo ili ga je pratilo ekstremno nasilje; krivično delo počinjeno uz upotrebu oružja ili uz pretnju oružjem; krivično delo sa ozbiljnim fizičkim, odnosno psihičkim posledicama za žrtvu; da je počinitelj prethodno osuđivan za krivična dela slične prirode (čl. 46). Katalog okolnosti, predviđenih u članu 54, 54a i 55 našeg KZ-a, sa opštim ovlašćenjem suda da uzme u obzir bilo koju okolnost koju smatra relevantnom u konkretnom slučaju, pružaju dovoljno garancije za ispunjenje pomenutih zahteva iz Konvencije.

8. Zaključna razmatranja

Detaljno preispitivanje je ukazalo da još uvek postoje pojedina pitanja po kojima naše krivično zakonodavstvo, i posle novela iz 2016. godine, nije usaglašeno sa Istanbulskom konvencijom. Problem neusaglašenosti je najevidentiji kod seksualnog nasilja, koje obuhvata i tzv. polni odnos bez pristanka, pošto je zakonodavac izbegao da ga reguliše. Mada se ovakav stav donekle može razumeti, jer je ovo delo veoma sporno i retke su države koje su ga predvidele, ostaje činjenica da time nije izvršena obaveza preuzeta ratifikovanjem Konvencije. Kako je pokazano, to bi se moglo rešiti na različite načine, potpunim redefinisanjem krivičnog dela silovanja, uvođenjem novog oblika ovog dela, ili normiranjem posebnog, samostalnog krivičnog dela, pri čemu se poslednja alternativa čini

najprihvatljivijom. I kod drugih inkriminacija su primećeni izvesni sporni momenti, mada potpuno drugačije prirode, jer se odnose na njihovu kriminalno-političku opravdanost. Za razliku od prethodnog, ovaj problem nema rešenja, kako Konvencija kroz institut rezervi nije ostavila prostor da se njene odredbe prilagođavaju prilikama u svakoj konkretnoj državi. Zapravo, ovo je u vezi sa širim problemom koji nastaje jer se prilikom potpisivanja međunarodnih ugovora, očigledno, ne proučava detaljno njihova sadržina, a kada se tome doda i činjenica da u postupku ratifikacije obično nema rasprave, sve se pretvara u puku formalnost, bez sagledavanja posledica koje iz toga dalje mogu proisteci.

Literatura

Beck-Gernsheim, E. (2011). The Marriage Route to Migration: Of Border Artistes, Transnational Matchmaking and Imported Spouses. *Nordic Journal of Migration research*. 1 (2). 60–68.

Gangoli, G., McCarry, M., Razak, A. (2009). Child Marriage or Forced Marriage? South Asian Communities in North East England. *Children & Society*. 23. 418–429.

Gruber, J., Fineran, S. (2016). Sexual Harassment, Bullying and School Outcomes for High School Girls and Boys. *Violence against Women*. 22 (1). 112–133.

D'Arcy, K., Brodie, I. (2015). Roma Children and Young People in Bulgaria: Patterns of Risk and Effective Protection in Relation to Child Sexual Exploitation. *Social Inclusion*. 3(4). 1–9.

Diekmann, K. A., Silito Walker, S. D., Galinsky, A. D., Tenbrunsel, A. E., (2013). Double Victimization in the Workplace: Why Observers Condemn Passive Victims of Sexual Harassment. *Organization Science*. 24 (2). 614–628.

Enright, M. (2009). Choice, Culture and the Politics of Belonging: The Emerging Law of Forced and Arranged Marriage. *Modern Law Review*. 72(3). 331–359.

European Parliament Resolution of 24 March 2009 on Combating Female Genital Mutilation in EU (2008/2071(INI) (2010/C 117 E/09), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009IP0161&from=EN>, pristup 22. 03. 2017.

Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. *Službeni glasnik RS. Br. 12 (13)*.

Zampas, C., Lamačková, A. (2011). Forced and Coerced Sterilization of Women in Europe. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*. 114 (2). 163–166.

Idriss, M. M. (2015). Forced Marriages – The Need for Criminalisation?. *Criminal Law Review*. 9. 687–703.

Jarić, V. (2015). Doprinos Ujedinjenih nacija u Srbiji zaštiti žena žrtava nasilja u porodici i u intimnim partnerskim odnosima: od međunarodnog prava do prakse. *Temida*. Mart. 55–74.

Jovanović, Lj., Đurđić, V., Jovašević, D. (2000). *Krivično pravo, Posebni deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta.

Jovanović, Lj., Đurđić, V., Jovašević, D. (2004). *Krivično pravo, Posebni deo (treće izmenjeno i dopunjeno izdanje)*. Beograd: Službeni glasnik.

Kazneni zakon Republike Hrvatske. *Narodne novine*. Br. 125 (11), 144 (12), 56 (15) i 61 (15).

Kensbock, S., Bailey, J., Jennings, G., Patiar, A. (2015). Sexual Harassment of Women Working as Room Attendants within 5-Star Hotels. *Gender, Work & Organization*. 22 (1). 36–50.

Krivični zakonik Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (05), 88(05)-ispr., 107 (05)-ispr., 72 (09), 111 (09), 121 (12), 104 (13), 108 (14) i 94 (16).

Krivični zakonik Crne Gore. *Službeni list RCG*. Br. 70 (03), 13 (04), 47 (06) i *Službeni list CG*. Br. 40 (08), 25 (10), 32 (11), 64 (11) - drugi zakon, 40 (13), 56 (13), 14 (15), 42 (15) i 58 (15) - drugi zakon.

Lazarević, Lj. (2002). Krivični zakonik Republike Srbije sa kraćim komentarom. Beograd: Savremena administrarcija.

Lee, R. C. (2015). Forced Sterilization and Mandatory Divorce: How a Majority of Council of Europe Member States' Laws Regarding Gender Identity Violate the Internationally and Regionally Established Human Rights of Trans* People. *Berkley Journal of International Law*. 33(1). 114–152.

Miladinović Stefanović, D. (2016). Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 72. 143–162.

Milić, S. (2014). Dečiji prisilni brakovi kod Roma i Egipćana. *Medijski dijalozi*. 8 (7). 97–114.

Mitchell, K. J., Ybarra, M. L., Korchmaros, J. D. (2014). Sexual Harassment among Adolescents of Different Sexual Orientations and Gender Identities. *Child abuse & neglect*. 38 (2). 280–295.

Nikolić Ristanović, V., Kovačević Lepojević, M. (2007). Proganjanje: Pojam, karakteristike i društveni odgovori. *Temida*. 4. 3–12.

Perić, O., Stojanović, Z. (2002). *Krivično pravo, Posebni deo, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje*. Beograd: Službeni glasnik.

Rubio-Marín, R., Möschel, M. (2015). Anti-Discrimination Exceptionalism: Racist Violence before the ECtHR and the Holocaust Prism. *European Journal of International Law*. 26 (4). 881–899.

Sabbe, A., Temmerman, M., Brems, E., Leye, E. (2014). Forced Marriage: An Analysis of Legislation and Political Measures in Europe. *Crime, Law and Social Change*. 62. 171–189.

Sauer, P. J. J., Neubauer, D. (2014). Female Genital Mutilation: A Hidden Epidemic (Statement from the European Academy of Pediatrics). *European Journal of Pediatrics*. 173 (2). 237–238.

Spector, P. E., Zhou, Z. E., Che, X. X. (2014). Nurse Exposure to Physical and Nonphysical Violence, Bullying, and Sexual Harassment: A Quantitative Review. *International Journal of Nursing Studies*. 51 (1). 72–84.

Stojanović, Z. (2016). Silovanje bez prinude – Usaglašavanje KZ Srbije sa čl. 36 Istanbulske konvencije. *Nauka, bezbednost, policija*. 21(1). 1–23.

Tanasković, B., Račeta, M. (2007). Istraživanje seksualnog uznemiravanja u javnom prevozu u Beogradu. *Temida*. Decembar. 23–32.

UNICEF. (2016). Dečiji brakovi u Srbiji – analitički izveštaj. Beograd: Kancelarija UNICEF-a.

Fasting, K., Stiliani C., Knorre, N. (2014). The Experiences of Sexual Harassment in Sport and Education among European Female Sports Science Students. *Sport, Education and Society*. 19 (2). 115–130.

Finn, J. (2004). A Survey of Online Harassment at a University Campus. *Journal of Interpersonal violence*. 19 (4). 468–483.

Hoyle, L. (2013). *VC v. Slovakia: A Reproductive Rights Victory Misses the Mark*. *BC Int'l & Comp. L. Rev.* 36. 17–31.

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>, pristup 22. 03. 2017.

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, pristup 22. 03. 2017.

Yurdakul, G., Korteweg, A. S. (2013). Gender Equality and Immigrant Integration: Honor Killing and Forced Marriage Debates in the Netherlands, Germany, and Britain. *Women's Studies International Forum*. 41. 204–214.

WHO. (2014). *Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization. An Interagency Statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO*. Geneva: WHO.

World Health Organisation. *Female Genital Mutilation: Information Pack*, http://www.who.int/fhr-whd/FGM/infopack/English/fgm_infopack.htm, pristup 22. 03. 2017.

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

THE ISTANBUL CONVENTION AND CRIMINAL LAW PROTECTION OF WOMEN AGAINST VIOLENCE IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (the Istanbul Convention) is a very important binding international document signed and ratified by the Republic of Serbia. Thereupon, Serbia assumed the obligation to harmonise and enhance the system of protection of victims of violence. Although the Convention provides for a comprehensive system of measures for eradicating violence and establishing real equality between men and women, including both preventive measures (such as: awareness-raising, education, training of professionals, preventive intervention programmes, and different programmes for institutional treatment of the perpetrators of criminal offences of violence, etc.) as well as victim support measures (such as: safe houses, SOS phone lines, counselling centres, etc.), the subject of research of this paper is confined to discussing the issue how much has been done in this regard in the area of substantive criminal law. In that context, the author analyzes whether and how the provisions of the Convention related to psychological violence, physical violence, sexual violence including rape, stalking, forced marriage, female genital mutilation, forced abortion, forced sterilisation, and sexual harassment have been incorporated in the Criminal Code of the Republic of Serbia.

Keywords: *Istanbul Convention, Serbian Criminal Code, protection of women against violence.*

Mirjana Sredojević,*
Student doktorskih studija Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776253S

UDK: 343.55-053.2/.6(497.11)

Rad primljen: 01.10.2017.

Rad prihvaćen: 30.11.2017.

KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA MALOLETNOG LICA OD ZAPUŠTANJA I ZLOSTAVLJANJA

Apstrakt: U radu je dat prikaz istorijskog razvoja mehanizama zaštite maloletnih lica od zapuštanja i zlostavljanja na nacionalnom i međunarodnom nivou i ukazano je na pojmovno određenje zanemarivanja i zloupotrebe. Autor analizira zakonsko uređenje krivičnog delazapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica, njegove elemente bića i ukazuje na probleme do kojih dolazi prilikom podvođenja određenog ponašanja pod ovo krivično delo. Imajući u vidu privatnost porodičnih odnosa, značaj vaspitne funkcije porodice u izgradnji ličnosti deteta, mogućnost preduzimanja određenih mera iz drugih oblasti prava koje su u interesu deteta, kao i posledice do kojih može dovesti osuda roditelja za ovo krivično delo, potrebno je krivično pravo koristiti kao *ultima ratio*. Međutim, u situacijama kada roditelji ili oni koji se staraju o deci, grubo zanemaruju svoje dužnosti i zlostavljaju decu i tako prouzrokuju stanje zapuštenosti deteta i štetne posledice po njegov razvoj, opravdana je i krivičnoppravna intervencija. U radu se takođe razmatrao pravednost fizičkog kažnjavanja dece, kao i razgraničenje krivičnog dela za puštanje i zlostavljanje maloletnog lica od drugih sličnih krivičnih dela, s obzirom na to da zakonski opis bića ovog krivičnog dela može obuhvatati i elemente bića nekog od krivičnih dela iz grupe protiv života i tela, protiv sloboda i prava čoveka i građanina ili protiv braka i porodice. U cilju analize kaznene politike u radu je dat prikaz pravosudne prakse Osnovnog suda i Osnovnog javnog tužilaštva u Novom Sadu za krivično delo za puštanje i zlostavljanje maloletnog lica u periodu od 2010. do 2016. godine.

Ključne reči: krivičnoppravna zaštita, zanemarivanje i zlostavljanje dece, pravosudna praksa, fizičko kažnjavanje dece.

* mirjana.sredojevic43@gmail.com

1. Uvod

Imajući u vidu narastajuću aktuelnost tema koje se tiču nasilja u porodici i nedavno donošenje Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, polje interesovanja javnosti za porodične odnose se proširuje, pa tako u poslednje vreme pažnju javnosti sve više privlači nasilje nad decom. Iako deca trpe nasilje u raznim institucijama, na ulici, u školi, nekako se čini da najveće interesovanje izaziva nasilje koje se odigrava u krugu porodice, a posebna debata se vodi o opravdanosti fizičkog kažnjavanja dece u disciplinske svrhe.

Porodica je sredina u kojoj deca usvajaju moralne norme i sisteme vrednosti, uspostavljaju najranije emotivne i socijalne veze i uče se pravilima ponašanja u društvu. Ukoliko su odnosi u porodici zasnovani na ljubavi, poverenju i razumevanju, ona je najpogodnija sredina za normalan razvoj detetove ličnosti. Međutim, ukoliko u porodici dođe do postupaka kojima se ugrožava ili narušava fizički i psihički integritet dece, neophodna je pravna intervencija radi zaštite osnovnih prava deteta, jer postoji opravdan društveni interes za pravilno podizanje dece. Idealno stanje bi bilo kada bi se aktivnost državnih organa fokusirala na preventivnu ulogu, preduzimanje mera u oblasti socijalne zaštite, zdravlja, obrazovanja i rehabilitaciju porodice. Ipak, ukoliko u odnosu roditelja prema deci dođemo do situacije u kojoj roditelji ili oni koje se staraju o deci, grubo zanemaruju svoje dužnosti i zlostavljaju ih i tako prouzrokuju stanje zapuštenosti deteta i štetne posledice po njegov razvoj i fizički i psihički integritet, opravdano je aktiviranje krivičnog prava. Krivično delo kojim se deci pruža zaštita od ovakvih postupaka je krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica

2. Razvoj mehanizama zaštite dece od zapuštanja i zlostavljanja

2.1. Međunarodnopravni aspekt

Da bi se razumela suština i opravdanost ovog krivičnog dela, neophodno je osvrnuti se na korene zlostavljanja i zanemarivanja dece. Pravni položaj dece menjao se tokom istorije i bio je uslovljen društveno-ekonomskim odnosima, religijom, oblikom porodice i običajima (Kostić, 2004: 2). Dugo se smatralo da je razlika između deteta i odraslih smo kvantitativna, pa su deca nakon što bi počela da privređuju, ravnopravno sedela sa svojim roditeljima i učestvovala u odlučivanju o bitnim pitanjima. Tek je proces priznanja deteta kao posebnog subjekta imao za posledicu uspostavljanje određenih standarda roditeljskog staranja i roditeljske

odgovornosti. Zlostavljanje i zanemarivanje dece postojalo je još u Grčkoj, Rimu, Indiji, Arabiji, Kini, Egiptu, ali je ulazilo u krug intimnog porodičnog života, koji društvo nije moglo da kontroliše. Okrilje patrijarhalne porodice, gde dominira privatna svojina, omogućilo je da se dete posmatra kao vlasništvo odakle je mogao raspolagati kako želi. Zakon 12 tablica je čak predviđao da nakazno dete posle rođenja treba odmah ubiti. U srednjem veku fizičko kažnjavanje dece smatralo se načinom vaspitanja i bilo je uobičajeno, a batinjanje i šibanje u školama smatrano je sastavnom obrazovnom metodom. Država se retko mešala u odnose roditelja i dece, jer je vladalo uverenje da porodični život treba da bude izvan društvene intervencije. Iz perioda kasnog feudalizma najznačajniji krivičnopravni propis koji je predviđao krivičnopravnu zaštitu života i tela deteta, kao i zaštitu deteta od polne zloupotrebe je *Constitutio Criminalis Carolina* iz 1532. godine.

Odnos prema deci postaje humaniji tek pod uticajem rane renesanse kada se sve više pažnje pridaje obrazovanju i vaspitanju dece, odbacuje surova srednjovekovna disciplina i fizičko kažnjavanje i javljaju se sve češće zahtevi da se za nasilje nad decom i njihovo zanemarivanje predvide i krivične sankcije (Pavlov, 2015: 6). Dok je Francuski krivični zakonik iz 1810. godine sadržao celo poglavlje o zločinima protiv dece i predviđao zaštitu dece od zapuštanja i zlostavljanja, Austrijski krivični zakonik iz 1852. godine je pružao krivičnopravnu zaštitu deci i omladini od zlostavljanja, dok zapuštanje nije bilo predmet krivičnopravne, već samo građanskopravne zaštite. Austrijski građanski zakonik iz 1811. godine pored dužnosti roditelja, govori i o dužnosti deteta da sluša i poštuje roditelje. Roditelji imaju pravo da prema nevaljaloj i neposlušnoj i takvoj deci koja narušavaju domaći red i mir primene kaznu koja neće biti preterana, niti po njihovo zdravlje štetna. Tek nakon formiranja Udruženja za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja idonošenja prvog modernog zakona o zaštiti dece u državi Njujork 1875. godine odnos prema deci postaje humaniji.

Potreba za proširivanjem posebne brige za dete izražena je još u Ženevskoj deklaraciji o pravima deteta iz 1924. godine, koja predstavlja promenu stavova i mišljenja o deci i odnosu prema njima. Ovom konvencijom uvodi se pravo i odgovornost države u zaštiti dečijih prava i dolazi do sve izraženijeg priznanja da prava roditelja u odnosu na njihovu decu nisu nepovrediva. Nakon toga, 1959. godine na Generalnoj skupštini UN usvojena je Deklaracija o pravima deteta koja pored nastojanja da obuhvati osnovna dečija prava, nalaže zaštitu deteta od svih oblika zanemarivanja, okrutnosti ili eksploatacije.

Posebno je važno pomenuti Konvenciju o pravima deteta¹ koja predstavlja prekretnicu u međunarodnom pokretu za dečija prava. Njeni osnovni principi su pravo deteta da izrazi svoje mišljenje i poštovanje najboljeg interesa deteta u svim aktivnostima koje se njega tiču. Konvencijau čl. 19 razmatra obaveze (zakonodavne, upravne, socijalne i obrazovne) države potpisnice u zaštiti deteta od svakog oblika telesnog ili duševnog nasilja, povreda ili zloupotreba, zanemarivanja ili zapuštenosti, zlostavljanja ili iskorišćavanja, uključujući seksualno zlostavljanje, dok o njemu brine roditelj ili neka druga odgovorna osoba (Milosavljević- Đukić, 2015: 12). Danas prava deteta i njihov telesni i duhovni integritet garantovani i zaštićeni velikim brojem međunarodnih pravnih instrumenata donetim pod okriljem Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i drugih međunarodnih organizacija.

2.2. Domaće zakonodavstvo

Znatan pomak u zaštiti dečijih prava napravljen je i na nacionalnom planu. Srpski građanski zakonik iz 1844. godine je koncipirao odnos roditelja i dece kao odnos poslušnosti, a roditelji su na raspolaganju imali prinudne mere, koje su morale biti umerene i nisu smele preći u zlostavljanje. Kao što primećujemo, postepeno se uvodi princip umerenosti, odnosno ograničene upotrebe prinude prema deci i vodi se računa da ona bude adekvatna i neškodljiva po zdravlje deteta. Zaštita dece i maloletnika od zlostavljanja i zapuštanja nije bila predviđena Kaznitelnim zakonikom za Knjaževstvo Srbiju iz 1860. godine, ali se posredno ostvarivala kažnjavanjem onoga ko namerno zlostavlja srodnika po krvi u ushodnoj liniji, kao i starešine koji prema svojoj ženi i drugim ukućanima krajnje nečuveno postupa, nemilosrdno ih tuče i zlostavlja. Tek je Krivičnim zakonikom Kraljevine SHS iz 1929. godine bilo predviđeno da će se „kazniti roditelji, hraniooci, staraoci i uopšte oni kojima je povereno staranje o ličnosti deteta, ako zapuste ili prekoračujući svoje pravo kažnjavanja, zlostavljaju dete koje je pod njihovom vlašću ili nadzorom“ (Kostić, 2004: 4). Delo se moglo izvršiti ili zapuštanjem deteta u pogledu vaspitanja ili zlostavljanjem kroz prekoračenje prava kažnjavanja (Pavlov, 2015: 8). Zaštita fizičkog i psihičkog razvoja deteta u Krivičnom zakoniku FNRJ iz 1951. godine je bila ostvarena propisivanjem krivičnog dela zlostavljanje i zapuštanje deteta. Novelom Krivičnog zakonika od 1959. godine dodat je stav dva kojim se kažnjava lice koje maloletnika prisiljava na preteran rad,

1 Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Sl. List SFRJ – međunarodni ugovori* br. 15/90 i *Sl. list SRJ- međunarodni ugovori* br. 4/96 i 2/97.

rad koji ne odgovara njegovoj dobi, na prosjačenje ili ga iz koristoljuba navodi na vršenje radnje štetne za njegov razvoj, a zaštita je proširena i na lica od 14 do navršene 18 godine života. Krivični zakonik SFRJ iz 1976. godine u članu 118 na identičan način kao i Krivični zakonik FNRJ inkriminiše ovo krivično delo.

Pravni osnov kojim je regulisana zaštita prava deteta u Srbiji pored Ustava²čini i niz ratifikovanih međunarodnih konvencija i posebno zakonodavstvo koje reguliše različite segmente života i prava deteta i to: Konvencija UN o pravima deteta, Fakultativni protokol uz konvenciju o pravima deteta o zabrani prodaje dece, dečijoj prostituciji i dečijoj pornografiji, Nacionalni plan akcije za decu, Opšti protokol za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja, Posebni protokoli svih relevantnih sistema koji se bave zaštitom dece (zdravstveni, pravosudni, obrazovni, sistem socijalne zaštite i unutrašnjih poslova), Zakon o socijalnoj zaštiti i obezbeđenju socijalne sigurnosti, Zakon o finansijskoj podršci porodice sa decom, Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, Zakon o osnovnoj školi, Zakon o srednjoj školi i dr. Ratifikovanjem Konvencije o pravima deteta Srbija je preuzela obavezu da preduzima mere za sprečavanje nasilja nad decom i da obezbedi mere podrške za fizički i psihički oporavak deteta, kao i njegovu socijalnu reintegraciju. To podrazumeva postojanje državnih sistema, koji će prepoznati decu koja su izložna zlostavljanju i zanemarivanju i obezbediti brzu i efikasnu intervenciju u slučajevima kada postoji sumnja da je dete pretrpelo zlostavljanje ili zanemarivanje ili je izloženo riziku da ga doživi.

Pored ovih propisa, državi na raspolaganju stoji i porodičnopravna zaštita. Naime, u slu čaju nesavesnog vršenja prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, porodično pravo predviđa sankciju delimičnog lišenja roditeljskog prava, dok se u slučaju zloupotrebe roditeljskog prava ili grubog zanemarivanja roditeljskih dužnosti može izreći mera potpunog lišenja roditeljskog prava. Međutim, do izricanja ovih mera neće doći ukoliko to nije u najboljem interesu deteta i ukoliko se zaštita detetu može pružiti i blažim merama, a odgovornost supstituisati rehabilitacijom porodice. Sankcije su predviđene i u okviru krivičnog prava, u zavisnosti od subjekata, sadržaja protivpravnog ponašanja, stepena krivice i drugih karakteristika. Pri tom, građanskopravne sankcije ne povlače nužno krivičnopravne, niti krivična odgovornost podrazumeva lišenje roditeljskog prava.

² Službeni glasnik RS, br. 98/2006.

3. Krivičnopravna zaštita maloletnih lica od zapuštanja i zlostavljanja u Republici Srbiji

3.1. Pojam zanemarivanja i zlostavljanja

Krivičnopravna zaštita dece od zanemarivanja i zlostavljanja regulisana je krivičnim delom zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica iz člana 193 Krivičnog zakonika³. S obzirom na to da se u Krivičnom zakoniku ne navode eksplicitno ponašanja kojima se vrši ovo krivično delo, u literaturi je sve više zastupljeno mišljenje da su to one njihove forme koje je usvojila Svetska zdravstvena organizacija (u daljem tekstu: SZO) na Konsultaciji o sprečavanju zloupotrebe dece u Ženevi 1999. godine, a koje predviđa i Porodični zakon⁴. Tako, prema definiciji SZO zanemarivanje predstavlja nemar ili propust pružaoca nege da obezbedi razvoj deteta u svim oblastima zdravlja, obrazovanja, emocionalnog razvoja, ishrane, smeštaja i bezbednih životnih uslova, a u okviru razumno raspoloživih sredstava porodice ili pružaoca nege, što narušava ili može sa velikom verovatnoćom narušiti zdravlje deteta ili njegov fizički, mentalni, duhovni, moralni ili društveni razvoj (Išpanović-Radojković, Ignjatović, 2011: 14). Ono obuhvata i radnje propuštanja u obavljanju pravilnog nadzora i zaštite dece od povređivanja u onolikoj meri u kojoj je to izvodljivo. Prema definiciji SZO zloupotreba ili zlostavljanje deteta obuhvataju sve oblike fizičkog, odnosno emocionalnog zlostavljanja, seksualnu zloupotrebu, zanemarivanje ili nemaran postupak, kao i komercijalnu i drugu eksploataciju, što dovodi do stvarnog ili potencijalnog narušavanja zdravlja deteta, njegovog preživljavanja, razvoja ili dostojanstva u okviru odnosa koji uključuje odgovornost, poverenje ili moć (Išpanović-Radojković et al. 2011: 11).

3.2. Radnja krivičnog dela

Radnja izvršenja ovog krivičnog dela postavljena je veoma široko, što možda i nije primarno bio cilj zakonodavca, ali do toga je došlo usled sve represivnijeg gledanja na svaki vid nasilja usmeren prema deci kao članovima porodice i primarno nedovoljno preciznog definisanja radnje od strane zakonodavca.

Prvi oblik ovog krivičnog dela sastoji se u grubom zanemarivanju dužnosti zbrinjavanja i vaspitanja koje prouzrokuje stanje zapuštenosti

3 *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016

4 *Sl. glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015.

maloletnog lica. Delo se najčešće vrši nečinjenjem, odnosno propuštanjem da se preduzme zakonska obaveza staranja i vaspitanja deteta, a izuzetno delo je moguće izvršiti i radnjom činjenja. Zbrinjavanje podrazumeva stvaranje osnovnih uslova za život maloletnog lica, odnosno niz mera koje su upravljene na njegov normalan i pravilan razvoj, dok vaspitanje podrazumeva moralno izgrađivanje ličnosti maloletnika, razvijanje kod njega osećanja lične odgovornosti i usmeravanje na prihvatanje osnovnih društvenih vrednosti (Lazarević, 2011: 656). Uočavamo da zanemarivanje može imati više oblika i da se ono najčešće određuje kao fizičko, emocionalno i vaspitno. Zanemarivanje zbrinjavanja se najčešće javlja u kombinaciji sa zanemarivanjem dužnosti vaspitanja. Važno je napomenuti da je, da bi postojalo ovo krivično delo, neophodno da se radi o grubom zanemarivanju dužnosti, odnosno o „svesnom ispoljavanju krajnje nebrige i nemara za život i zdravlje deteta i njegovo vaspitanje“ (Jovanović, 1983: 300). Dakle, sud će u svakom konkretnom slučaju, uzimajući u obzir sve subjektivne i objektivne okolnosti, ceneći intenzitet, u čestalost, posledice, stvarne mogućnosti potencijalnog u činioca, doneti odgovarajući vrednosni sud da li se radi o zanemarivanju koje je takvo da opravdava krivičnoppravnu osudu, odnosno izlazi iz domena običnog propusta.

Drugi oblik ovog krivičnog dela postoji u nekoliko slučajeva. Radnja izvršenja je postavljena alternativno i obu hvata: 1) zlostavljanje, 2) prinuđavanje na preterani rad ili rad koji ne odgovara uzreštu maloletnog lica, 3) prinuđavanje na prosjačenje i 4) navođenje iz koristoljublja na vršenje drugih radnji koje su štetne za njegov uzrast. Dakle, radi se o zloupotrebi roditeljskog prava koja podrazumeva njegovu upotrebu zarad ostvarenja ciljeva koji su protivni pravnim normama i svrsi kojoj su namenjeni i kojoj treba da služe, odnosno prekoračenje granica tog prava. U literaturi se navodi da zloupotreba postoji „uvek kada roditelj u neprihvatljivoj meri prekoračuje svoja prava na štetu deteta i obično pretpostavlja ponavljanje postupka, trajnije i upornije ponašanje roditelja, ali se o njoj može govoriti i ako se akt dogodio samo jednom ali je za dete opasan“ (Jovanović, 1983: 301). Ukoliko je istovremeno preduzeto više radnji iz zakonskog opisa krivičnog dela, to će sud uzeti u obzir prilikom odmeravanja kazne.

Zakonodavac je i kod ovog oblika propustio da odredi koje su to radnje kojima se vrši zlostavljanje, pa u teoriji vlada mišljenje da ono obuhvata različite oblike fizičkog, emocionalnog i seksualnog zlostavljanja. Prema definiciji SZO fizičko zlostavljanje deteta je ono koje dovodi do stvarnog ili potencijalnog fizičkog povređivanja usled neke

interakcije ili odsustva interakcije, koja potpada pod razuman okvir napora roditelja, ili osobe koja je na položaju na kome ima odgovornost, moć nad detetom ili njegovo poverenje (Išpanović-Radojković et al. 2011: 12). Kod ovog oblika je potrebno praviti razliku između zloupotrebe i nenamerne, zadesne povrede. Za postojanje ovog oblika krivičnog dela nije važno da li je u pitanju izolovani incident ili ponovljena aktivnost. Emocionalno zlostavljanje podrazumeva ponavljana ponašanja roditelja ili lica koja imaju dužnost staranja o deci, koja kod deteta izazivaju ili pojačavaju doživljaj bezvrednosti ili odbačenosti, nanose detetu patnju i mogu izazvati ozbiljne i trajne smetnje osećajnog, kognitivnog ili socijalnog razvoja deteta. Seksualno zlostavljanje podrazumeva uključivanje deteta u seksualnu aktivnost koja nije u skladu sa njegovim uzrastom i zrelošću, koju ono ne shvata u potpunosti, sa kojom nije saglasno i kojom se krše zakoni ili socijalni tabui društva. U našem zakonodavstvu maloletno lice se može saglasiti sa seksualnim kontaktom sa navršениh 14 godina.

Prema definiciji SZO, eksploatacija dece se odnosi na iskorišćavanje deteta za rad ili druge aktivnosti, što narušava detetovo fizičko ili mentalno zdravlje, obrazovanje, moralni ili socijalno- emocionalni razvoj. Neki autori ističu da ona obu hvata i „radnu i komercijalnu seksualnu eksploataciju deteta, odnosno uklju čivanje deteta u prostituciju i pornografiju, i može nastati u okviru pojave trgovine decom ili se javljati kao samostalan oblik zloupotrebe deteta“ (Išpanović-Radojković et al. 2011: 14). Prinuđivanje maloletnog lica na preterani rad ili rad koji ne odgovara njegovom uzrastu znači da se „primenom sile ili ozbiljne pretnje maloletnik izlaže takvom naporu koji prevazilazi njegove fizičke sposobnosti bilo po težini ili trajanju ili su uslovi rada takvi da ne odgovaraju njegovom uzrastu po prirodi stvari“ (Jovanović, 1983: 302). Pojam sile i pretnje u ovom slučaju se tumači u skladu sa njihovim opštim pojmovnim značenjem u krivičnopravnom smilu. Prinuđivanje maloletnog lica na prosjačenje predstavlja zloupotrebu roditeljskog prava usled koje je dete izloženo nežljenim i štetnim uticajima. Kod prosjačenja je skoro uvek prisutna koristoljubiva namera, ali je zakonodavac izrazito ne zahteva za postojanje ovog oblika krivičnog dela, što je dobro, jer bi u nekim situacijama ona bila teško dokaziva (Pavlov, 2015: 36).

Navođenje maloletnog lica na vršenje drugih radnji koje su štetne za njegov razvoj podrazumeva nagovaranje na preduzimanje takvih delatnosti koje se negativno odražavaju na njegovo podizanje i vaspitanje, kao što je npr: tapkarenje, potkradanje, preprodajašvercovane robe, iznošenje

stvari iz kuće i prodaja predmeta, kupovina i upotreba pića i cigareta i sl. (Pavlov, 2015: 36). Ukoliko bi navođenjem na određena devijantna ponašanja, došlo do podstrekavanja maloletnika na neko krivično delo, profesor Stojanović ističe da bi trebalo uzeti da se radi o krivičnom delu zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica, osim u slučaju ukoliko bi se radilo o podstrekavanju na krivično delo za koje je zaprećena teža kazna nego za ovo delo (Stojanović, 2009: 479).

3.3. Ostali elementi bića krivičnog dela

Osnovni oblik krivičnog dela može biti izvršen umišljajno. Potrebno je da je učinilac svestan da grubo zanemaruje svoje dužnosti zbrinjavanja i vaspitanja i da time prouzrokuje stanje zapuštenosti maloletnog lica. Takođe, dovoljno je i da je učinilac svestan da njegove radnje mogu dovesti do zapuštenosti i da je na to pristao, što znači da je dovoljan i eventualni umišljaj. Za postojanje drugog oblika ovog krivičnog dela potreban je direktni umišljaj.

Izvršilac može biti roditelj, usvojlac, staratelj, hranitelj ili drugo lice koje je po zakonu dužno da se stara o maloletniku, odnosno neophodno je da se radi o licu sa određenim svojstvima i koje u odnosu na dete ima položaj odgovornosti, poverenja i moći. Kada je reč o licima kojima je poverena dužnost staranja, taj odnos mora biti trajnije prirode, pa tako izvršilac ne može biti učitelj, nastavnik, profesor u školi, ali može biti vaspitač u domu za nezbrinutu decu, nastavnik vaspitne ustanove ili doma učenika i sl.

Objekat krivičnoravne zaštite je ličnost maloletnog lica, njegov telesni i duševni integritet i njegovo pravo na pravilan razvoj, podizanje i vaspitanje. Od zaštitnog objekta treba razlikovati objekat radnje, odnosno pasivni subjekt, na kojem se ostvaruje zabranjena krivičnopravna delatnost. Pasivan subjekat ovog krivičnog dela je maloletno lice. Neki autori su zagovornici stava da osnovni oblik ovog krivičnog dela postoji i kada se grubo zanemaruju obaveze zbrinjavanja i vaspitanja lica iznad 18 godina, koje usled fizičkih i psihičkih poremećaja nije u stanju da se brine o sebi, ukoliko se kao izvršioци dela pojavljuju roditelji tog lica (Ljubojev, 2008: 144). Međutim, ovakvo mišljenje se ne može prihvatiti, s obzirom na nedvosmislene odredbe našeg krivičnog zakonodavstvaprema kojima se maloletnikom smatra lice do 18 godina. U navedenom slučaju, zaštita bi se mogla naći u članu 196 KZ-a.

U slu čaju postojanja više pasivnih subjekata, postoji realni sticaj onoliko krivičnih dela koliko ima pasivnih subjekata, a ukoliko se

radnja preduzima prema istom pasivnom subjektu u kraćim ili dužim razmacima, delo se može kvalifikovati kao produženo krivično delo.

Osnovni oblik ovog krivičnog dela izvršen je ako je nastupila posledica u vidu stanja zapuštenosti maloletnog lica, odnosno između radnje izvršenja i posledice je neophodna uzročna veza. Zapuštenost se u literaturi definiše kao „nezadovoljavajuće stanje deteta koje je opasno za njegov dalji razvoj ili se štetno odražava na njegovo fizičko i duševno zdravlje i ponašanje“ (Lazarević, 2011: 531). Stanje zapuštenosti dece može dovesti do njihovog osećaja nelagodnosti, straha, nesigurnosti, pri čemu ona mogu razviti različite odbrambene mehanizme i okrenuti se nasilju i agresivnosti. U kasnijem dobu to se može ispoljiti u vidu depresije, emocionalne nestabilnosti, poremećaja u uspostavljanju socijalnih veza, te raznih oblika sociopatološkog i devijantnog ponašanja. Kao posledica drugog oblika ovog krivičnog dela mogu se javiti različiti oblici ugrožavanja normalnog i pravilnog razvoja maloletnog lica. Krivično delo je dovršeno samim preduzimanjem neke od alternativno postavljenih radnji i za njegovo postojanje nije neophodno da posledica i nastupi, dovoljno je da takve radnje mogu ugroziti razvoj deteta, njegovo fizičko i psihičko zdravlje ili mogu dovesti do poremećaja u ponašanju i vrednovanju stvari i odnosa.

4. Odnos krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica i drugih sličnih krivičnih dela

S obzirom na to da zakonski opis bića krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica može obuhvatati i elemente bića nekih drugih krivičnih dela, neophodno je razmotriti način razgraničenja ovog krivičnog dela od drugih sličnih dela. Kada se radi o ostvarenju obeležja drugih krivičnih dela koja su istovremeno i obeležja krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica, prema principu specijaliteta, postoji samo krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica.

Imajući u vidu da se kod većine krivičnih dela protiv života i tela, uzrast žrtve uzima kao kvalifikatorna okolnost, tada se život i telesni integritet maloletnog lica pojavljuju kao zaštitni objekat, što može dovesti do problema prilikom pravne kvalifikacije. U slučajevima kada radnje zlostavljanja izanemarivanja izazovu posledice u vidu teške telesne povrede ili smrti maloletnog lica koje se mogu pripisati nehata učinioca, postoji sticaj između ovog krivičnog dela i teške telesne povrede iz nehata, odnosno ubistva iz nehata. Međutim, ukoliko je teška

telesna povreda ili smrt maloletnog lica bila obuhvaćena umišljajem učinioca, postoji samo odgovarajuće krivično delo protiv života i tela, koje konzumira krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica.

Pored toga, može se javiti nedoumica prilikom razgraničenja ovog krivičnog dela od pojedinih krivičnih dela protiv polne slobode, jer je u literaturi zastupljeno mišljenje da krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica obu hvata i seksualno zlostavljanje. U tim slu čajevima bi najcelishodnije bilo voditi se principom specijaliteta i propisanom sankcijom, pa ceneći sve elemente bića u svakom pojedinačnom slu čaju, odlu čiti se za najcelishodniju pravnu kvalifikaciju dela.

Što se tiče razgraničenja ovog krivičnog dela od krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina (zlostavljanje i mučenje, prinuda, ugrožavanje sigurnosti), čini se da je zakonodavac opravdanost inkriminisanja ovog krivičnog dela kao posebnog našao u specifičnosti odnosa pasivnog i aktivnog subjekta, kao i u pružanju dodatne, pojačane krivičnopravne zaštite maloletnim članovima porodice i sve većem značaju koji ovaj fenomen poprima. Kada je u pitanju krivično delo zlostavljanje i mučenje, kriterijum razlikovanja bi mogla biti posledica i odnos učinioca i pasivnog subjekta, s obzirom na to da oba krivična dela imaju sličnu radnju izvršenja. Na isti način treba postupiti i kada je u pitanju krivično delo prinude, s obzirom na to da se neke od alternativno postavljenih radnji drugog oblika krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje sastoje u prinudi.

Najveći problem je razgraničenje drugog oblika krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica sa kvalifikovanim oblikom krivičnog dela nasilje u porodici iz člana 194 stav 3 kada je delo učinjeno prema maloletnom licu. Jedan od kriterijuma razlikovanja je što zlostavljanje kod krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje jeste delovanje na telesni i psihički integritet maloletnika ali bez njegovog narušavanja. Dakle, posledica zlostavljanja ne sme biti ni laka telesna povreda jer bi se u tom slučaju moglo postaviti pitanje postojanja nasilja u porodici ili lake telesne povrede (Lukić, Jovanović, 2003: 21).

5. Fizičko kažnjavanje kao sporna disciplinska mera

Disciplinovanje dece fizičkim metodama dugo je smatrano prihvatljivom vaspitnom merom. Međutim, danas je sve prisutnije shvatanje da telesno kažnjavanje dece predstavlja kršenje njihovog ljudskog dostojanstva

i fizičkog integriteta, a poslednjih godina se javljaju zahtevi da se zabrani svaki vid telesnog kažnjavanja kao način vaspitanja i odgajanja deteta. I kod nas zahtevi sve više idu u tom pravcu, pa je tako u predlog novog Građanskog zakonika uneta izričita zabrana telesnog kažnjavanja. Protivnici telesnog kažnjavanja dece ističu da je nemoguće koristiti neku fizičku kaznu koja ne bi imala ponižavajući i degradirajući uticaj na dete, te su tako mnoge zemlje, vođene primerom Švedske izričito zabranile telesno kažnjavanje dece. Međutim, postavlja se pitanje opravdanosti eksplicitne zabrane svakog vida telesnog kažnjavanja, kad krivično zakonodavstvo već propisuje krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica, koje postoji u svakom slučaju kada roditelj nasilnički postupa prema detetu i koristi telesno kažnjavanje kao jedinu vaspitnu meru. Kako Škulić navodi, ovakva odredba bi predstavljala samo mrtvo slovo na papiru i otvorila bi prostor za brojne zloupotrebe. Uz to, usvajanje takvog rešenja doprinelo bi sve represivnijem postupanju prema roditeljima koji bi bili potencijalno izloženi porodičnopravnim sankcijama i pre ili kasnije institutu lišenja roditeljskog prava.

Uporedo sa debatom o sankcionisanju svakog oblika telesnog kažnjavanja, aktuelizuje se mogućnost ponovnog izričitog uvođenja nekih oblika fizičkog kažnjavanja kao osnova isključenja protivpravnosti, a otvara se i mogućnost primene instituta delamalog značaja s obzirom na to da je za krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica propisana kazna zatvora do 5 godina. Prema mišljenju zagovornika ovakvog rešenja, telesno kažnjavanje ne znači nužno i fizičko zlostavljanje, ukoliko se primenjuje izuzetno, u situacijama kada su drugi postupci nedovoljno efikasni i kada se na drugačiji način ne može uticati na dete da odustane od agresivnog ili opasnog ponašanja. Zbog toga, u svakom pojedinačnom slučaju potrebno je uzeti u obzir uzrast deteta, sve okolnosti konkretnog slučaja, raspoložive zamene za telesno kažnjavanje, odnosno ceniti razumnost i umerenost sredstava. Pri tom, nikada se ne može smatrati odgovarajućim da telesno kažnjavanje bude tako teško da dovede do ozleđivanja deteta, uključujući i modrice, niti da izazove bol, nelagodu ili poniženje, već se mora postupati u nameri zaštite deteta od opasnosti. Tako Bačić navodi da su za ocenu protivpravnosti odlučujući ciljevi vaspitanja. Smatra da se ostvarivanje tih ciljeva procenjuje kroz prikladnost upotrebljenih sredstava i preduzetih radnji i zaključuje da se „tolerira povreda jednog dobra radi ostvarivanja posebnog općepriznatog cilja, koji ovde ima prednost“ (Bačić, 1998: 192). Takođe, ima i autora koji smatraju da bi se „predmetna problematika mogla rešiti putem instituta ličnog osnova isključenja od kazne, što bi omogućilo

da telesno kažnjavanje ostane nedozvoljeno biće dela, protivpravna i skrivljena telesna povreda, s tim da bi se u bezazlenim slučajevima moglo odustati od kažnjavanja iz odgovarajućih izvan krivičnopravnih razloga“ (Bačić, 1998: 192).

Interesantno je zapažanje nekih autora (Ćorović, 2012: 211-221) koji navode kao primer povlačenje deteta ispred crvenog svetla na semaforu, koje se smatra ne samo dozvoljenim već čak i ponašanjem koje se u datoj prilici zahteva. Ovde bi se mogli dodati i slučajevi kada dete želi da dodirne predmete koji su pogodni da izazovu povredu (oštre i vrelе površine), da gurne ruku u struju ili slične radnje koje su opasne po dete. Ne može se osporiti da je ovde reakcija roditelja neophodna, pri čemu uviđamo da roditelj u ovim situacija zasigurno ne postupa u nameri nanošenja povreda detetu. Takođe je zanimljivo ukazati na odredbu Porodičnog zakona koja predviđa da se nasiljumu porodici smatra ograničavanje slobode kretanja ili komunikacije sa trećim licima, što bi se moglo tumačiti kao (ako ne i prekomerno) ograničavanje roditelja u realizovanju svog prava na vaspitavanje deteta. Ovde se postavlja pitanje da li bi roditelji vršili nasilje u porodici nad svojim detetom ako bi mu ograničili, a ne potpuno ukinuli noćne izlaske, kontakt s vršnjacima koji na njega vrše loš uticaj ili mu ograničili pristup mestima gde se održavaju sastanci verskih sekti. Naprotiv, potrebno je u cilju dobrobiti deteta, a u skladu s njegovim uzrastom i zrelošću, da roditelji imaju pravo i dužnost nadziranja deteta u njegovom druženju s drugim osobama i da zabrane svako postupanje koje bi moglo ugroziti njegov razvoj i odati ga lošim sklonostima i devijantnom ponašanju.

Nesporno je da je nasilje kao obrazac ponašanja neprihvatljivo i da treba težiti za alternativama telesnim kaznama, ali u literaturi postoji malo predloženih mera kojima bi se roditelji mogli poslužiti u napred opisanim situacijama i koje bi bile efikasne, pri čemu se i one mere koje se navode uglavnom svode na apstrahovanje i uopšteno nabrojanje pedagoških metoda za koje inače znamo da često ne donose pozitivne rezultate (skretanje pažnje, preusmeravanje, stvaranje pravila i ograničenja koja odgovaraju stepenu razvoja, ukidanje privilegija i dr).

6. Pravosudna praksa Osnovnog javnog tužilaštva i Osnovnog suda u Novom Sadu

U nastavku rada biće prikazani rezultati istraživanja zastupljenosti krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica u pravosudnoj praksi Osnovnog javnog tužilaštva u Novom Sadu i Osnovnog suda u Novom Sadu.

Prema podacima prikupljenim u Tužilaštvu, u periodu od 2012. Do 2016. godine podneto je ukupno 57 krivičnih prijava za ovo krivično delo, od toga dve prijave za stav 2 (19 muških izvršilaca i 3 ženska). Oštećeno je 65 dečaka i 31 devojčica, pri čemu za 2 krivična dela ne postoji podatak o broju oštećenih lica. U 12 predmeta krivično delo iz stava 1 je učinjeno u saizvršilaštvu, od strane oba roditelja, dok je delo iz stava 2 oba puta učinjeno u saizvršilaštvu. Tužilaštvo je raspolagalo podacima o podnosiocima krivičnih prijava za period od 2014. godine do 2016. godine i uočeno je da krivične prijave u najvećem broju slu čajeve podnosi policija (20 prijava), dok je 13 krivičnih prijava podneo Centar za socijalni rad, 4 Više javno tužilaštvo, dok su preostale prijave podnete od strane drugih lica. Dokazne radnje su sprovedene u 34 predmeta. Evidentirano je 18 odbačaja krivičnih prijava, 19 optuženja i 9 osuđujućih presuda (6 zatvorskih kazni i 3 uslovne osude), dok obustava postupka nije bilo.

Što se tiče podataka pojedinačno za svaku posmatranu godinu, u 2012. godini podneto je 5 krivičnih prijava (2 muška izvršioca i 3 žene), od kojih su 2 krivična dela izvršena u saizvršilaštvu od strane roditelja. Oštećena su 3 dečaka i 2 devojčice, dok za 2 krivična dela ne postoji podatak o broju oštećenih lica. Nije bilo odbačaja prijava, a do optuženja je došlo u 5 slučajeva i doneto je 5 osuđujućih presuda (3 zatvorske kazne – 1 kazna zatvora do jedne godine, 2 od 1 do 3 godine i 2 uslovne osude - obe 6 meseci zatvora, uslovno na 2 godine). Prvostepeni postupak je u proseku trajao godinu dana. Žalba je uložena u 2 predmeta, nakon čega su potvrđene prvostepene odluke. Drugostepeni postupak je trajao od 6 meseci do 1 godine.

U 2013. godini podneto je 8 krivičnih prijava (5 muških izvršilaca i 3 žene), od kojih su 2 krivična dela izvršena u saizvršilaštvu od strane roditelja. Oštećeno je 11 dečaka i 1 devojčica. Dokazne radnje su sprovedene u 3 predmeta. Odbačene su 2 krivične prijave. Do optuženja je došlo u 2 predmeta i donete su 2 osuđujuće presude, a zatvorske kazne su izrečene u trajanju do 1 godine. Prvostepeni postupak je u proseku trajao do 2 godine. Žalbi nije bilo.

U 2014. godini podneto je 18 krivičnih prijava, od kojih je jedna podneta za stav 2 (4 je podnela policija, 8 Centar za socijalni rad, 4 Više javno tužilaštvo i 1 majka). 4 krivična dela izvršena su u saizvršilaštvu od strane roditelja, od toga je 7 muških izvršilaca i 11 ženskih. Oštećeno je 26 dečaka i 16 devojčica. Dokazne radnje su sprovedene u 12 predmeta. Odbačeno je 6 prijava, do optuženja je došlo u 6 predmeta i donete su 4

uslovne osude i izrečena je jedna zatvorska kazna. U četiri predmeta prvostepeni postupak je trajao do 6 meseci, dok je jedan trajao do 2 godine. Žalbi nije bilo.

U 2015. godini podneto je 10 krivičnih prijava (5 prijava podnela je policije, 4 Centar za socijalni rad i jedna od strane oštećenog), od čega je jedno krivično delo izvršeno od strane oba roditelja, od toga je 1 muški izvršilac i 9 ženskih. Oštećeno je 9 dečaka i 1 devojčica. Dokazne radnje su sprovedene u 8 predmeta, dok je u jednom određena istraga. Odbačene su 3 krivične prijave. Do optuženja je došlo u 4 predmeta, pri čemu je doneta samo jedna odluka (oslobađajuća presuda) i uložena je jedna žalba.

U 2016. godini podneto je 16 krivičnih prijava (4 muška i 12 ženskih izvršilaca), 1 prijava podneta je za stav 2 (11 prijava podnela je policija, 1 Centar za socijalni rad, 2 oštećeni i 2 otac). 3 dela izvršenasu u saizvršilaštvu. Oštećeno je 16 dečaka i 11 devojčica. Dokazne radnje su sprovedene u 10 predmeta, odbačeno je 7 prijava. Do optuženja je došlo u 2 predmeta, pri čemu nedostaju podaci o donetim odlukama.

Sticaj sa krivičnim delom iz člana 194 KZ-a zabeležen je u 2 slučaja u toku 2013. godine, a u toku 2014. i 2015. godine evidentiran je po 1 sticaj sa ovim krivičnim delom. Po jedan sticaj evidentiran je u toku 2015. i 2016. godine sa krivičnim delom iz člana 191 KZ-a, dok je sticaj sa krivičnim delom iz člana 323 KZ-a zabeležen u toku 2013. godine u dva postupka i 2014. godine zabeležen je po jedan sticaj sa krivičnim delima iz člana 190 i 196 KZ-a.

Prema podacima koji su prikupljeni u Sudu u periodu od 2010. do 2016. godine podneto je 29 optužnih akata (u 2013. godini 1, u 2014. godini 6, u 2015. godini 5 i u 2016. godini 3), prvostepena presuda je doneta u 18 predmeta za stav 1 i u jednom predmetu za stav 2, od čega je 17 osuđujućih presuda (u 2013. godini 4, u 2014. godini 1, u 2015. godini 6 i u 2016. godini 4) i jedna odbijajuća. Izrečene su 3 kazne zatvora u prosečnom trajanju do 6 meseci, jedna kazna zatvora od 6 meseci do jedne godine i 13 uslovnih osuda.

Nakon analize kaznene politike uočeno je da ovo krivično delo učestvuje veoma nisko u ukupnoj strukturi kriminaliteta, da se statistika suda i tužilaštva (u delu u kojem se radi o istim zadatim parametrima) uglavnom poklapa, da su 20% krivičnih dela učinili roditelji u saizvršilaštvu, da je prisutno ponavljanje dela od strane istih u činilaca (u jednom slučaju sud je izrekao dve uslovne kazne istom licu u dve uzastopne godine), da su žene u većem procentu izvršiocice ovog krivičnog dela, što se poklapa i sa statistikom na republičkom nivou, da oštećena lica i

drugi roditelj veoma retko podnose krivične prijave-zabeležena su svega 4 slučaja, da obustava postupka, primene oportuniteta i mera bezbednosti nije bilo, da je doneta jedna oslobađajuća presuda, kao i da je za član 193 stav 2 u periodu od 2010. do 2016. godine podneta jedna optužba i doneta jedna osuđujuća presuda.

7. Zaključak

Zdrava porodična sredina je neophodna pretpostavka pravilnog razvoja deteta iambijent u kojem roditelji usmeravaju svoje detete ka usvajanju i poštovanju vrednosti emocionalnog, etičkog i nacionalnog identiteta svoje porodice i društva. Osim toga, briga o deci, njihovo podizanje, vaspitanje i obrazovanje, kao i staranje o interesima deteta je prirodna, moralna i zakonska obaveza roditelja. Međutim, kako nije moguće da na jednoj strani postoje samo prava, a na drugoj samo obaveze, tako i deca moraju poštovati roditelje. Ne treba zaboraviti da iz porodice kreće poštovanje autoriteta i ukoliko dete ne poštuje svoje roditelje, kako se od njega može očekivati poštovanje nastavnika, vršnjaka, a kasnije i partnera. Zato treba biti oprezan prilikom inkriminisanja određenih ponašanja roditelja kao krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica, jer su mogućnosti za zloupotrebu brojne. Nekonrolisano sankcionisanje bi moglo izazvati kontraefekte, dovesti do poveravanja dece socijalnim ustanovama i razbijanja porodice, pri čemu ne treba gubiti iz vida da procesuiranje roditelja nije uvek u najboljem interesu deteta.

Međutim, intervenisanje države nekada je neophodno i predstavlja jedini način prevazilaženja konfliktnog odnosa i otklanjanja uzroka problema. Iako centralno mesto u modelu zaštite dece ima porodičnopravna i socijalna zaštita i postoje različita gledišta o opravdanosti, obimu i domašaju državne intervencije u porodični život i odnose između roditelja i dece, u ozbiljnim slučajevima ugrožavanja razvoja deteta i njegovog integriteta, opravdana je primena represivnih mehanizama države. Međutim, imajući u vidu osetljivu sferu porodičnih odnosa, državi bi trebalo ostaviti kontrolisan prostor i ograničiti mogućnost uplitanja države u odnose roditelja i dece, kao i opseg prava (moći) koja su pojedincu dopuštena prilikom obavljanja uloge roditelja i disciplinovanja dece. Nesporno je da nasilje ne sme biti obrazac ponašanja ni u jednoj sredini, a posebno u porodičnoj, ali ne treba gubiti iz vida da se izričitom zabranom svakog vida telesnog kažnjavanja, ništa bitno neće promeniti, jer ne

može se svest menjati krivičnim pravom, niti svaki problem rešavati krivičnopravnom inkriminacijom. Zakone treba donositi kada zahtevi većine to opravdavaju i kada su u pitanju ponašanja čija se društvena opasnost ne dovodi u sumnju. Nasuprot tome, često imamo situaciju da se glorifikovanjem pojedinačnih slučajeva pokušavaju stvoriti veštački uslovi za propisivanje novih krivičnih dela.

Literatura

Konvencija o pravima deteta (Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Sl. list SFRJ – međunarodni ugovori* br. 15/90 i *Sl. list SRJ- međunarodni ugovori* br. 4/96 i 2/97)

Krivični zakonik (*Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016)

Porodični zakon (*Sl. glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015)

Ustav (*Službeni glasnik RS*, br. 98/2006)

Bačić Franjo, *Kazneno pravo – Opći dio*, Zagreb

Išpanović-Radojković V., Ignjatović T. (2011), *Zaštita deteta od zlostavljanja i zanemarivanja, Primena Opšteg protokola*, Beograd, Centar za prava deteta

Jovanović Lj.(1983), *Krivično pravo-posebni deo*, Beograd

Kostić M.(2004), Pogled na istoriju razvitka krivičnopravne zaštite deteta kod nas, *Peščanik II – časopis za istoriografiju arhivistiku i humanističke nauke*, Istorijski arhiv grada Niša,

Lazarević Lj. (2011), *Komentar krivičnog zakonika*, Beograd

Lukić M., Jovanović S. (2003), *Nasilje u porodici: nova inkriminacija*, Autonomni ženski centar

Ljubojev N.(2008), *Zaštita deteta od zlostavljanja i zanemarivanja u porodici*, Novi Sad

Milosavljević-Đukić I.(2015), *Funkcionisanje zdravstvenog, pravosudnog i sistema socijalne zaštite u zaštiti dece od zlostavljanja i zanemarivanja*, doktorska disertacija, Beograd, Univerzitet u Beogradu, Fakultet političkih nauka

Pavlov L.(2015), *Krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica*, završni rad, Novi Sad, Univerzitet u Novom Sadu Pravni fakultet,

Stojanović Z.(2009), *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd

Ćorović E. (2012), Sporni oblici disciplinskog kažnjavanja dece: da li je reč o osnovu isključenja protivpravnosti krivičnog dela ili o nasilju nad decom, *Crimen* br.2

Mirjana Sredojević,

PhD student,

Faculty of Law, University of Novi Sad

CRIMINAL LAW PROTECTION OF MINORS FROM NEGLECT AND ABUSE

Summary

The paper analyzes the issues that may occur in defining certain types of conduct as a criminal offense of neglect and abuse of minors. Yet, criminal legislation shall come into play only as ultima ratio, particularly considering the sensitive sphere and privacy of family relations, the importance of educational function of the family in building the child's personality, the existing measures in other areas of law that ensure the best interest of minors, and the consequences of punishment for this criminal offense. However, criminal intervention is justified in cases where parents, guardians or care-takers grossly neglect their duty and abuse the children, thus causing the state of child neglect and harmful consequences for child's development.

The paper first provides a historical overview of the development of protection mechanisms at the national and international levels, and discusses the conceptual distinction between neglect and abuse. The author further analyzes legal protection of children from abuse and neglect, legal provisions on this crime, its elements and forms, as well as the current foreign solutions. The paper then focuses on the distinction between this criminal offence and other similar offences, given the fact that the legal definition of the criminal offense of neglect and abuse of minors may include elements of some other offenses falling into the group of criminal offenses against the rights and freedoms of man and citizen, or offences against marriage and family. In order to analyze the judicial practice and occurrence of this crime in our society, the author explores the penal policy of the Basic Court in Novi Sad and the Basic Public Prosecutor's Office in Novi Sad, in the period from 2010 to 2016, pertaining to the criminal offense of neglect and abuse of minors.

Keywords: *criminal protection, neglect and abuse of minors, judicial authorities.*

Dr Snežana Brkić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776271B

UDK: 343.139(497.11)

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

MOGUĆNOSTI I GRANICE AMERIKANIZACIJE GLAVNOG PRETRESA PREMA ZKP SRBIJE IZ 2011. GODINE

Apstrakt: Tema ovog rada sagledana je u kontekstu opšteg procesa globalizacije, koji uglavnom teče u pravcu amerikanizacije preostalih delova sveta u svim važnim oblastima društvenog života. U pravnoj oblasti postoji tendencija sve većeg približavanja kontinentalnih prava anglosaksonskom pravu. To potvrđuje i novi ZKP Srbije iz 2011. godine. U fokusu rada je uvođenje adverzijalnog koncepta glavnog pretresa. Autor pokazuje da za to nije postojala stvarna potreba i da je reč o nekritičkom preuzimanju jedne ustanove iz anglosaksonskog prava, koja je istrgnuta od svog izvorišta u kome je potekla. Ona nije primerena našoj pravnoj tradiciji i procesnoj kulturi. Osim toga, njena regulativa je nekonekventna, nepotpuna i neprecizna.

Ključne reči: globalizacija, amerikanizacija, adverzijalni glavni pretres, načelo istine, dokazni postupak, unakrsno ispitivanje.

1. Ekskurs o globalizaciji

Na oblikovanje nacionalnog zakonodavstva utiču različiti faktori, među kojima značajno mesto zauzima dostignuti stepen društvenog, ekonomskog, kulturnog i političkog razvoja date zemlje, kao i pravna tradicija. Međutim, treba imati u vidu da nijedan pravni sistem ne predstavlja izolovanu pojavu, koja ne bi uzela u obzir i dešavanja u okruženju. O tome svedoče i najraniji pisani izvori. Svakako da su danas ti uticaji još veći, jer živimo u eri opšte globalizacije. Globalizacija

* sbrkic@pf.uns.ac.rs

je noviji termin, koji se javio u teorijskim raspravama krajem osamdesetih i početkom devedestih godina dvadesetog veka. Međutim, sama pojava koju označava ta reč uopšte nije nova. Ideja globalizacije se ciklično javljala kroz istoriju i vezivala se uglavnom za pojedine velike imperije. Ona podrazumeva fenomen rastućih integrativnih procesa na širem nivou. Tome pogoduje razvoj novih tehnologija, posebno telekomunikacija, koji dovodi do "kompresije vremena i prostora, odnosno do omogućavanja lakših kontakata među ljudima bez obzira na fizičku udaljenost, kao i brži protok informacija" (Dabović, 2007: 9). Tekuća etapa ovog procesa, u kojoj su intenzivirani naponi u pravcu raznih oblika integracija u planetarnim razmerama, često se naziva fazom "turbo-globalizacije" (Dabović, 2007: 11).

Fenomen globalizacije je istovremeno i hvaljen i osporavan. Ipak, čini nam se da kritičara globalizacije ima sve više. Evidentno je da proces globalizacije uglavnom teče u pravcu unifikacije i amerikanizacije na svetskom nivou. Tako se američki ekonomski, politički, pravni i kulturni obrazac nameće kao uzor u čitavom svetu. Dosadašnja praksa "turbo-globalizacije" nije ništa drugo nego pokušaj amerikanizacije nezapadnih društava, bilo da je reč o zemljama u tranziciji ili o zemljama zahvaćenim tzv. „arapskim prolećem“ (Šuvaković, Kragović, 2015: 300). U tom smislu, globalizacija je samo maska za uspostavljanje i održavanje američke hegemonije na svetskom nivou i na svim poljima. Neki autori primećuju da su čak i oni globalistički naponi koji su naizgled činjeni sa dobrim namerama često imali suprotne efekte (Stiglic, 2002: 22). Drugi zaključuju da globalizacija može da bude produktivna, humanistička i napredna jedino ako se posmatra kao jedinstvo u različitostima (Šuvaković, Kragović, 2015: 299). Zdrava i dugotrajna integracija može se postići samo negovanjem kulturnih diverziteta svih etnija.

Procesi globalizacije nisu mimoišli ni pravnu oblast, u kojoj se sve više gubi razlika između međunarodnog i unutrašnjeg prava. Međutim, ovde neće biti reči o inače društveno opravdanom procesu transformacije nacionalnih zakonodavstava sa ciljem njihovog usklađivanja sa međunarodnim pravnim standardima. Ovde će biti reč o uticaju nekih nacionalnih zakonodavstava na druge države, koje olako preuzimaju tuđe pravne ustanove, pa čak i čitav pravni sistem. Ta pojava najčešće se označava terminom recepcija prava, ali i pravna akulturacija (Karbonije, 1992: 192) i pravna transplantacija (Votson, 2010: 53). Možda bismo najšire teorijske osnove za objašnjenje ovog društvenog procesa mogli naći u Tardovom zakonu imitacije, kojim se pokušava objasniti čitava ljudska istorija. Dakako da je preterano tvrditi da se svako ponašanje

pojedina ili grupe oblikuje po nekom tuđem modelu. Međutim, ne možemo se oteti utisku da je pomenuti mehanizam psihosocijalne interakcije zasnovan na imitiranju i te kako prisutan u razvoju savremenih zakonodavstava. Pri tome se često tuđa zakonska rešenja nekritički preuzimaju, bez obzira što nisu sasvim uklopljiva u postojeći pravni i društveni okvir zemlje-primaoca. Prema Votsonu, jednom od najvećih zagovornika tzv. teorije konvergencije, transplantacija je "najobilniji izvor pravnog razvitka". Najveći broj promena u većini sistema predstavlja rezultat pozajmljivanja (Votson, 2010: 145), što omogućava visok stepen konvergencije između različitih pravnih sistema. Pri tome, Votson zastupa tezu da je pravna transplantacija veoma laka, jer ne postoji relevantna veza između prava i društva u kome ono deluje (Votson, 2010: 146). Pošto pravo po njemu nije "ogledalo naroda", ono se može razvijati i pod uticajem sasvim marginalnih subjektivnih uslova. Međutim, treba imati u vidu da u teoriji ima i potpuno oprečnih mišljenja.

2. Tendencija konvergencije dva velika pravna sistema

Evolicija evropskokontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema je u znaku napuštanja njihove prvobitne jake suprotstavljenosti i nepomirljivosti. Umesto ranije oštre distinkcije među njima, danas se sve više govori o tendenciji njihovog međusobnog približavanja. Ipak, taj proces je više jednosmeran nego dvosmeran, jer je mnogo češći slučaj da kontinentalna prava preuzimaju neke ustanove iz anglosaksonskog prava, a ne obrnuto. Prema nekim procenama, oko trećine čovečanstva je manje-više pretrpelo uticaj engleskog prava (Popović, 2007: 139).

Pomenuti trend potvrđuje i razvoj savremenih krivičnoprocesnih zakonodavstava. U mešoviti tip krivičnog postupka,¹ koji je karakterističan za evropskokontinentalna prava, sve više prodiru adverzijalni elementi, koji su odlika akuzatorskog modela krivičnog postupka u anglosaksonskom pravu. To je posledica opštih globalističkih tendencija, kao i potrage za onim stranim pravnim ustanovama koje bi mogle predstavljati efikasnije rešenje krize sistema krivičnog pravosuđa. Da je akuzatorski model krivičnog postupka efikasniji od mešovitog tipa, svedoče sudske statistike o dužini trajanja tih

1 Ponekad se evropskokontinentalni tip krivičnog postupka označava kao inkvizitorski (Majić, 2012: 193), što nije tačno. Iako taj model sadrži određene inkvizitorske elemente, naročito u fazi sudske istrage, on zapravo predstavlja jedan mešoviti sistem (tako i Škulić, 2014: 13).

postupaka, kao i praksa Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa povredom prava na suđenje u razumnom roku (Ilić, 2008: 40–42).

U kontekstu navedenih pragmatičnih argumenata, ne treba da čudi što su mnoge zemlje u tranziciji prigrlile neke adverzijalne ustanove, koje nisu u skladu sa njihovom pravnom tradicijom. U tom pogledu ni naše pravo ne predstavlja izuzetak. Još pre desetak godina neki naši autori su predviđali da se ti procesi ne mogu zaustaviti i da naše pravo ne može ostati izvan njihovog uticaja (Đurđić, 2008: 35). Zaokret našeg krivičnog procesnog prava prema anglosaksonskim rešenjima bio je blago nagovešten još 2001. godine, nastavljen je 2009. godine a kulminirao je 2011. godine, uvođenjem adverzijalnog glavnog pretresa.

3. Osam koraka do negiranja potrebe za adverzijalnim glavnim pretresom

Raspravu o mogućnostima i granicama amerikanizacije glavnog pretresa prema ZKP iz 2011. godine započecemo postavljanjem nekoliko pitanja. Svakim odgovorom na neko od tih pitanja možemo se malo više približiti centralnoj temi ovog rada i naslutiti odgovarajuće zaključke. Takvu metodologiju smo primenili, pre svega, zbog toga da bismo opovrgli argumentaciju koju koriste redaktori zakonskog teksta da bi opravdali uvođenje adverzijalnog glavnog pretresa. Krajnje pojednostavljeno, njihovo obrazloženje svodi se na sledeće: prelazak na tužilački model istrage zahteva i promenu glavnog pretresa, odnosno njegovu adverzalizaciju; adverzijalni glavni pretres pretpostavlja napuštanje tradicionalno ukorenjenog načela (materijalne) istine; načelo (materijalne) istine nam nije neophodno, jer ni do sada nije garantovalo postizanje istinitih rezultata i jer je apsolutna istina nedostižna (Beljanski, Ilić, Majić, 2011: 33, 44).

3.1. Da li model glavnog pretresa zavisi od modela istrage?

Odlučujući zaokret našeg zakonodavca prema javnotužilačkom modelu istrage, nametnuo je još jedno sporno pitanje: da li takva promena istražnog modela mora biti praćena i promenjenim konceptom glavnog pretresa. Prema jednom stanovištu, javnotužilačka istraga ne bi bila nespojiva sa modelom glavnog pretresa koji je karakterističan za evropskokontinentalna prava. Prema drugom mišljenju, prelazak na tužilačku istragu nužno zahteva “adverzalizaciju” glavnog pretresa. Adverzijalni karakter imaju one procesne ustanove kod kojih je

izuzetno izražena dokazna aktivnost stranaka, koje vode “dvojoj” pred sudom kao pasivnim i neutralnim arbitrom.² Dakle, adverzijalnost počiva na poimanju krivičnog postupka kao spora između suprotstavljenih stranaka, što je klasična liberalistička postavka (Damaška, 2004: 7). Navedeno stanovište opravdava se potrebom ukidanja inkvizitorskih elemenata ne samo u fazi istrage, nego i na glavnom pretresu (Beljanski, Ilić, Majić, 2011: 44). Pobornici ovog shvatanja ističu da teza da sud treba samo da odlučuje a ne i da istražuje, podjednako važi i za istragu i za glavni pretres. Drugim rečima, utvrđivanje činjeničnog stanja smatra se zadatkom stranaka, a ne suda. To znači da sud treba da ostane pasivan u dokaznom postupku a da se dokazno aktiviraju stranke. Prilikom pripremanja ZKP iz 2011. godine prevagnulo je ovo drugo mišljenje. Zato danas imamo i sasvim drugačiju fizionomiju glavnog pretresa, koji je postao potpuno adverzijalan. Tu promenu čak smatramo radikalnijom od promene modela istrage, ali je ne smatramo nužnom.

Mi se pridružujemo prvom shvatanju i kao primer takvog uspešnog spoja navodimo nemačko pravo, u kome je svojevremeno uvedena tužilačka istraga a zadržan stari, kontinentalni model glavnog pretresa. Istraga i glavni pretres su segmenti jednog složenog dinamičkog sistema, koji pripadaju različito strukturiranim i ciljno orijentisanim delovima krivične procedure. Zato su u načelu moguće njihove različite kombinacije. Sprovođenje ovih procesnih faza može se poveriti različitim subjektima. Time smo daleko od tvrdnje da istraga i glavni pretres nisu ni u kakvoj funkcionalnoj vezi i da postoji apsolutna sloboda zakonodavca pri njihovom oblikovanju. Time samo hoćemo da kažemo da izbor između sudskog i tužilačkog modela istrage ne mora imati nikakve veze sa koncepcijom glavnog pretresa. Preciznije, uvođenje tužilačke istrage ne može služiti kao izgovor za uvođenje adverzijalnog glavnog pretresa, ako u prilog tome inače ne govore neki drugi argumenti.

Osim toga, baratanje sa funkcijom istraživanja i funkcijom odlučivanja kao argumentima u ovoj raspravi može pre da zamagli stvari nego da ih rasvetli. Funkcija istraživanja u fazi istrage nije nespojiva sa funkcijom odlučivanja u toj istoj fazi. Nema opasnosti od koncentracije funkcije istraživanja i funkcije odlučivanja u toku istrage u rukama jednog organa – suda, jer istražni sudija ne odlučuje o osnovanosti krivičnopravnog zahteva. Nespojivost između funkcije istraživanja i funkcije odlučivanja postoji samo na relaciji istraga–glavni pretres. Za očuvanje nepristrasnosti suda koji treba da izrekne presudu,

2 Pridev „adverzijalni“ potiče od lat. reči *adversativus* (suprotan) i engleske reči *adversary* (protivnik, neprijatelj), odnosno prideva *adversative* (suprotan).

dovoljna je primena zakonskih odredaba o obaveznom izuzeću sudije koji je u istom predmetu vršio istražne radnje.

Isto tako, nisu međusobno nespojive funkcija istraživanja i funkcija odlučivanja na glavnom pretresu. Naprotiv, one su međusobno tesno povezane i zajedno utiču na ishod postupka. Neposredni cilj krivičnog postupka je primena krivičnog materijalnog prava u konkretnom slučaju. Do tog cilja dolazimo preko radnji odlučivanja, kojima sud primenom odgovarajuće pravne norme na utvrđeno činjenično stanje utvrđuje (izriče) pravo u konkretnom slučaju. Odlučivanju uvek prethodi utvrđivanje činjeničnog stanja putem dokaznih radnji. Funkcija istraživanja na glavnom pretresu svodi se upravo na preduzimanje dokaznih radnji. Mi zaista ne vidimo da bi sud na glavnom pretresu bio nepodoban za vršenje ove funkcije i da bi se ona iz principijelnih razloga trebala prebaciti na stranke. Naprotiv, po našem mišljenju, sasvim je logično i opravdano da se radnje dokazivanja i radnje odlučivanja stiču u istom subjektu – sudu, koji će samom sebi stvarati činjeničnu osnovu za izricanje presude. To, naravno, ne znači da stranke svojim radnjama ne mogu uticati na utvrđivanje činjeničnog stanja. Štaviše, poželjno je da funkcija istraživanja na glavnom pretresu bude praćena elementima načela kontradiktornosti.

Dalje se navodi da je prelazak na novi koncept glavnog pretresa neophodan radi eliminisanja prikrivene pristrasnosti suda. Kaže se da sud koji je dužan da traga za eventualno postojećim dokazima, nesvesno a vremenom i polusvesno, staje na stranu javnog tužioca. Odbrana tako umesto jednog, dobija i drugog, mnogo opasnijeg tužioca u postupku (Majić, 2012: 196). Mi se ne bismo mogli složiti sa tvrdnjom da dokazna aktivnost suda na glavnom pretresu sama po sebi dovodi u pitanje njegovu nepristrasnost. Naime, sud je u uslovima važenja načela istine dužan da sa podjednakom pažnjom utvrđuje kako činjenice koje idu na štetu okrivljenog, tako i one koje mu idu u korist. Ta njegova obaveza upravo štiti interese okrivljenog. Zato je u literaturi sud često navođen kao nosilac tzv. materijalne (Grubač, 2011: 179), odnosno dopunske odbrane okrivljenog (Brkić, 2014: 187). Osim toga, navedena argumentacija izgleda nam krajnje licemerna. Ako je okrivljeni ranije trebalo da se plaši od dokazne aktivnosti suda, kao nezainteresovanog, nezavisnog i nepristrasnog organa, koji uporno traga za istinom, kako će mu tek biti u novom modelu postupka? Ako je okrivljeni laik a nema branioca, on će biti prepušten na milost i nemilost javnom tužiocu, koji nije ni nezainteresovan, ni nezavisan organ. Pri tome ne treba izgubiti iz vida dve činjenice: a) stručna odbrana okrivljenog nije obavezna u skraćenom postupku, a on se vodi u 80% slučajeva; b) ustavni

položaj javnog tužioca ne obezbeđuje mu nezavisnost, a ugrožava načelno proklamovanu samostalnost. Zato nam se čini preteranom tvrdnja da je uspostavljanje novog modela postupka prepoznato kao "*conditio sine qua non* rađanja novog, nezavisnog i nepristrasnog suda u Srbiji, koji na ovim prostorima, pošteno govoreći, nikada nije dobio svoju pravu šansu" (Majić, 2012: 203).

Da zaklju čimo: niti je dokazno pasivan sudija nužno nepristrasan sudija, niti je dokazno aktivan sudija nužno pristrasan sudija. Glavni uzrok eventualne sudijske pristrasnosti u kontinentalnom modelu nije dokazna aktivnost suda, već detaljno upoznavanje sa spisima predmeta iz prethodnog stadijuma postupka i ranije datim iskazima svedoka, što može dovesti do formiranja predubedenja i pre samog suđenja (Bajović, 2015: 103). I obrnuto: ono što najviše doprinosi nepristrasnosti suda u anglosaksonskom pravu je dosledno sprovedeno načelo neposrednosti i uskraćivanje poroti bilo kakvih informacija pre suđenja.

3.2. Da li je moguća istina u krivičnom postupku?

Da bismo mogli odgovoriti na gornje pitanje, neophodno je prethodno odrediti šta je to istina. Međutim, veoma je teško postići konsenzus o tome. To je posledica činjenice da je istina jedan kompleksan fenomen koji se može sagledati iz raznih uglova. Većina autora koji razmatraju fenomen istine u filozofskom smislu slažu se u tome da se apsolutna istina, shvaćena kao potpuna podudarnost između znanja (svesti) i predmeta, ne može spoznati. Međutim, to nije razlog za zauzimanje skeptičkog stava i po pitanju da li je moguća istina u krivičnom postupku. Sud se u krivičnom postupku ne bavi utvrđivanjem svih mogućih okolnosti pod kojima je krivično delo izvršeno, već samo utvrđivanjem pravnorelevantnih činjenica, a one se u najvećem broju slučajeva ipak mogu dokazati. Doduše, istina do koje se došlo u krivičnom postupku je relativna i subjektivna (Vasiljević, 1981: 320). Kada bi ona bila apsolutna, za nju bi bio dovoljan samo jedan dokaz i bila bi isključena mogućnost preispitivanja pravilnosti i potpunosti utvrđenog činjeničnog stanja u žalbenom postupku. Ta istina je subjektivna, jer iz iste dokazne građe različite sudije mogu dolaziti do različitog uverenja o (ne)postojanju određenih činjenica. Subjektivizam je prisutan kako na strani organa koji izvodi i/ili ceni dokaze, tako i na strani saslušanih lica, s obzirom na mogućnost postojanja različitih ograničenja u pogledu percepcije, pamćenja i reprodukovanja opaženog materijala. Osim toga, mogućnost otkrivanja istine u postupku često ograničavaju određeni pravni okviri krivične procedure (npr., dokazne zabrane, zabrana

preinačenja na štetu okrivljenog; zabrana ponavljanja krivičnog postupka na štetu okrivljenog, itd.). Bez obzira na nepovoljno dejstvo svih navedenih faktora, ostajemo pri tvrdnji da je istina u krivičnom postupku dostižna.

3.3. Da li je nam je potrebno načelo (materijalne) istine?

Do sada je u našem pravu važilo načelo (materijalne) istine, prema kojem je sud bio dužan da istinito i potpuno utvrdi činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke.³ U teoriji se često ukazivalo na to da ta istina treba da ima posebne kvalitete po kojima se razlikuje od istine utvrđene u nekim drugim postupcima. Terminološki se ta razlika pokrivala distinkcijama između materijalne istine, kojoj streme krivični postupci, i formalne istine, kojom se zadovoljavaju parnični postupci (Grubač, 2011: 255). U jednom delu procesne teorije kritikovana je upotreba atributa materijalna, jer se u filozofskom smislu može govoriti samo o jednoj istini, koja ili postoji ili ne postoji.

Do sada je najjaču branu od prodora anglosaksonske ustanove u naše pravo predstavljalo upravo načelo (materijalne) istine. Zato je najsigurniji put do uvođenja adverzijalnog glavnog pretresa išao preko ukidanja tog načela. Tako smo 2011. godine dobili naš prvi procesni zakon koji više ne proklamuje načelo istine. Takav potez zakonodavca pravda se pozivanjem na relativnost i subjektivnost sudske istine, kao i na brojne izuzetke od tog načela, koji su oduvek na svojevrsan način ograničavali njegovo dejstvo (Majić, 2012: 197). Redaktori zakonskog teksta ističu da proklamacija tog načela ne predstavlja garanciju ma kakve istinosne vrednosti rezultata. Oni minimalizuju stvarni značaj tog načela tvrdnjom da je ono više odražavalo nastojanje nego učinak i da je imalo više etički nego logički karakter (Beljanski, Ilić, Majić, 2011: 14). Dakle, smatra se da od tog načela i nije bilo neke veće koristi, te da je ono samo doprinosilo pasivnosti javnog tužioca, koji se uglavnom oslanjao na dokaznu aktivnost suda.

Teorijsku podlogu za takve reformske zahvate savremenih zakonodavstava predstavljaju neke pravnosociološke teorije koje pokušavaju da sagledaju suštinu sudskih postupaka ne prihvatajući *apriori* stav o istini kao njihovom cilju. Istina se tu ne posmatra kao vrednost po sebi, već kao "socijalni mehanizam koji ima određene učinke" i ispunjava određene funkcije. Učinak istine u socijalnom saobraćaju je prenošenje reducirane kompleksnosti, i u tom smislu ona je funkcionalno ekvivalentna

3 Čl. 17 ZKP iz 2001. godine.

mehanizmu moći. Otuda se cilj pravno regulisanih procedura ogleđa u pridavanju redukciji kompleksnosti svojstva intersubjektivne prenosivosti – bilo pomoću istine, bilo stvaranjem legitimne moći odlučivanja (Luhmann, 1992: 41). Dakle, ovde se u istu ravan sa jednim suštinskim kriterijumom (istina), stavlja jedan formalni kriterijum (legitimna procedura). Kako se legitimnost procedure po pravilu povezuje sa obezbeđenjem prava na pravično suđenje, ne treba da nas čudi što je načelo istine ustupilo mesto načelu pravičnog suđenja, koje se često smatra vrhovnim procesnim načelom (Krapac, 2010: 79). Slažemo se sa tvrdnjom da su neprihvatljive sve teorije koje negiraju istinu kao cilj postupka: one imaju plitke temelje, jer je suština krivičnog postupka u traganju za pravdom, a pravde nema bez istine (Davidov, 2017: 107). Umesto načela istine uvedena je nova odredba, prema kojoj je teret dokazivanja optužbe na tužiocu.⁴ Posledica ukidanja načela istine ogleđa se u skoro potpunoj dokaznoj pasivnosti suda. Sud, koji više nema obavezu da istinito i potpuno utvrđuje činjenice u krivičnom postupku, po pravilu određuje izvođenje samo onih dokaza koje predlože stranke. Takvo rešenje može da bude veoma štetno, kako sa stanovišta interesa okrivljenog, tako i sa stanovišta javnog interesa. Naime, okrivljeni koji nema branioca teško će moći da parira javnom tužiocu, a izgubiće dosadašnji oslonac u sudu. Osim toga, sasvim je izvesno da se u takvim uslovima neće uvek moći ostvariti cilj proklamovan u čl. 1 ZKP: da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne sankcija. Svakako da osuđivanje nevinih lica a oslobađanje pravih u činilaca krivičnih dela nije ni u javnom interesu.

3.4. Da li je delotvorna odredba o izuzetnoj dokaznoj aktivnosti suda?

Prema novom ZKP iz 2011. godine sud nije izgubio baš sve prerogative u dokaznom postupku, ali su oni rudimentarni i periferni. Naime, sud izuzetno može da izađe iz okvira dokaznih predloga stranaka. Međutim, ta mogućnost je postavljena krajnje restriktivno: ako sud oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio.⁵ Ova odredba može biti predmet opravdane kritike, i to iz više razloga. Prvo, po odluci suda mogu se izvoditi samo oni dokazi koji su u funkciji otklanjanja protivrečnosti ili nejasnoća u dokazima koji su već izvedeni. Ali, sud nema tu mogućnost

⁴ Čl. 15 Zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14.

⁵ Čl. 15, st. 4 ZKP iz 2011. godine.

u pogledu utvrđivanja onih činjenica u pogledu kojih nisu bili izvedeni neki dokazi. Drugo, intervencija suda u dokaznom postupku predviđena je kao njegovo pravo, ali ne i obaveza. Zato sud možda neće biti spreman da koristi ovo pravo ako nema dužnost utvrđivanja istine. Treće, nelogičan je način aktiviranja suda: on primarno daje nalog stranci da predloži dopunske dokaze, a tek izuzetno sam određuje da se takvi dokazi izvedu. Najžešću kritiku ovog zakonskog rešenja uputio je Škulić, navodeći da ta odredba "na malignan način teško 'inficira' i 'truje' ceo tekst ZKP" (Škulić, Ilić, 2012: 76).

Odredba o izuzetnoj dokaznoj aktivnosti suda treba da se tumači u sklopu pravila o teretu dokazivanja. Izvođenjem dokaza *ex officio* ne bi se smeo nadomeštati deficit u dokaznoj aktivnosti tužioca (Majić, 2012: 202). To znači da sud ne bi smeo izvoditi one dokaze koji bi doveli do osude okrivljenog u situaciji kada tužilac nije ponudio takav dokaz. U tom slučaju sud bi trebalo da donese oslobađajuću presudu pozivom na načelo *in dubio pro reo*.

3.5. Šta je izvorište adverzijalnog koncepta glavnog pretresa?

Prilikom recepcije stranog prava nije dovoljno posmatrati samo neku izolovanu pravnu ustanovu, koja nam se čini atraktivnom iz nekih principijelnih ili pragmatičnih razloga. Treba razmotriti i širi društveni, istorijski, ekonomski, politički ili kulturni kontekst u kome je ta ustanova izvorno ponikla i razvijala se. Takođe, treba je sagledati i kroz prizmu celokupnog pravnog sistema države-davaoca u smislu prepoznavanja njene eventualne funkcionalne povezanosti sa drugim delovima tog sistema. Možda su razlozi za njeno ustanovljenje potpuno različiti od onih kojima se rukovodi zemlja-primalac. "Treba voditi računa i o tom hoće li ta uvezena normativna biljka procvetati kad je presadimo u pravosudno tlo iz kojeg nije organski izrasla" (Damaška, 2010: 823). U tom smislu veoma je važno spoznati njeno pravo izvorište.

Istorijski posmatrano, adverzijalni model glavnog pretresa nastao je i do danas se održao u vezi sa porotnim suđenjem u anglosaksonskom pravu, u kome je razdvojeno odlučivanje o činjeničnim (porota) i o pravnim pitanjima (profesionalni sudija). Sudija po pozivu uopšte ne snosi odgovornost za pravilnost presude, jer nije ni učestvovao u odlučivanju o (ne)postojanju krivičnog dela. Porota snosi više moralnu, nego pravnu odgovornost za pravilnost presude, jer niti je dužna da obrazlaže svoju odluku, niti se ta odluka podvrgava ispitivanju u žalbenom postupku, osim izuzetno. Porota ne može postavljati pitanja saslušanim licima,

a profesionalnom sudiji je lako da održi svoju pasivnost, jer ne snosi odgovornost za presudu a lišen je bilo kakvih prethodnih informacija o predmetu, zbog dosledno sprovedenog načela neposrednosti. Odgovornost za ishod krivičnog postupka u krajnjoj liniji snosi javni tužilac, čija profesionalna ili politička karijera može biti ugrožena zbog neuspeha u dokazivanju optužbe “izvan razumne sumnje”.

3.6. Da li je adverzijalni koncept glavnog pretresa primeren našoj pravnoj tradiciji i procesnoj kulturi?

Iako je adverzijalni model glavnog pretresa nerazdvojno povezan sa porotnim sistemom suđenja, kao svojim izvoristhem, naš zakonodavac prilikom preuzimanja koncepta glavnog pretresa nije preuzeo i anglosaksonsku porotu. A govoriti o adverzijalnom glavnom pretresu bez porote, isto je kao govoriti o Romeu bez Julije (Damaška, 2006: 7). Dakle, novi model glavnog pretresa je presađen u sasvim drugačiji evropskokontinentalni ambijent, kojeg odlikuje i moralna i pravna odgovornost profesionalnog sudije za utvrđeno činjenično stanje. Pošto je on dužan da obrazloži svoju odluku i pošto odluka može biti pobijana u žalbi, normalno je ostaviti mu slobodu da i sam utvrđuje činjenice. Njegova dokazna aktivnost na glavnom pretresu može biti potpomognuta prethodnim znanjem koje ima o predmetu, budući da načelo neposrednosti nije realizovano u punom obimu i da mu se dostavljaju istražni spisi sa zapisnicima o ranije datim iskazima svedoka. Zato se konstatuje da je transformacija dokazno aktivnog kontinentalnog sudije u pasivnog arbitra dramatično “psihološki teška”, jer kad mu se oduzme uloga utvrđivanja činjenica a ostane mu odgovornost za presudu, zapašće u moralnu dilemu (Damaška, 2010: 824). Dakle, adverzijalni glavni pretres uopšte nije primeren našem pravnom sistemu i našoj pravnoj tradiciji, bez obzira što je ukinuto načelo istine. On ne vodi računa o zatečenoj procesnoj kulturi, koja se zasniva na tradicionalnim predodžbama o funkcijama suda i o njegovoj odgovornosti za utvrđeno činjenično stanje.

3.7. Da li je adverzijalni koncept glavnog pretresa konsekventno sproveden?

Bez obzira na očiglednu spremnost našeg zakonodavca na radikalni raskid sa našom pravnom tradicijom, adverzijalni koncept glavnog pretresa ipak nije konsekventno sproveden. U prilog ove teze navešćemo samo nekoliko primera:

a) Adverzijalni koncept glavnog pretresa počiva na dosledno sprovedenom načelu neposrednosti. Naš ZKP to nije obezbedio, jer postoji mogućnost korišćenja istražnih zapisnika na glavnom pretresu. To znači da su nesudski dokazi praktično izjednačeni sa sudskim dokazima. Time se favorizuje samo jedna stranka – javni tužilac, kome se omogućava da posredno uvede u postupak dokaze koje je sam izveo u istrazi na nekontradiktoran način (nekad i bez prisustva osumnjičenog).

b) Sa novim režimom unakrsnog ispitivanja svedoka i veštaka na glavnom pretresu nisu usklađene odredbe o zapisničkom konstatovanju toka glavnog pretresa. U našem krivičnom postupku se i dalje vodi tradicionalni zapisnik u koji predsednik veća diktira ono što smatra bitnim za predmet (osim u postupku za dela za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti). To potpuno obesmišljava model unakrsnog ispitivanja, koji pretpostavlja vođenje stenografskih beleški ili tonsko snimanje.

v) ZKP omogućava da predsednik veća uvek postavi pitanje koje doprinosi potpunijem ili jasnijem odgovoru na pitanje postavljeno od strane drugih učesnika u postupku. To može biti ozbiljan ometajući faktor unakrsnog ispitivanja, jer predsednik veća ne zna cilj koji želi postići ispitivač, tako da može prerano postaviti neko pitanje i time osujetiti očekivani ishod unakrsnog ispitivanja.

g) U izvornom modelu unakrsnog ispitivanja ne postoji mogućnost davanja spontanog iskaza svedoka. Međutim, naš zakonodavac je uveo unakrsno ispitivanje, a zadržao odredbu po kojoj se svedok prvo poziva da iznese sve što mu je o predmetu poznato. To je nespojivo sa svrhom osnovnog i unakrsnog ispitivanja.

d) U anglosaksonskom pravu oštećeni može da se pojavi samo u svojstvu svedoka. U našem pravu on ima status sporednog procesnog subjekta i učestvuje u unakrsnom ispitivanju, i to kako svedoka optužbe, tako i svedoka odbrane.

d) U opštim odredbama o svedoku ZKP predviđa mogućnost postavljanja pitanja svedoku samo onda ako je to potrebno radi provere, dopune ili razjašnjenja iskaza. To je suprotno prirodi unakrsnog ispitivanja, na koje suprotna stranka uvek ima pravo.

đ) Adverzijalni glavni pretres zasniva se na ravnopravnosti stranaka, a nje može biti samo ako okrivljeni uvek ima branioca. Međutim, naš ZKP ne predviđa obaveznu stručnu odbranu u svakom slučaju.

e) Zadržavanje žalbenog osnova za pobijanje presude zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja nije u skladu sa promovisanom dokaznom pasivnošću suda. Apsurdno je da se stranka žali po navedenom osnovu ako je sama odgovorna za propuste u utvrđivanju činjenica.

3.8. Da li su precizno regulisana sva pitanja adverzijalnog glavnog pretresa?

Ne možemo se oteti utisku da je do uvođenja novog modela glavnog pretresa došlo pomalo ishitreno i nedovoljno promišljeno. O tome svedoči i činjenica da naš zakonodavac nije našao za shodno da precizno reguliše sva otvorena pitanja koja se s tim u vezi mogu postaviti. Tako, npr., za razliku od obimne i veoma detaljne regulative unakrsnog ispitivanja u anglosaksonskom pravu, mi o tome imamo jednu jedinu zakonsku odredbu. Ovde ćemo navesti samo nekoliko pitanja koja bi zakonodavac morao da reguliše: a) limitirano ili nelimitirano unakrsno ispitivanje; b) ko ima pravo na postavljanje dodatnih pitanja i kojim redosledom; v) ustanova “neprijateljskih svedoka”; g) mogućnost unakrsnog ispitivanja svedoka kojeg je predložio drugi saoptuženi; d) mogućnost unakrsnog ispitivanja svedoka kojeg je odredio sud po službenoj dužnosti.

4. Zaključak

Najradikalnija promena koju nam je doneo novi ZKP iz 2011. godine ne odnosi se na fazu istrage, već na fazu glavnog pretresa. Uveden je adverzijalni model glavnog pretresa, koji počiva na ukidanju načela (materijalne) istine i na skoro potpunoj dokaznoj pasivnosti suda. Umesto toga, promoviše se dokazna aktivnost stranaka, kako u fazi predlaganja, tako i u fazi izvođenja dokaza. Takav model glavnog pretresa nekritički je preuzet iz anglosaksonskog prava. Njegovo izvorište je u porotnom sistemu suđenja, koji nije zastupljen u našem pravu. Stoga takav koncept glavnog pretresa nije primeren našoj pravnoj tradiciji i procesnoj kulturi. On nije ni precizno, ni konsekventno regulisan, tako da ima međusobno nespojivih i nedorečenih odredaba. Mislimo da nije bilo preke potrebe za tako radikalnim promenama našeg krivičnog postupka. Inače, u poslednje vreme prodor adverzarnih elemenata u kontinentalne mešovite postupke postao je ne samo uobičajen, nego i veoma popularan. Tom invazivnom talasu nacionalna zakonodavstva teško se odupiru. Iako nismo apriorni protivnici recepcije anglosaksonskih ustanova u kontinentalne krivične postupke, mislimo da tome treba pribegavati oprezno i u malim homeopatskim dozama, koje imaju svoje opravdanje

u legitimno postavljenim ciljevima, a koje ne dovode u pitanje svrhu krivičnog postupka. U tom smislu, nacionalno procesno zakonodavstvo bi u procesu svoje reforme trebalo da izgradi jedan odbrambeni mehanizam u vidu selektivnoproputljive membrane, koja bi ga štitila od prodora onih stranih elemenata koji se ne mogu prirodno uklopiti u strukturu domaćeg pravnog sistema. Sklop adverzarnih elemenata u našem novom ZKP nije podoban da posluži ostvarenju proklamovanog cilja krivičnog postupka, koji u našem zakonodavstvu postoji već sto pedeset godina.

Literatura

Bajović, V. (2015). *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Beljanski, S., Ilić, P. G., Majić, M. (2011), Predgovor. U *Zakonik o krivičnom postupku* (str. 7–63). Beograd: JP Službeni glasnik

Brkić, S. (2014). *Krivično procesno pravo I*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

Vasiljević, T. (1981). *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Beograd: Savremena administracija

Votson, A. (2010). *Pravni transplantati. Pristup uporednom pravu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Grubač, M. (2011). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, JP Službeni glasnik

Dabović, D. (2007). *Globalizacija prava. Usklađivanje prava u savremenom svetu*. Beograd: JP Službeni glasnik

Damaška, M. (2010). Hrvatski dokazni postupak u poredbenom svjetlu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 2(XVII). 821–837.

Damaška, M. (2006). Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 1(XIII). 3–15.

Davidov, S. (2017). *Rasprava o krivičnom postupku. Ima li pravde bez istine?*. Novi Sad: Svetionik

Đurđić, V. (2008). Krivično pravosuđe Srbije danas – između zahteva društvene stvarnosti i pravnih prepreka. U *Prati li krivično zakonodavstvo društvene i ekonomske promene u Srbiji?* (str. 26–35). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Zakonik o krivičnom postupku. *Službeni glasnik RS*. Br. 72 (2011), 101 (2011), 121 (2012), 32 (2013), 45 (2013), 55 (2014)

Ilić, P. G. (2008). Krivični postupak između potreba i mogućnosti. U *Prati li krivično zakonodavstvo društvene i ekonomske promene u Srbiji?* (str. 36–49). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Karbonije, Ž. (1992). *Pravna sociologija*. Sremski Karlovci – Novi Sad: Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića

Krapac, D. (2010). *Kazneno procesno pravo, prva knjiga, Institucije*. Zagreb: Informator

Luhmann, N. (1992). *Legitimacija kroz proceduru*. Zagreb: Naprijed

Majić, M. (2012). Napuštanje inkvizitorskog modela krivičnog postupka kao nužan korak u stvaranju nepristrasnog krivičnog suda u Srbiji. U A. Petrović i I. Jovanović (Ur.), *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)* (str. 192–203). Beograd: Misija OEBS u Srbiji

Popović, D. (2007). *Uvod u uporedno pravo*. Beograd: JP Službeni glasnik

Stiglic, E. Dž. (2002). *Protivrečnosti globalizacije*. Beograd: SBM-x

Stevanović, B. (2008). *Politička kultura i kulturni identiteti u Srbiji i na Balkanu*. Niš: Filozofski fakultet Univerziteta u Nišu

Škulić, M. (2014). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Dosije studio

Škulić, M. (2006). Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku. *Pravni život*. 9. 587–611.

Škulić, M., Ilić, G. (2012). *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije. Reforma u stilu "jedan korak napred – dva koraka nazad"*. Beograd: Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Šuvaković, U., Kragović, B. (2015). Globalizacija i kulturni identiteti. U V. Vukotić i dr. (Ur.), *Globalizacija i kultura*. Beograd: Centar za ekonomska istraživanja Instituta društvenih nauka

Snežana Brkić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Novi Sad

**POSSIBILITIES AND LIMITATIONS OF AMERICANIZATION OF TRIAL
PROCEEDINGS UNDER THE 2011 SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE**

Summary

National legislation is not an isolated phenomenon which would ignore the developments in its environment. In that context, we can discuss the tendency that certain European-Continental procedures are drawing closer to the Anglo-Saxon law. Some authors even point to the Americanization of the European-Continental law as a certain form of globalization in the field of law. This trend is prominent in all the states of former Yugoslav, including Serbia. The 2011 Criminal Procedure Code of Serbia introduced the adversarial trial procedure, which is marked by an almost completely passive role of the court in fact-finding proceedings and a formal abandonment of the principle of establishing the truth. The author raises several questions: Was there a real need for this? What was gained and what was lost by introducing this type of procedure? Were all the prerequisites fulfilled? What hybrid solutions were adopted? Which provisions are imprecise, incomplete and contradictory, and which are unjustifiably absent or unchanged? The author argues that uncritical transplantation of foreign procedural solutions into the Serbian national legislation, or their non-compliance with the traditional procedural principles can be counterproductive. Not only can it constitute an artificial outgrowth without major practical effects, but sometimes it can be even devastating from the standpoint of an adequate protection of interests of certain participants in criminal procedure.

Keywords: *trial proceedings, Americanization of European-Continental procedures, Serbian Criminal Procedure Code 2011.*

Dr Mladenka Govedarica,* Docent
Pravnog fakulteta, Univerzitet u
Istočnom Sarajevu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776287G

UDK: 347.932(497.11)

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

PRAVO NA SUĐENJE BEZ ODGAĐANJA

Apstrakt: Pravo na suđenje bez odgađanja postavljeno je kao zakonsko načelo koje se blisko veže za standard razumnog roka. Gotovo sva prava stoje na načelu da se pripreme za suđenje i sama rasprava pred sudom moraju obaviti u što kraćem vremenu kako bi zadiranje državne vlasti u lična prava građana bilo što manje (Krapac, 1995: 128). Shodno tome, Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske članom 13 predviđa da osumnjičeni, odnosno optuženi ima pravo da u najkraćem razumnom roku bude izveden pred nezavisan i nepristrasan sud i da mu bude suđeno bez odlaganja. Pored toga isti član predviđa da je sud dužan da postupak sprovede bez odugovlačenja, kao i da onemogućiti svaku zloupotrebu prava koja pripadaju licima koja učestvuju u postupku. U saglasnosti sa tim zakonodavac je ustanovio rokove koji se moraju poštovati u preduzimanju krivičnoprocesnih radnji, a sve u cilju ostvarivanja načela suđenja bez odgađanja, odnosno postizanja pravičnosti postupka.

Značaj načela pojačava i praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu (Strasbourg), o čemu svjedoči veliki broj zauzetih stavova po ovome pitanju, a što se čini posebno važnim jeste utvrđivanje kriterija na osnovu kojih se procjenjuje standard "razuman rok".

Ključne riječi: pravo, načelo, suđenje, nezavisan i nepristrasan sud, razuman rok.

*govedaricam@yahoo.com

Pravo na suđenje bez odgađanja predviđa član 14, stav 3 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, dok Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u članu 6, stav 1 govori o suđenju u razumnom roku. Zakonodavstva prostora bivše Jugoslavije ovo pravo osumnjičenog, odnosno optuženog propisuju kao pravo na suđenje bez odgađanja (odlaganja) ili pravo na suđenje u razumnom roku. Bez obzira na zakonsku terminologiju ovo pravo u suštini sadrži zabranu odugovlačenja krivičnog postupka na način da se osumnjičenom, odnosno optuženom garantuje efikasnost postupka u cilju utvrđivanja da li ima ili ne njegove krivice u izvršenju krivičnog djela, s jedne strane, dok, s druge strane, oštećenom se stvara mogućnost pravednog obeštećenja kao i moralne satisfakcije u kraćem vremenskom intervalu. Pored toga, u interesu državnih organa jeste efikasan krivični postupak koji uz to biva i ekonomičan sa ciljem ostvarivanja specijalne i generalne prevencije.

Dakle, značaj načela je višestruk i kao takav od strane Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu dobio je kriterijume za procjenu standarda "razumnog roka": težinu i složenost krivičnog predmeta (s obzirom na kompleksnost ovog kriterija, značaj se daje određenom broju faktora kao što su priroda činjenica koju treba utvrditi, broj optuženih osoba i svjedoka, potreba da se pribave spisi sa suđenja koje je obavljeno u drugoj zemlji ili povezanost sa drugim predmetima); postupanje stranaka (tužioca i optuženog) pred sudom; postupanje sudskih i drugih državnih organa; prosječna opterećenost sudova (Sijerčić Čolić, 2005: 72).

Vezano za pojam razumnog roka nameće se pitanje od kog trenutka se počinje računati? U jednom predmetu, Sud je utvrdio da se vrijeme počinje računati od trenutka kada je dato "zvanično obavještenje pojedincu od strane nadležnog organa da postoji tvrdnja da je on izvršio krivično djelo" (De Weer protiv Belgije (1980) – Gomien, 1998: 48), u drugom predmetu Sud je dodao i dalje određenje "da je time položaj (osumnjičenog) bitno pogođen" (Eckle protiv SR Njemačke (1982) – Gomien, 1998: 48), što je u stvari isti standard koji se primjenjuje kada treba utvrditi da li je neko optužen za krivično djelo. Takođe, razuman rok može teći od trenutka kada nadležni organi preuzmu mjeru koja u značajnoj mjeri utiče na stanje osobe i kojom se ta osoba lišava sigurnosti koju uživa svaki građanin koji poštuje zakon (Jacobs and White, 1996: 144).

Ono što se čini interesantnim jeste to da Sud smatra da i pretjerana kratkoća postupka može dovesti u pitanje razuman rok suđenja, pretpostavku nevinosti, te pravo na odbranu. Interesi osumnjičenog,

odnosno optuženog u vezi sa najbržom mogućom odlukom moraju se vagati u odnosu na zahtjeve brižljive provjere i ispravnog vođenja postupka. Zahtjev za sprovođenje ovog načela mora se dovesti u sklad sa načelom istine. Nije obezbijeđena pravna sigurnost građana ako je postupak brz a nepotpun, niti ako traje nesrazmjerno dugo, usporavajući postupak u drugim krivičnim stvarima. Zato cilj mora biti da se nađe prava mjera u ostvarivanju ovog načela. Praksa pokazuje da je neekonomičnost postupka i suđenje van razumnog roka u najvećem broju slučajeva prouzrokovano lošim radom sudija i slabom organizacijom suda (Simović, 2016: 298). Sama brzina sudskog postupka je uvijek poželjna, ali ne po svaku cijenu, jer bi se tada mogla pretvoriti u svoj antipod – u štetnu brzopletost i neke oblike tzv. prijekog suda, koji su nezamislivi u demokratskim društvima i njihovim pravnim sistemima (Škulić, 2012: 137).

Dakle, kada se procjenjuje da li je relevantan period razuman, sud bi naročito morao voditi računa o ponašanju državnih vlasti (sudskih i državnih organa). Ukoliko bi se radilo o odlaganju postupka od strane države, to bi moglo predstavljati kršenje zahtjeva za razumnim rokom, odnosno kršenje načela suđenja bez odgađanja (Presuda Vernillo, A. 198, 1991, str. 13, i presuda Pierazzini, a. 231-C, 1992, str. 30 – P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, 2001: 419). Dakle, ako bi sud ili tužilac kao glavni procesni subjekti ili drugi predstavnici državnih organa nekim svojim radnjama (nedovoljnom pripremljenošću sudije za suđenje zbog nedovoljnog proučavanja spisa, nedovoljnim diferenciranjem važnih i manje važnih stvari od strane sudije, što često dovodi do nekritičkog prihvatanja prijedloga stranaka za izvođenje dokaza zbog bojazni da u postupku po žalbi ne dođe do ukidanja presude (Radulović, 2009: 42), bespotrebним odlaganjem ili prekidanjem glavnog pretresa, ili neopravdanim promjenama tužioca u toku postupka i sl.) odugovlačili postupak to bi svakako bilo kršenje načela suđenja bez odgađanja.

S druge strane, ako je osumnjičeni, odnosno optuženi doprineo dužem trajanju postupka svojim neopravdanim neodazivanjem pozivu, ako se branio sa slobode, ili je do toga došlo uslijed česte promjene branioca, odnosno na drugi način, koji se očigledno može dovesti u vezu sa njegovom voljom (subjektivni aspekt), tako i sa njegovim konkretnim postupcima (objektivni aspekt), onda se, pod uslovom da se ne može uočiti neopravdano odlaganje vođenja postupka od strane suda ili doprinos odlaganju od strane drugih službenih aktera postupka (prije svega tužioca), ne može govoriti o povredi prava osumnjičenog, odnosno optuženog na suđenje u razumnom roku, odnosno na povredu suđenja bez odgađanja (Škulić, 2011: 113). Vidimo da koliko god efikasnost krivičnog postupka zavisila od

zakonodavca, ona još više zavisi od suda i drugih subjekata koji učestvuju u krivičnom postupku. Samim tim može se govoriti o dvije grupe faktora od kojih zavisi praktična realizacija načela suđenja u razumnom roku, odnosno prava na suđenje bez odgađanja, kao i efikasnost krivičnog postupka kao cjeline. Prvo, to su normativni faktori sadržani u kvalitetu zakonske norme, a drugo, subjektivni faktori koji se tiču procesnih subjekata koji te zakonske norme treba da realizuju (Bejatović, 2014: 117).

U pogledu kompleksnosti predmeta teško je uopšteno govoriti jer tu može biti više razloga, kao npr. priroda činjenica koje treba utvrditi, broj optuženih lica i svjedoka, potreba pribavljanja spisa sa suđenja koje je obavljeno u drugoj zemlji, povezanost sa drugim predmetima te intervencije drugih lica u postupku. Proizlazi da sama kompleksnost predmeta može biti posljedica spoja pravnih i činjeničnih pitanja.

Proizlazi da je pitanje, da li je postupak vođen i okončan u razumnom roku *quaestio facti*. Opšti kriterij za ocjenu o tome šta je to razuman rok moguće je ustanoviti pitanjima: da li su radnje preduzete u određenim rokovima, je li optužba kvalitetno oblikovana, pripremljena za izvođenje dokaza ili se ti dokazi tek traže nakon podizanja optužnice, da li je odbrani omogućeno da pripremi odbranu ili je dovedena u nejednak položaj, potom da li je sud bio pripremljen za vođenje postupka bez odugovlačenja i najzad je li bilo nesavjesnosti i zloupotreba procesnih prava učesnika u postupku (Pavišić, 2001: 51–52). Dakle, da li je suđeno u razumnom roku, odnosno da li je ispoštovano pravo na suđenje bez odgađanja – predstavlja faktičko pitanje koje se mora rješavati u svakom konkretnom slučaju u zavisnosti od težine krivičnog djela i drugih obilježja konkretnog krivičnog slučaja i uzimanjem u obzir stavova Evropskog suda za ljudska prava po tom pitanju (Bejatović, 2014: 116–117).

Normativni faktori koji štite pravo na suđenje bez odlaganja prvenstveno se vezuju za rokove u kojima se nalaže preduzimanje određenih procesnih radnji od strane procesnih subjekata: tako imamo da istraga ne može trajati duže od šest mjeseci, rok u kome sudija za prethodno saslušanje mora odlučiti o svim ili pojedinim tačkama optužnice ne može biti duži od osam dana, pravo na prethodne prigovore od strane optuženog koji ukoliko se izjavljuju moraju poštovati rok od petnaest dana, poziv za izjašnjavaње o krivici koji takođe ne može preći rok od petnaest dana, te niz drugih zakonskih rokova koji su nepromjenjivi i nepodložni bilo kakvom odstupanju od njih. Kod sudskih rokova, gdje je sloboda suda za njihovim određivanjem izraženija, takođe se mora voditi računa da

sud u svakom konkretnom slučaju odredi najkraći rok koji je potreban za izvršenje određene radnje. Tumačeći ovu obavezu suda ne bi se smjelo dogoditi da rok koji sud odredi bude duži od samog zakonskog roka za sličnu procesnu radnju, npr. rok za ispravku nepotpune žalbe da bude duži od zakonskog roka za ulaganje žalbe, tj. od petnaest dana (Jekić, 2003: 47).

Ovo načelo podrazumijeva i svako sprečavanje moguće zloupotrebe prava od strane lica koja učestvuju u postupku, a sve u cilju sprovođenja postupka od strane suda bez odugovlačenja. Zloupotreba prava stranaka nastaje zbog toga što se objektivni ciljevi postupka i subjektivni ciljevi stranaka u postupku ne slažu. Sud teži pravilnoj presudi, takvoj bi presudi trebalo da teži i tužilac (to se ne događa uvijek), osumnjičeni, odnosno optuženi teži presudi koja je za njega povoljna, bez obzira da li je pravilna (Vasiljević, 1981: 254–255).

Stvarno sprečavanje zloupotrebe prava pada na sud, jer zakon samo propisuje, odnosno stvara mogućnost za sprečavanje, a na sudu je da to i sprovede. Zakon ovakvu mogućnost stvara kroz odredbe o rokovima u postupku, ustanovom odlaganja i prekidanja glavnog pretresa, te najzad kroz ovlašćenja suda da pristupi i novčanim kažnjavanjima ukoliko stranke svojim postupcima očigledno žele odugovlačiti krivični postupak, odnosno ako krše načelo lojalnosti i poštenja učesnika u postupku, tj. vrše procesne zloupotrebe. Tako, Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske propisuje kažnjavanje i tužioca kao predstavnika državnog organa u krivičnom postupku novčanom kaznom,¹ kao i branioca, odnosno svjedoka i vještaka. Zakonik o krivičnom postupku Srbije ostao je dosljedan ranijim rješenjima koja predviđaju novčano kažnjavanje gore pobrojanih subjekata, izuzev javnog tužioca kao predstavnika državnog organa.²

1 Član 260, stav 2 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske propisuje da sudija, predsjednik vijeća može izreći novčanu kaznu do 5.000 KM tu žiocu, odnosno licu koje ga zamjenjuje koje se na uredno dostavljen poziv suda nije odazvalo i nije opravdalo svoj izostanak ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 53/12).

2 Član 379 Zakonika o krivičnom postupku Srbije propisuje ako na glavni pretres, koji je zakazan na osnovu optužnice javnog tužioca, ne dođe javni tužilac ili lice koje ga zamjenjuje, predsjednik vijeća će o tome obavijestiti nadležnog javnog tužioca i zatražiti da odmah odredi zamjenu. Ako to nije moguće, predsjednik vijeća će odrediti da se glavni pretres ne održi i o tome će obavijestiti nadležnog javnog tužioca i Državno vijeće tu žilaca, koji imaju obavezu da obavijeste sud o preduzetim mjerama ("Službeni glasnik Republike Srbije", broj: 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014).

Kroz literaturu, sprečavanje zloupotrebe prava bi se moglo podvesti i pod načelo procesne ekonomije, kojim se definiše da krivični postupak po svojoj arhitektonici i po svom praktičnom izvođenju treba da bude takav da sa što manjim gubitkom vremena, i sa što manjim troškovima dovede do ostvarivanja krivičnoprocesnog zadatka, tj. do rasvjetljavanja i rješavanja krivične stvari (Dimitrijević, Stefanović Zlatić, Lazin, 1990: 54). Samim tim, načelo prava suđenja bez odgađanja (suđenje u razumnom roku) u sebi bi akumuliralo načelo procesne ekonomije i načelo lojalnosti i poštenja učesnika u postupku (suzbijanje procesnih zloupotreba), a dobrim dijelom je i segment načela odbrane i načela istine.

Ono obavezuje sve državne organe i druge procesne subjekte da krivičnoprocesne radnje obave u što kraćem vremenu i bez suvišnih troškova, čime se doprinosi u borbi protiv kriminaliteta (Milošević, Stevanović, 1997: 70). Pretpostavke za ostvarivanje procesne ekonomije obezbjeđuju se, u prvom redu, samim zakonom, izbjegavanjem procesnih formi koje nisu neophodne, usporavaju postupak i povećavaju troškove. Propisivanje rokova za preduzimanje procesnih radnji, predviđanje određenih odstupanja od pojedinih procesnih načela, ustanovljavanje posebnih sumarnih postupaka za suđenje lakših krivičnih djela, mjere za popravljavanje nepravilnih procesnih radnji, pravila o kontinuitetu i koncentraciji obavljanja procesnih radnji i sličnih mjera i pravila – ima za cilj da omogući ekonomičan i racionalan postupak (Grubač, 2008: 213).

Dakle, načelo procesne ekonomije se sastoji u postavljanju krivičnog postupka tako da se sa što manjim gubitkom vremena, sa što manjim radom i sa što manje troškova ostvari kako neposredan cilj svake procesne radnje, tako i konačni cilj dobijanja pravilne i pravične presude (Vasiljević, 1981: 253).

Takođe, načelo suđenja bez odlaganja pored osvrta na termin "razuman rok", te pitanja sprečavanja zloupotrebe prava predviđa i svođenje trajanja pritvora na najkraće nužno vrijeme. Evropska konvencija striktno predviđa u svom članu 5, stav 3 da svako ko je u pritvoru ili uhapšen mora u najkraćem roku biti suđen ili pušten na slobodu. Standard suđenja bez odlaganja mora se cijeniti prema strožim kriterijima kada se osoba nalazi u pritvoru. Prihvatajući te strože kriterije za postupanje u pritvorskim predmetima, sud je u mogućnosti da pozitivno utiče na pravo osumnjičenog, odnosno optuženog da u najkraćem razumnom roku bude izveden pred sud i da mu bude suđeno bez odlaganja, kao i da takvim postupanjem, trajanje pritvora svodi na najkraće nužno vrijeme (Sijerčić

Čolić, 2005: 74). Suđenje bez odlaganja kod trajanja mjere pritvora je u toj mjeri podignuto na visok nivo da se uvijek mora dati prednost suđenja osobi koja je u pritvoru u odnosu na suđenje osobe koja se brani sa slobode (Predmet Wemhoff protiv SR Njemačke 1968 – Gomien, 1998: 34).

Literatura

Bejatović, S. (2014). Krivično procesno pravo, Beograd: Javno preduzeće "Službeni glasnik".

Vasiljević, T. (1981). Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Beograd: "Savremena administracija".

Gomien, D. (1998). Kratki vodič kroz Evropsku konvenciju, Strasbourg; Evropska izdanja.

Grubač, M. (2008). Krivično procesno pravo, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, Javno preduzeće "Službeni glasnik".

Dimitrijević, D., Stefanović Zlatić, M., Lazin, Đ. (1990). Krivično procesno pravo, Beograd: "Naučna knjiga".

Jekić, Z. (2003). Krivično procesno pravo, Beograd: Grafičko preduzeće "Dimitrije Davidović".

Jacobs and White (1996). The European Convention on human rights, Clarendon Press.

Krapac, D. (1995). Engleski kazneni postupak, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.

Knežević, S. (2012). Osnovna načela krivičnog procesnog prava, Niš: Studentski kulturni centar Niš.

Milošević, M., Stevanović, Č. (1997). Krivično procesno pravo, Beograd: Policijska akademija u Beogradu.

Pavišić, B. (2001). Komentar zakona o kaznenom postupku, Rijeka.

P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, (2001). Theory and practice of the European convention on human rights, Sarajevo: Muller Sarajevo.

Radulović, D. (2009). Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici.

Simović, M. (2016). Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio, Bihać: Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću.

Sijerčić Čolić, H. (2005). Komentari zakona o krivičnom postupku u Bosni I Hercegovini, Sarajevo: Vijeće Evrope.

Škulić, M. (2012). Krivično procesno pravo, Podgorica: CID Podgorica.

Škulić, M. (2011). Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Javno preduzeće "Službeni glasnik".

Mladenka Govedarica, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of East Sarajevo

THE RIGHT TO BE TRIED WITHOUT UNDUE DELAY

Summary

The right to be tried without undue delay is set as a legal principle that is closely related to the right to be tried within a reasonable time. Nearly all rights are based on the principle that preparation for trial and trial proceedings before the competent court must be performed as soon as possible in order to preclude unnecessary interference of state authorities in citizens' personal rights. Accordingly, the Criminal Procedure Code of the Republic of Serbian stipulates in Article 13 that the suspect or the accused has the right to be brought before an independent and impartial tribunal within the shortest reasonable time and to be tried without undue delay. This Article also provides that the court is obliged to conduct the proceedings without delay and prevent any abuse of the rights that the participants in the proceedings are entitled to. Accordingly, the legislator has established time limits that must be observed in the course of taking criminal procedure actions, for the purpose of ensuring fair proceedings and exercising the legal standard to be tried without undue delay. The importance of this principle is reinforced by the judicial practice of the European Court of Human Rights in Strasbourg, whose case law provides ample examples of judicial opinions on this issue. In particular, it seems important to establish the specific criteria for assessing the "reasonable time" standard.

Keywords: *right, principle, independent and impartial tribunal, reasonable time, trial without undue delay.*

Dr Saša Knežević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Dr. Vanda Božić,
Znanstveni suradnik, Pravni fakultet,
Univerzitet u Zagrebu

Dr Željko Nikać,
Redovni profesor Kriminalističko-policijske akademije,
Univerzitet u Beogradu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776295K

UDK: 343.431

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

GLOBALNI I REGIONALNI ASPEKT PRAVNOG I INSTITUCIONALNOG OKVIRA ZA SUZBIJANJE TRGOVINE LJUDIMA**

Apstrakt: *Trgovina ljudima, jedan od najučestalijih pojavnih oblika organizovanog kriminaliteta, danas s razvijenom mrežom trgovaca obuhvata veliki broj žrtava i poprima transnacionalni karakter. Posebno su pogođene nerazvijene države i zemlje u tranziciji što je slučaj i sa jugoistočnom Ev- ropom, među kojima su i države bivše Jugoslavije. Region ima značajan geostrategijski položaj preko kojeg prolaze važni međunarodni kriminalni putevi ka razvijenim zemljama zapadne Evrope. Autori razmatraju pravni i institucionalni okvir država regiona, analiziraju pojedina legislativna rešenja, ukazuju na njihove nedostatke i usklađenost sa međunarodnim standardima. U radu je učinjena analiza i dat je prikaz žrtava trgovine ljudima na području Republike Srbije i Republike Hrvatske, te je učinjen osvrt na oblike iskorišćavanja. Nadalje, skrenuta je pažnja na međunarodnu krivičnopravnu saradnju država regiona koja je od presudnog značaja za*

* knez@prafak.ni.ac.rs, vanda.bozic@pravo.hr, zeljko.nikac@kpa.edu.rs.

** This research has been fully supported by the Croatian Science Foundation, under the project No. 1949 *Multidisciplinary Research Cluster on Crime in Transition-Trafficking in Human Beings, Corruption and Economic Crime.*

** This paper is the result of the research on *Project Development of institutional capacity, standards and procedures for countering organized crime and terrorism in the conditions of international integration*, Ministry of Education and Science of the RS No. 179045 and Internal Project *Management of the police organization in preventing and combating the threat of security in the Republic of Serbia, 2015–2019.*

suzbijanje trgovine ljudima, te za stabilnost samog regiona i Evrope. U zaključnim razmatranjima navedeni su predlozi de lege ferenda sa ciljem što efikasnijeg suzbijanja trgovine ljudima.

Ključne reči: *trgovina ljudima, suzbijanje, pravni i institucionalni okvir, region, EU.*

1. Uvod

Trafficking in human beings je nesporno jedan od najtežih pojava oblika organiziranog kriminaliteta u savremenom svetu. Danas to više nije izolovani problem pojedinih država i regiona, već pre svega *globalni problem* i iznad svega ozbiljna pretnja razvijenom svetu. U pitanju je jedan od najtežih zločina u modernom društvu koji u ogromnoj meri uznemirava javnost, jer se u središtu trgovine ljudima nalaze najčešće mlade devojke i deca kao najranjivije socijalne grupe. Problem trgovine ljudima je dodatno uvećan činjenicom da u brojnim zemljama dugo nije bilo valjane pravne regulative i adekvatnog pojmovnog određenja, pa su umesto trgovine ljudima ova krivična dela dugo bila pravno kvalifikovana kao krijumčarenje ljudi, akti prostitucije i sl. (Dimitrijević, Kostić, Knežević, 2011).

Trgovina ljudima, kao jedan od oblika kriminaliteta, ima svoje dimenzije: fenomenološku, etiološku i viktimološku. *Fenomen* trgovine ljudima obuhvata više različitih pojava oblika koji su doživeli evoluciju tokom vremena i prilagodili se savremenom društvu. Podela pojava oblika trgovine ljudima je uglavnom funkcionalna te preovlađuju radna i seksualna eksploatacija. U pogledu *etiologije* trgovine ljudima preovlađuju ekonomski faktori i to pre svega siromaštvo, nezaposlenost i ekonomska kriza u nerazvijenim državama i zemljama u tranziciji. Od ostalih uzroka i uslova trgovine ljudima značajni su neravnopravnost polova i diskriminacija žena, nizak stepen obrazovanja žrtava, kulturni nivo zajednice, korupcija. Trgovci ljudima vešto koriste aktuelnu tešku ekonomsko-socijalnu situaciju u društvu pa se kao *žrtve* trgovine ljudima uglavnom pojavljuju mladi ljudi, naročito žene i devojke, zatim deca, kojima su ugrožena osnovna ljudska prava i građanske slobode.

Prostor zapadnog Balkana je veoma značajna *kriminalna ruta* krijumčarenja i ilegalne trgovine ljudima, životinjama i retkim biljkama, narkoticima, oružjem i drugim profitabilnim robama. Region je most između bogatih konzumenata zapadne Evrope i žrtava, odnosno robe iz siromašnih delova istočne Evrope i Dalekog Istoka. Trgovci ljudima i ostali iz miljea organizovanog kriminala koriste teško istorijsko nasleđe i druge specifičnosti regiona kao što su: minuli ratni sukobi i tragične posledice, tranzicija, krhke državne institucije, veoma izražena korupcija i neefikasni mehanizmi kontrole.

Društveni odgovor na izazove, rizike i pretnje trgovine ljudima i ostalim pojavnim oblicima organizovanog kriminaliteta je najpre na unutrašnjem, a potom na regionalnom i širem međunarodnom planu u formi mehanizama saradnje, usvajanja međunarodnih dokumenata i aktivnosti specijalizovanih međunarodnih organizacija. Na nacionalnom nivou u suzbijanju trgovine ljudima je najvažniji multiagencijski pristup i saradnja državnih organa, pre svih, policije, carine, vojske, inspekcijских i drugih nadležnih službi. Na regionalnom nivou od posebne važnosti su razmena informacija, zajedničke operacije i drugi mehanizmi saradnje zainteresovanih država. Na širem međunarodnom planu borba protiv trgovine ljudima polazi od međunarodnog legislativnog okvira i harmonizovanog nacionalnog zakonodavstva, te međunarodne operativne saradnje organa za primenu zakona i specijalizovanih agencija.

2. Trgovina ljudima kao oblik organizovanog kriminaliteta

a) *Organizovani kriminalitet* je pored terorizma najopasniji pojavni oblik kriminaliteta sa kojim se susreće moderno društvo u mirnodopskim uslovima. Nastao je sredinom XX veka na teritoriji SAD, odakle se proširio na ostale zemlje sveta, pre svega razvijene i bogate države zapadne Evrope. Organizovani kriminalitet danas ne poznaje državne granice i fizičke barijere jer se organizovane kriminalne grupe iz različitih država povezuju radi ostvarenja profita, čime dobiva *transnacionalni karakter* (Nikač, 2015: 48–54). Ovaj pojavni oblik kriminaliteta predstavlja stalnu pretnju za bezbednost građana i stabilnost svake zemlje, kao i međunarodne zajednice u celini. U kontekstu metodologije izvršenja krivičnih dela organizatori i izvršioци organizovanog kriminaliteta imaju za cilj ostvarenje maksimalnog profita, uz najmanje štetnih posledica, legalizaciju kriminalne dobiti i politički uticaj u zajednici i organima vlasti (Božić, Nikač, 2017: 429–447).

Stanje i kretanje organizovanog kriminaliteta pokazuje da je ovaj pojavni oblik u stalnoj ekspanziji i da su danas posebno ugrožene nerazvijene države i zemlje u tranziciji. Nakon pada Berlinskog zida došlo je do kopernikanskih promena i tranzicije u državama nekadašnjeg socijalističkog bloka, te nastanka mafije „postkomunističkog društva“ (Horvatić, 2002: 11). Talas tranzicije proširio se i na nekadašnje republike u sastavu SFRJ, koju je prethodno pogodio ratni sukob, što je pogodovalo razvoju organizovanih kriminalnih grupa i njihovom povezivanju u regionu.

Pojavni oblici organizovanog kriminaliteta prilagođavali su se društvenim promenama i uslovima, tako da danas imaju znatno sofisticiranije forme i oblike ispoljavanja. Mišljenje autora je da danas preovlađuju trgovina narkoticima, korupcija, pranje novca i trgovina ljudima kao najčešći pojavni oblici organizovanog kriminaliteta (Božić, 2016: 285–300).

Ilegalni promet i trgovina opojnim drogama su danas nesporno "hit" u svetu jer narko kartelima donose enormnu zaradu, dok sa sobom ne nose preveliki rizik za šefove kriminalnih organizacija. Razgranata mrežna organizacija funkcioniše po hijerarhiji od proizvođača, preko preprodavaca, vlasnika skladišta, pa do transportne infrastrukture ka krajnjim konzumentima. Ogromna finansijska moć narko mafije pruža mogućnost uticaja u državama i utiče na kreiranje javnosti.

Korupcija je globalni društveni fenomen koji se prevashodno vezuje za poslovanje u privredi i obuhvata: promet roba i usluga, industriju i građevinarstvo, banke i druge finansijske ustanove, osiguranje. U neprivrednim delatnostima korupcija obuhvata državne organe, javne službe, zapošljavanje i krivična dela protiv službene dužnosti (Poup, 2004: 3). Posebno je značajna sprega između politike, korupcije i kriminala (Božić, Kesić, 2016: 455–483).

Pranje novca je oblik organizovanog kriminaliteta kojim se prikriva postojanje i poreklo nelegalno stečenih sredstava uključivanjem u legalne finansijske tokove sa ciljem legalizacije, daljeg korišćenja sredstava i izbegavanja kazne. Legalizacija prljavog novca je posebno prisutna u okviru ilegalne trgovine narkoticima i oružjem, organizovanja kockarnica, prostitucije, reketiranja, privatizacije kapitala u zemljama u tranziciji i kod utaje poreza (Bošković, 2005: 23).

b) Trgovina ljudima je jedan od najtežih pojava oblika organizovanog kriminaliteta koji predstavlja zločin iz korpusa krivičnih dela protiv čovečnosti, najčešće sa elementom inostranosti što mu daje transnacionalni karakter. Pojam trgovine ljudima je normativno-pravno određen u međunarodnim dokumentima i nacionalnom krivičnom zakonodavstvu država, o čemu će biti više reči kasnije.

Pojam trgovine ljudima detaljnije određuju Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Palermo konvencija)¹ i Dopunski protokoli (I-III) usvojeni radi njene primene: I – Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, II – Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom² i III – Protokol protiv nezakonite proizvodnje i prometa vatrenim oružjem, njegovim delovima, sklopovima i municijom.³ Konvenciju i protokole su potpisale i ratifikovale brojne države i nekadašnja SFRJ, te države naslednice među kojima su Srbija

1 UN Convention against Transnational Organized Crime, 2000, UN, Treaty Series, vol. 2225.

2 Zakon o ratifikaciji UN Konvencije protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Protokola I-II, "Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori" br. 06/01, Beograd 2001.

3 Zakon o ratifikaciji (III) Protokola protiv nezakonite proizvodnje i prometa vatrenim oružjem, njegovim delovima, sklopovima i municijom, „Službeni list SCG – Međunarodni ugovori“ br.11/05.

i Hrvatska.⁴ Protokol (I) za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, definiše *trgovinu ljudima* kao vrbovanje, prevoz, transfer, pružanje utočišta i prihvatanje lica, pomoću pretnje ili upotrebe sile ili drugih oblika prinude, otmice, prevare, zloupotrebe vlasti ili položaja bespomoćnosti ili davanje ili primanje plaćanja ili sredstava da bi se privolela osoba koja ima kontrolu nad drugom osobom, u svrhu izrabljivanja koje uključuje iskorišćavanje prostituisanja ili drugih oblika seksualnog iskorišćavanja, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili odnose slične ropstvu, potčinjavanje ili odstranjivanje organa.⁵ U osnovi trgovine ljudima je *eksploatacija* minimalno određena kao eksploatacija prostitucije drugih lica ili drugih oblika seksualne eksploatacije, prinudni rad ili služba, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, *servitut* ili uklanjanje organa (Nikač, 2016: 159–176). Pristanak žrtve, posebno dece, tretira se kao pravno irelevantan i bez značaja za postojanje trgovine ljudima. Kao najvažniji *elementi* trgovine ljudima navode se: a) *radnja* (vrbovanje, prevoz, transfer, skrivanje ili prihvatanje lica), b) *sredstva* (pretnja ili upotreba sile ili drugih oblika prinude, otmica, prevara, obmana, zloupotreba vlasti ili položaja bespomoćnosti, davanje ili primanje isplata ili povlastica da bi se privolela osoba koja ima kontrolu nad drugom osobom) i c) *svrha* (iskorišćavanje, iskorišćavanje prostituisanja drugih lica ili drugi oblik seksualnog iskorišćavanja, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili praksa sličnu ropstvu, pokornost ili uzimanje organa) (Božić, 2012). Dominantni kriterijum za kvalifikaciju krivičnog dela trgovine ljudima su *sredstva* koja trgovci ljudima koriste u izvršenju, uvažavajući i ostale elemente. Prema pravnom shvatanju Saveta Evrope, neophodni elementi za postojanje krivičnog dela trgovanja ljudima čine kombinaciju više različitih aktivnosti, jer nisu rezultat delovanja samo jednog odvojenog elementa.⁶

Polazeći od ciljeva, najčešći *pojavnici* trgovine ljudima su: a) radna eksploatacija, iskorišćavanje radi prosjačenja, prisilni rad (Božić, 2016: 335–352), b) uspostavljanje ropskog ili njemu sličnog odnosa, c) iskorišćavanje radi prostitucije, pornografije i drugi oblici seksualne eksploatacije (Božić, 2016: 267–288), d) iskorišćavanje radi vršenja krivičnih dela, e) oduzimanje organa ili delova

4 Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Protokola za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice žena i djece, Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom te Protokola protiv nezakonite proizvodnje i trgovanja vatrenim oružjem, njegovim dijelovima i komponentama te streljivom kojima se dopunjuje Konvencija UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Narodne novine RH br.14/02,13/03 i 11/04.

5 Op. cit. u nap. 2.

6 Council of Europe 2005b, Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings and its explanatory report, CETS No.197, p. 38,75–76. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/PDF_Conv_197_Trafficking_Erev.pdf, (21. 09. 2017)

tela (Božić, 2016: 625–657), f) korišćenje radi učešća u oružanim sukobima⁷ i g) iskorišćavanje radi vršenja protivpravne radnje.⁸ Pojavni oblici trgovine ljudima su skoro identično pravno određeni u krivičnim zakonodavstvima Srbije i Hrvatske, s tim što je u RH data dopuna koja se odnosi na iskorišćavanje radi “činjenja protupravne radnje”.

Trgovina ljudima obuhvata više *faza*: a) *vrbovanje*, b) *transport* i c) *eksploataciju* žrtava u različitim oblicima. Proces trgovine ljudima odvija se na širem području zemalja porekla, tranzita i krajnje destinacije (Božić, 2012). *Metodologija izvršenja* krivičnih dela trgovine ljudima obuhvata pre svega prevare žrtava lažnim obećanjima o atraktivnim poslovima u inostranstvu, na koji način se žrtve dovode u zabludu o stvarnom stanju obećanog posla i mestu krajnje destinacije. Žrtve se dalje transportuju utvrđenim i kontrolisanim kanalima od zemlje porekla do zemlje destinacije. *Modus operandi* uključuje i oduzimanje ličnih dokumenta žrtvama nakon čega one postaju lica bez identiteta i postaju potpuno zavisni od trgovca.

Stanje i kretanje trgovine ljudima u svetu je danas dosta zabrinjavajuće. Prema Izveštaju Kancelarije UN za droge i kriminal (UNODOC) o trgovini ljudima iz 2016. godine, oko 70% žrtava trgovine ljudima čine mlade žene i devojke.⁹ Po podacima Međunarodne organizacije rada (ILO) godišnja zarada od prisilnog rada i pranja novca iznosi oko 150 milijardi dolara, od čega dve trećine potiče od seksualnog izrabljivanja na komercijalnoj osnovi.¹⁰

U pogledu država članica EU prema Izveštaju Evropske komisije registrovano je 15.846 žrtava trgovine ljudima. Među registrovanim žrtvama trgovine ljudima, najzastupljeniji oblik iskorišćavanja je seksualni (67 %), zatim izrabljivanje radnika (21 %) i na kraju drugi oblici iskorišćavanja (12%). Prema polu preovlađuju žene kao žrtve (76 %) i deca (15 %). Prema oficijelnoj statistici, u EU je registrovano ukupno 4.079 krivičnih predmeta i od toga 3.129 osuđujućih presuda zbog krivičnog dela trgovine ljudima.¹¹

7 Čl. 388. Krivičnog zakonika RS, „*Službeni glasnik RS*“ br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16).

8 Čl. 106 Kaznenog zakona RH, *Narodne novine* br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

9 Global Report on Trafficking in Persons 2016, United Nations, New York, 2016, dostupno na: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2016_full_report.pdf, (22. 09. 2017)

10 Izveštaj o borbi protiv trgovine ljudima u spoljnim odnosima EU (2015/2340(INI) od 13. 06. 2016, dostupno na: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016_0205+0+DOC+XML+V0//HR#title2, (22. 09. 2017).

11 Izveštaj Komisije EP i Savetu, Bruxelles, 19. 05. 2016. COM(2016) 267 final

Stanje i kretanje trgovine ljudima na prostorima Hrvatske i Srbije biće podrobnije navedeno u formi analize i prikaza krivičnih dela u nacionalnim zakonodavstvima kao i istraženog broja žrtava prema vrstama eksploatacije. Podsećamo da su obe zemlje u međuvremenu promenile status od država tranzita žrtava (mladih žena) seksualne i radne eksploatacije, pa su danas zemlje krajnjeg odredišta, porekla i tranzitne zemlje. Promeni statusa doprineo je pre svega važan geografski položaj država unutar Regiona kao i težina i posledice trgovine ljudima.

3. Pravni okvir za suzbijanje trgovine ljudima na globalnom i regionalnom nivou

a) Međunarodnopravni okvir za suzbijanje trgovine ljudima na globalnom i regionalnom nivou čine pojedine međunarodne konvencije, deklaracije, rezolucije i drugi međunarodni dokumenti koji su izvori prava u ovoj oblasti. Kao važniji ističu se Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta (Palermo konvencija),¹² zatim dopunski Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom (Protokol I)¹³ i Konvencija Saveta Evrope o suzbijanju trgovine ljudima.¹⁴

*Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (UNCATOC – UN Convention against Transnational Organised Crime)*¹⁵ je *par excellence* međunarodni dokument u borbi protiv najtežih pojava organizovanog kriminaliteta, usvojena 2000. godine u Palermu. U funkciji primene Konvencije doneti su Dopunski protokoli: Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom (Protokol I)¹⁶, Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom (Protokol II)¹⁷ i Protokol

12 Op. cit. u nap. 1. UNTS vol. 2237, 2000.

13 Op. cit. u nap. 1. UNTS vol. 2237, 2000.

14 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16/05/2005, (ETS br. 197), Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Evrope o suzbijanju trgovanja ljudima, NN, MU, br.7/07, Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, "Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 19/09.

15 Op. cit. u nap. 1.

-Zakon o ratifikaciji Konvencije UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta i Dopunskih protokola, "Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori" br. 06/01, Beograd 2001. - Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta I Dopunskih protokola, RH, NN br.14/02,13/03 i 11/04.

16 Op. cit. u nap. 1.

17 Protokol II, "Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori" br. 06/01, Beograd 2001.

protiv nezakonite proizvodnje i prometa vatrenim oružjem, njegovim delovima, sklopovima i municijom (Protokol III).¹⁸

Svrha konvencije je *unapređenje saradnje* u borbi protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Nikač, 2015: 265–290). Konvencija se primenjuje na prevenciju, istragu i sudsko gonjenje: a) teških zločina (krivičnih dela kažnjivih kaznom zatvora od min 4 g.), b) učešća u organizovanim kriminalnim grupama, c) pranja dobiti stečene kriminalom, d) korupcije i e) ometanja pravde kao krivičnog dela.¹⁹ Pojam *transnacionalnog krivičnog dela* je detaljnije određen odredbama Konvencije, što je posebno važno u razmatranju trgovine ljudima. Borba protiv pranja novca (kriminalne dobiti), borba protiv korupcije, te procesnopravne odredbe (krivično gonjenje, suđenje i izricanje presude, konfiskacija imovine, međunarodna saradnja) temelj su na kojima treba počivati pravni okvir svake države članice.²⁰ U cilju harmonizacije normi RS je novelirala KZ²¹ i ZKP,²² usvojila ZONDOSOK,²³ Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela²⁴ i Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma.²⁵ Republika Hrvatska uskladila je svoje kazneno zakonodavstvo još prilikom ulaska u članstvo EU.²⁶

Polazeći od ino elementa trgovine ljudima kao oblika transnacionalnog organizovanog kriminaliteta, poseban značaj ima *međunarodna saradnja* država potpisnica. Konvencija predviđa posebna rešenja koja se odnose na jurisdikciju, ekstradiciju, transfer lica i uzajamnu pravnu pomoć (Nikač, 2015: 79–89). Značajan mehanizam u borbi protiv trgovine ljudima su Zajednički istražni

18 Protokol III, „Sl. list SCG – Međunarodni ugovori“ br. 11/05.

19 Op. cit. u nap. 1, čl. 3.

20 *Ibid.*, čl. 5–14.

21 Krivični zakonik, „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

22 Zakon o krivičnom postupku (ZKP), *Sl. glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

23 Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela (ZONDOSOK), *Sl. glasnik RS*, br. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 58/04 – dr. zakon, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11 – dr. zakon, 101/11–dr. zakon i 32/13.

24 Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, *Službeni glasnik RS*, br. 32/13.

25 Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma, *Sl. glasnik RS* br. 20/09, 72/09 i 91/10.

Šire: Mijalković S., Bošković G., Nikač Ž., Međunarodno-pravni naponi u sprečavanju finansiranja terorizma prljavim novcem, *Strani pravni život*, br. 01/11, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011.

26 Republika Hrvatska postala je članica EU 01. 07. 2013. te je svoje zakonodavstvo uskladila shodno poglavljima 23 i 24 EU.

timovi (JIT – Joint Investigation Teams), rešenje koje su države potpisnice prihvatile u nacionalnim zakonodavstvima.²⁷ Na nivou EU usvojen je poseban *Priručnik za zajedničke istražne timove*²⁸ kao mehanizam za borbu protiv najtežih krivičnih dela organizovanog kriminala (Nikač, Božić, Simić, 2017).

Posebno značajan deo Konvencije odnosi se na uspostavljanje *specijalnih istražnih metoda i tehnika*²⁹ koji služe za dokazivanje najtežih krivičnih dela organizovanog kriminaliteta. Pomenute mehanizme države potpisnice inkorporirale su u svoje nacionalno zakonodavstvo kao važan *software* za borbu protiv organizovanog kriminaliteta, što su uradile i Srbija i Hrvatska navođenjem posebnih dokaznih radnji u ZKP.³⁰

U borbi protiv trgovine ljudima i drugih najtežih pojava oblika transnacionalnog organizovanog kriminaliteta važno mesto zauzimaju i *procesni mehanizmi za podršku u krivičnom postupku*: prenos krivičnog postupka, sankcionisanje za ometanje pravde, zaštita svedoka, pomoć i zaštita žrtava.³¹

Protokol za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, posebno žena i dece, nesporno je najbitniji akt u legislativi Palermo konvencije koji ističe multiagencijski i međunarodni pristup problemu trgovine ljudima u zemljama porekla, tranzita i finalnog odredišta. Mere prevencije trgovine ljudima i kažnjavanja lica koja se bave trgovinom ljudima, te pomoći i zaštite žrtava krucijalne su odredbe Protokola. Pomoć i podrška žrtvama trgovine ljudima odnosi se na mere poboljšanja uslova stanovanja, medicinsku, psihološku i materijalnu pomoć, obrazovanje i zaposlenje, informacije i savete. Žrtvama se posebno garantuju fizička sigurnost i materijalna potpora u skladu sa njihovim potrebama. Međusobna saradnja država zasniva se na razmeni informacija, zajedničkim aktivnostima graničnih službi i drugih organa, obuci kadrova, zaštiti putnih isprava i ličnih dokumenata.³²

27 Republika Srbija je usvojila Zakon o međunarodno-pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (ZMPPKS) koji predviđa zajedničke istražne organe, „Sl.glasnik RS“ br. 20/09.

28 Dokument SE, Brisel, 04. 11. 2011, (15790/1/11, REV 1).

29 Op. cit. u nap. 1, čl. 20 i dalje.

30 Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Odluka i Rešenje USRH, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 i 70/17.

Zakon o krivičnom postupku (ZKP), *Sl. glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

Prema ZKP kao *posebne dokazne radnje* (čl. 161–187) navode se: tajni nadzor komunikacija, tajno praćenje i snimanje, računarsko pretraživanje podataka, kontrolisane isporuke, prikriveni islednik i dr.

31 Op. cit. u nap. 1, čl. 21–27.

32 *Ibid.*, čl. 10–13.

Konvencija Saveta Evrope o suzbijanju trgovine ljudima je usvojena sa ciljem suzbijanja i sprečavanja trgovine ljudima, zaštite ljudskih prava i pomoći žrtvama, zaštite svedoka, efikasne istrage, krivičnog gonjenja i unapređenja međunarodne saradnje u suzbijanju trgovine ljudima.³³ Konvencija tretira sve pojavne oblike trgovine ljudima na nacionalnom i međunarodnom nivou, a ne samo one povezane sa organizovanim kriminalitetom. Posebno se naglašavaju nediskriminacija i nepristrasnost u postupanju i merama zaštite žrtava u odnosu na pol, rasu, boju kože, jezik, veroispovest, političko uverenje, nacionalno i socijalno poreklo, rođenje i drugi status. Podrobnije su navedena rešenja koja se tiču dece i lica do 18 godina starosti kao žrtava trgovine ljudima.

Konvencija predviđa konkretne mere sprečavanja trgovine ljudima, saradnje, zaštite i unapređenja prava žrtava kojima se garantuje ravnopravnost polova. Navodi mere u oblasti krivičnog materijalnog prava koje obuhvataju pojedine pravne institute, pitanja kriminalizacije, odgovornosti i sankcija. Tu su i mere iz oblasti krivičnog procesnog prava koje obuhvataju pitanja istrage, krivičnog gonjenja i druga procesnopravna pitanja.

U dokumentu se još naglašavaju potreba saradnje sa civilnim društvom, međunarodna saradnja i mehanizmi za praćenje primene odredaba Konvencije (GRE-TA).³⁴

b) Nacionalni okvir za suzbijanje trgovine ljudima čine norme krivičnog zakonodavstva država potpisnica, koje su po pravilu harmonizovane sa izloženim međunarodnim izvorima. Imajući u vidu zemlje porekla i rada autora ukazaćemo ukratko na krivičnopravni okvir Republike Hrvatske i Republike Srbije.

Prema čl. 106 Kaznenog zakona Republike Hrvatske³⁵ inkriminisana je trgovina ljudima kao krivično delo s propisanom kaznom zatvora od 1 do 10 godina za počinitelja koji uporabom sile ili prijetnje, obmanom, prijevarom, otmicom, zlouporabom ovlasti ili teškog položaja ili odnosa ovisnosti, davanjem ili primanjem novčane naknade ili druge koristi radi dobivanja pristanka osobe koja ima nadzor nad drugom osobom, ili na drugi način vrbuje, preveze, prevede, skriva ili prima osobu ili razmjenjuje ili prenosi nadzor nad osobom radi iskorištavanja njezinog rada putem prisilnog rada ili služenja, uspostavom ropstva ili njemu sličnog odnosa, ili radi njezinog iskorištavanja za prostituciju ili druge oblike spolnog iskorištavanja uključujući i pornografiju ili za sklapanje

33 Council of Europe Treaty Series – No.197+ Explanatory Report, Warsaw, 2005.

34 *Ibid.*

GRETA (*Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*) je osnovana pod okriljem Saveta Evrope kao nezavisno ekspertsko telo za praćenje primene Konvencije. www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/composition (01. 10. 2017).

35 Kazneni zakon Republike Hrvatske, NN br.125/11, 144/12, 56/15, 61/15

nedozvoljenog ili prisilnog braka, ili radi uzimanja dijelova njezinog tijela, ili radi njezinog korištenja u oružanim sukobima ili radi činjenja protupravne radnje.³⁶ Istom kaznom kazniče se i tko vrbuje, preveze, prevede, skriva ili prima dijete ili razmjenjuje ili prenosi nadzor nad djetetom radi uzimanja dijelova njegovog tijela,³⁷ kao i tko koristi usluge žrtve znajući da je ona žrtva trgovanja ljudima.³⁸

Izvršilac krivičnog dela trgovine ljudima čini ovo delo silom, pretnjom, prevarom ili otmicom na način da kupi, preveze, prevede, podstrekava ili posreduje u kupovini. Samo iskorišćavanje nije nužan element ovog krivičnog dela, a ukoliko do njega dođe pravno će se tretirati kao otežavajuća okolnost. Napominjemo da sama žrtva trgovine ljudima nije krivično odgovorna.

Za *kvalifikovani oblik* ovog krivičnog dela, ako je izvršeno prema detetu, ili je krivično delo izvršilo službeno lice u obavljanju svoje službe, ili je delo izvršeno u odnosu na veći broj lica, ili je svesno doveden u opasnost život jednog ili više lica, predviđena je kazna zatvora od 3 do 15 godina.³⁹

Zadržavanje, oduzimanje, skrivanje, te oštećenje ili uništenje putnih ili drugih isprava o identitetu s ciljem omogućavanja izvršenja krivičnog dela trgovine ljudima, kažnjivo je kaznom zatvora do 3 godine.⁴⁰

Prema *čl. 388 Krivičnog zakonika Republike Srbije*⁴¹ trgovina ljudima je inkriminisana kao krivično delo s propisanom kaznom zatvora od 3 do 12 godina za počinitelja koji silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti, teških prilika drugog, zadržavanjem ličnih isprava ili davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju eksploatacije njegovog rada, prinudnog rada, vršenja krivičnih dela, prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, uspostavljanja ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela ili radi korišćenja u oružanim sukobima.⁴² Kaznom zatvora od najmanje 5 godina, kazniče se izvršilac ako je krivično delo izvršeno prema maloletniku.⁴³

36 *Ibid.*, čl. 106, st. 1.

37 *Ibid.*, čl. 106, st. 2.

38 *Ibid.*, čl. 106, st. 4.

39 *Ibid.*, čl. 106, st. 3.

40 *Ibid.*, čl. 106, st. 5.

41 Krivični zakonik Republike Srbije, „*Sl.glasnik RS*“ br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14, 94/16.

42 *Ibid.*, čl. 388, st. 1.

43 *Ibid.*, čl. 388, st. 3.

Kvalifikovani oblik krivičnog dela postoji ako je nastupila teška telesna povreda nekog lica⁴⁴ i ako je nastupila smrt jednog ili više lica. U prvom slučaju kvalifikatornog oblika propisana je kazna zatvora od najmanje 10 godina, dok je u drugom slučaju kazna zatvora od 5 do 15 godina. Dodajemo da kvalifikovani oblik postoji i u slučaju ako je delo izvršeno od strane grupe, gde je predviđena kazna zatvora od najmanje 5 godina.⁴⁵ Ako je delo izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, predviđena je kazna zatvora od najmanje 10 godina.⁴⁶

Izvršilac koji zna ili je mogao znati da je lice žrtva trgovine ljudima, pa iskoristi njen položaj ili drugome omogućiti iskorišćavanje njenog položaja radi eksploatacije kazniće se kaznom zatvora od 6 meseci do 5 godina.⁴⁷ Ako je reč o maloletnom licu, predviđena je viša kazna zatvora i to od 1 do 8 godina.⁴⁸

Uporednopravnom analizom rešenja iz Kaznenog zakona RH i Krivičnog zakonika RS, evidentno je da je zaprećena kazna u zakonodavstvu RS nešto stroža (veći donji i gornji zakonski posebni minimum), što je opravdano zbog težine ovog krivičnog dela. Mišljenja smo da kaznena politika u ovoj oblasti treba biti stroga jer su žrtvama trgovine ljudima ugrožena temeljna ljudska prava zaštićena međunarodnim normama.

4. Institucionalni okvir za suzbijanje trgovine ljudima na globalnom i regionalnom nivou

Na globalnom nivou institucionalni odgovor u suzbijanju trgovine ljudima uključuje međunarodne organizacije, kao što su Ujedinjene nacije (UN) i Međunarodna organizacija kriminalističke policije (Interpol). Na regionalnom nivou, posebno na starom kontinentu, institucionalni odgovor u suzbijanju trgovine ljudima polazi od Saveta Evrope kao krovne institucije i Evropskog policijskog ureda (Europola).

Ujedinjene nacije (UN) su krovna institucija celokupne međunarodne zajednice osnovane posle II svetskog rata sa ciljem da zamene Društvo naroda i unaprede međunarodnu saradnju. U oblasti suzbijanja trgovine ljudima podsećamo na *Konvenciju o ropstvu* (1926) kao preteču današnjih dokumenata, noveliranu Protokolom od 07. 12. 1953. godine.⁴⁹ Konvencija zabranjuje trgovinu robljem i

44 *Ibid.*, čl. 388, st. 4.

45 *Ibid.*, čl. 388, st. 5.

46 *Ibid.*, čl. 388, st. 7.

47 *Ibid.*, čl. 388, st. 8.

48 *Ibid.*, čl. 388, st. 9.

49 Više: Zbirka Ugovora Kraljevine Jugoslavije 1929. str. 607.

zalaže se za potpuno ukidanje ropstva u svim oblicima, na progresivan način i uz uzajamnu pomoć država potpisnica.

Pod okriljem UN usvojena je *Opšta deklaracija o ljudskim pravima* (1948) koja zabranjuje trgovinu ljudima i predstavlja celoviti instrument zaštite ljudskih prava.⁵⁰ Prema čl. 4 Deklaracije navodi se da se niko ne sme držati u ropstvu ili sličnom odnosu, te da se ropstvo i trgovina robljem zabranjuju u svim oblicima. Sledeći važan dokument je *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* (MPGPP) usvojen 1966. godine⁵¹, koji je takođe značajan u suzbijanju trgovine ljudima. U Paktu je navedeno da niko ne sme biti podvrgnut mučenju ili okrutnom, nečovečnom ili ponižavajućem postupku ili kazni, kao i da je posebno zabranjeno podvrgavanje medicinskim ili naučnim eksperimentima bez slobodnog pristanka. Propisano je i da se niko ne sme držati u ropstvu ili u sličnom odnosu, da se ropstvo i trgovina robljem zabranjuju u svim oblicima i da se niko ne sme prisiljavati na rad (prisilan ili obavezan).⁵²

Pod okriljem UN deluje Kancelarija za droge i criminal – UNODOC (*United Nations Office on Drugs and Crime*) koja se, pored suzbijanja trgovine drogama, bavi i suzbijanjem trgovine ljudima i krijumčarenja migranata.⁵³ U okviru Kancelarije funkcioniše Model prava u suzbijanju trgovanja ljudima (*Model Law on Trafficking in Persons*)⁵⁴ radi pomoći državama članicama u sprovođenju dokumenta, prilagođavanju i izmeni postojećeg zakonodavstva. Model sadrži bitne odredbe koje se odnose na suzbijanje trgovanja ljudima, a koje bi države trebalo da inkorporiraju u nacionalno zakonodavstvo. Kancelarija je dalje usvojila Globalni program UN protiv trgovine ljudima (*Global Programme Against Trafficking in Human Beings*)⁵⁵ koji je značajan jer donosi procenu involviranosti organizovanog kriminala u oblasti trgovine ljudima.

Globalna inicijativa UN za borbu protiv trgovine ljudima (UN GIFT – *Global Initiative to Fight Human Trafficking*)⁵⁶ je pokrenuta 2007. godine u saradnji više međunarodnih organizacija, naučnih radnika i civilnog društva sa ciljem uspostavljanja efikasnijih mera suzbijanja trgovine ljudima. Vodeći princip je

50 Dostupno na: <http://www.ffzg.unizg.hr/hre-edc/.pdf>; 10. 10. 2017.

Kuriozitet je da tekst Opšte deklaracije o ljudskim pravima formalno-pravno nije objavljen u oficijelnim službenim novinama ranije SFRJ, već je objavljeno nekoliko neslužbenih prevoda.

51 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Službeni list SFRJ br. 07/71.

52 čl. 7–8. *Ibid.*

53 Dostupno na: <http://www.unodc.org/> (10. 10. 2017.)

54 Dostupno na: <http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/> (10. 10. 2017) UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf

55 Dostupno na: http://www.uncjin.org/CICP/traff_e.pdf (10. 10. 2017).

56 Dostupno na: <http://www.ungift.org/knowledgehub/> (10. 10. 2017)

da je trgovina ljudima globalni svetski problem koji zahteva isti takav pristup, uz uvažavanje nacionalnih specifičnosti. Cilj je zaštita i pomoć žrtvama trgovine ljudima, efikasan krivični progon kriminalaca, partnerstvo i međunarodna saradnja u borbi protiv trgovine ljudima.

Interpol (ICPO – *International criminal police organization*) je specijalizovana međunarodna organizacija kriminalističke policije osnovana davne 1923. godine, koja je posle UN druga najveća međunarodna organizacija u svetu. Misija Interpola je sprečavanje i borba protiv kriminala kroz pojačanu međunarodnu policijsku saradnju (Nikač, 2003: 161–194). Prema Interpolovoj klasifikaciji kriminalnih oblasti (*crime areas*) posebno je navedena i trgovina ljudima koja obuhvata tri glavna pojavna oblika: trgovinu u svrhu prisilnog rada (*Trafficking for forced labour*), trgovinu u svrhu seksualne eksploatacije (*Trafficking for sexual exploitation*) i trgovinu organima (*Trafficking of organs*).⁵⁷ Nekadašnja SFRJ bila je svojevremeno jedina socijalistička zemlja članica Intrepola, a nakon njenog prestanka sve države naslednice su pristupile Interpolu i deluju preko svojih nacionalnih centralnih biroa (NCB) kao kontakt tačaka saradnje.⁵⁸

Savet Evrope je krovna organizacija Evrope koja okuplja skoro sve države starog kontinenta čiji je član bila nekadašnja SFRJ, a danas su to države naslednice i među njima Hrvatska i Srbija. Glavni zadatak SE je jačanje demokratije, vladavina prava i zaštita ljudskih prava na evropskom kontinentu. Organizacija se pored toga bavi pitanjima koja su u vezi sa borbom protiv kriminala i u ovom slučaju suzbijanja trgovine ljudima (Horvatić, 2002: 49).

Pod okriljem SE formirana je *Radna grupa Pakta za stabilnost JIE*, zadužena za pomoć u reformi kaznenog zakonodavstva, koja je izradila regionalnu strategiju i čije se aktivnosti odvijaju na forumima predstavnika vlada država JIE.⁵⁹ Kao prioriteti u radu istaknuti su status žrtve, privremeni boravak, zaštita žrtve, prevencija trgovine decom i otklanjanje uzroka trgovine ljudima.

57 Dostupno na: <https://www.interpol.int> (15. 10. 2017)

Više: Raufer X, Quere S, *Organizirani kriminal*; Zagreb, 2008, str. 83.

Interpol funkcioniše preko linija rada u sedištu u Francuskoj i NCB u zemljama članicama kao „kontrolni toranj“ koji prima svakodnevno 6.000 poruka.

58 MUP RS, dostupno na: www.mup.gov.rs (15. 10. 2017)

MUP RH, dostupno na: <http://www.policija.hr/> (15. 10. 2017)

59 Prvi takav forum održan je 13. 12. 2000. g. u Palermu, drugi u Zagrebu 27. 11. 2001. a treći u Tirani 11. 12. 2002. na kojem je potpisana *Izjava o spremnosti legalizacije statusa žrtve trgovine ljudima* i time dat pristanak na dozvolu privremenog boravka.

Na inicijativu SE i država članica doneta je *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (1950)⁶⁰, koja predstavlja jedan od važnijih međunarodnih dokumenata u oblasti suzbijanja trgovine ljudima. Kasnije su usvojeni, te su ratifikovani i dopunski Protokoli br. 1, 4, 6, 7, 12, 13 i 14.

Europol ili Europska policijska kancelarija (*European Police Office*) je osnovan sa ciljem suzbijanja kriminalnih delatnosti na prostoru EU. Formiranje Europola je inicirano na osnovu Ugovora iz Mastrihta (1992), dok je Kancelarija oficijelno počela sa radom 1999. Godine (Nikač, Simić, 2016: 367–384). Konvencija o Europolu (1995) predviđa saradnju država članica i agencija za sprovođenje zakona kao što su policija, carina, imigracione i druge službe u borbi protiv krijumčarenja droga, imigracijskih mreža, krijumčarenja ukradenim vozilima, *trgovanja ljudima*, uključujući dječju pornografiju, krivotvorenja novca i drugih sredstava plaćanja, krijumčarenja radioaktivnim i drugim nuklearnim stvarima, kao i terorizma.⁶¹ Važan alat za rad Europola predstavlja TECS (*The Europol computer system*) koji omogućava unos, korišćenje i analizu podataka.

Prema definiciji Europola *trgovina ljudima* podrazumeva podvrgavanje lica stvarnoj i nezakonitoj vladavini druge osobe koristeći nasilje, pretnju ili zloupotrebu vlasti kako bi se lice zaintrigiralo za eksploataciju prostitucijom, različite oblike seksualne eksploatacije i napad na maloletnu i napuštenu djecu.⁶²

U cilju efikasnijeg suzbijanja trgovine ljudima, Europol je usvojio nekoliko značajnih *Preporuka* kao što su: a) implementacija posebnog zakonodavstva za suzbijanje trgovine i krijumčarenja ljudima, b) kažnjavanje trgovaca i krijumčara ljudima shodno zakonodavstvu EU, c) šira lepeza istražnih metoda, d) pravni status deteta za lica ispod 18 godina starosti, e) dozvola boravka sa ograničenim rokom za kooperativne žrtve trgovine i krijumčarenja ljudima, f) propisivanje obaveza i sankcija prevoznicima prema direktivama EU i g) adekvatna zaštita žrtava trgovine ljudima i krijumčarenja (Božić, 2012).

60 Konvenciju je ratifikovala RS, Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dopunskih Protokola, "*Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*", br. 09/03 i 05/05.

Konvenciju je ratifikovala i RH, Zakon o proglašenju Zakona o potvrđivanju konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7, 11, Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 18/97, 6/99, 8/99, 14/02.

61 Dostupno na: <https://www.europol.eurifikopa.eu/> (15. 10. 2017).

62 Convention, article. 3. of The Treaty on European Union on the Establishment of a European Police Office *Europol Convention*, Annex Referred to in Article 2.

5. Komparativni prikaz i analiza prijavljenih i evidentiranih žrtava trgovanja ljudima u Republici Hrvatskoj i Republici Srbiji

U Republici Srbiji u 2016. godini evidentirano je ukupno 57 žrtava trgovine ljudima. Žrtve su bile u većini slučajeva seksualno iskorištavane (31), dok je zabilježen i dosta velik broj žrtava višestruko eksploatiranih (11). Prema broju žrtava, na drugom mjestu je radno iskorištavanje (7), zatim na trećem prinuda na brak (4) te na četvrtom mjestu trgovina radi usvojenja (2). Dvije žrtve bile su eksploatirane radi prosjačenja (1) te radi prinude na vršenje krivičnih dela (1). Navedeni podaci prikazani su u tablici br. 1.

NAČINI EKSPLOATACIJE	ŽRTVE TRGOVANJA LJUDIMA U RS U 2016.
radna	7
seksualna	31
prinuda na brak	4
prinuda na vršenje krivičnih dela	1
prosjačenje	1
trgovina radi usvojenja	2
višestruka	11
UKUPNO	57

Tablica br.1. Broj evidentiranih žrtava trgovine ljudima prema vrsti eksploatacije u Republici Srbiji u 2016. godini.⁶³

Oblici višestruke eksploatacije prikazani su u tablici br. 2. U većini slučajeva (6 od ukupno 8) višestruka eksploatacija uključivala je seksualno iskorištavanje povezano s još jednim od oblika eksploatacije. Prinudni brak povezan je i s prosjačenjem i s radnim iskorištavanjem. Od 11 žrtava višestruko eksploatiranih, 4 žrtve bile su trostruko iskorištavane, dok je 6 žrtava dvostruko iskorištavano.

63 Prema podacima Centra za zaštitu žrtava trgovine ljudima u Beogradu.

BR.	OBLICI VIŠESTRUKHE EKSPLOATACIJE	ŽRTVE TRGOVANJA LJUDIMA
1	radna seksualna prosjačenje	2
2	radna seksualna	1
3	seksualna prinudni brak prinuda na vršenje krivičnih dela	1
4	seksualna prinuda na vršenje krivičnih dela radna	1
5	prosjačenje prinudni brak	2
6	seksualna prinudni brak	2
7	seksualna korišćenje u oružanim sukobima	1
8	prinudni brak radna	1
	UKUPNO ŽRTAVA VIŠESTRUKHE EKSPLOATACIJE	11

Tablica br. 2. Broj žrtava trgovine ljudima višestruko eksploatiranih prema oblicima iskorištavanja u Republici Srbiji u 2016. godini.⁶⁴

U Republici Hrvatskoj u 2016. godini evidentirano je ukupno 30 žrtava trgovine ljudima. Većina identificiranih žrtava bile su državljanke Republike Hrvatske u dobi od 22 do 30 godina koje su bile iskorištavane na području Republike Hrvatske od strane, uglavnom, hrvatskih državljana. Radilo se o oblicima seksualne (16) i radne (13) eksploatacije. Evidentirana je i jedna žrtva dvostruke (radne i seksualne) eksploatacije. Navedeni podaci prikazani su u tablici pod br. 3.

Valja napomenuti kako je Republika Hrvatska u početku bila isključivo tranzitna zemlja, no u posljednje vrijeme ona sve više postaje zemlja porijekla i krajnjeg odredišta žrtava trgovanja ljudima.

⁶⁴ *Ibid.*

NAČINI EKSPLOATACIJE	ŽRTVE TRGOVANJA LJUDIMA U RH U 2016.
radna	13
seksualna	16
višestruka	1
UKUPNO	30

Tablica br. 3. Broj evidentiranih žrtava trgovine ljudima prema vrsti eksploatacije u Republici Hrvatskoj u 2016. godini.⁶⁵

6. Zaključak

Trgovanje ljudima je globalni problem koji prouzrokuje ljudsku patnju žrtvama s trajnim poslasticama, a u većini slučajeva radi se o transnacionalnom zločinu svetskih razmera. To je moderan oblik ropstva i težak zločin koji predstavlja jedan od najgorih oblika kršenja ljudskih prava, neprihvatljiv u društvima utemeljenim na poštovanju ljudskih prava i osnovnih sloboda. S obzirom da je trgovina ljudima oblik organizovanog kriminaliteta u koji je uključena i nacionalna i prekogranična aktivnost nužno je postojanje usklađenog nacionalnog zakonodavstva na području svih država Evrope, prvenstveno država bivše Jugoslavije, sa zakonodavstvom EU kao i međudržavna suradnja. U borbi protiv ovog teškog zločina potrebno je utvrditi njegove korene, uzroke i globalna kretanja. Isto tako, navodimo kako su države tranzita ključne u otkrivanju izvršenih krivičnih dela trgovine ljudima budući da u toj fazi još nije započela eksploatacija žrtve.

Društveni odgovor na trgovinu ljudima je najpre *normativnopravni*. Na međunarodnom nivou važan korak je bilo usvajanje UN konvencije protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta, poznatije pod nazivom Palermo konvencija. Uz Konvenciju su usvojeni Dopunski protokoli I-III među kojima je od posebnog značaja Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom (Protokol I). Značajan normativni oslonac u borbi protiv trgovine ljudima predstavlja i Konvencija Saveta Evrope o suzbijanju trgovine ljudima. Na osnovu ovih međunarodnih dokumenata države su harmonizovale svoje unutrašnje zakonodavstvo posebno u krivičnopravnoj oblasti. Tako je Republika Hrvatska predvidela trgovinu ljudima kao samostalno krivično delo u čl. 106 KZ RH, dok je isto učinila i Republika Srbija u čl. 388 KZ RS.

⁶⁵ Prema podacima Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske.

Prema rešenju RS zaprećena je nešto stroža kazna (veći donji i gornji zakonski posebni minimum), što je, mislimo, opravdano zbog težine krivičnog dela.

Imajući u vidu činjenicu da su žrtvama trgovine ljudima ozbiljno ugrožena temeljna ljudska prava, operativni odgovor mora biti efikasniji, obuhvatiti multiagencijski pristup i svestranu međunarodnu policijsku i krivičnopravnu saradnju. Institucionalni mehanizmi borbe protiv trgovine ljudima na globalnom nivou polaze od UN i Interpola kao lidera u borbi protiv kriminala, dok su to na regionalnom nivou Savet Evrope i Europol (EU). Borba protiv trgovine ljudima na prostorima JIE danas dobija na značaju ako se imaju u vidu ilegalne migracije, opasnost od najtežih pojava oblika organizovanog kriminaliteta i posebno od terorizma.

Mišljenja smo da su Hrvatska, Srbija i zemlje Regiona napravile dobre početne korake u borbi protiv trgovine ljudima pa verujemo da će se pozitivni trend nastaviti i u njihovoj međusobnoj krivičnopravnoj i policijskoj saradnji.

Literatura

Božić, V., Nikač, Ž. (2017). *Kaznenopravni aspekti trgovine ljudima kroz prizmu zaštite maloletnih žrtava*, Beograd – Tara: Udruženje za međunarodno krivično pravo RS, Zbornik radova, str. 429–447.

Božić, V. (2012), *Trgovanje ljudskim organima kao oblik organiziranog kriminaliteta*, Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, doktorska disertacija.

Božić, V., *Labor exploitation as the most common form of the crime of trafficking in human beings in spite of the state border control and the labor market*, Collection of Papers, Faculty of Law Niš 2016, p. 335–352.

Božić, V. (2016), *Suzbijanje organizovanog kriminaliteta u svetlu pozitivnog kaznenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, Vršac: Institut za uporedno pravo, Zbornik radova, str. 285–300.

Božić, V., *Suzbijanje seksualne eksploatacije kao vodećeg oblika trgovanja ljudima u funkciji zaštite prava na život i temeljnih ljudskih prava*, Pravni život br. 9, Beograd 2016, str. 267–288.

Božić, V., *Kaznenopravni problemi transplantacije dijelova ljudskog tijela suočeni s ilegalnim tržištem ljudskih organa*, Hrestomatija hrvatskoga medicinskog prava, Pravni fakultet Zagreb 2016, str. 625–657.

Božić, V., Kesić, T. (2016), *Kaznenopravni odgovori na korupciju uz prijedloge de lege ferenda*, Beograd – Tara: KPA, Zbornik radova, Tom 1, str. 455–483.

Council of Europe 2005b, Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings and its explanatory report, CETS No.197, p. 38, 75–76.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/PDF_Conv_197_Trafficking_Erev.pdf

Dimitrijević, P., Kostić, M., Knežević, S., (2011) *Trgovina ljudima: pravna zaštita u međunarodnim i nacionalnim okvirima*, Pravni fakultet Niš.

Dokument SE, Brisel, 04. 11. 2011, (15790/1/11, REV 1).

Global Report on Trafficking in Persons 2016, United Nations, New York, 2016, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2016_full_report.pdf

Horvatić, Ž. (2002), *Djelovanje međunarodnih organizacija u suzbijanju kriminala*, Pravni fakultet, Zagreb.

Izveštaj o borbi protiv trgovine ljudima u spoljnim odnosima EU (2015/2340(INI) od 13. 06. 2016,

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-/EP/TEXT+REPORT+A8-2016_0205+0+DOC+XML+V0/HR#title2,

Izveštaj Komisije EP i Savetu, Bruxelles, 19. 05. 2016. COM(2016) 267 final

Kazneni zakon RH, Narodne novine br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

Krivični zakonik RS, „Službeni glasnik RS“ br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Službeni list SFRJ br. 07/71.

Mijalković, S., Bošković, G., Nikač, Ž., Međunarodno-pravni naponi u sprečavanju finansiranja terorizma prljavim novcem, *Strani pravni život*, br. 01/11, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011.

Nikač, Ž. (2015). *Međunarodna policijska saradnja*, Beograd: Kriminalističko-policijska akademija.

Nikač, Ž. (2016) *Važniji međunarodno-pravni izvori za suzbijanje organizovanog kriminala*, Međunarodna konferencija, Vršac: Institut za uporedno pravo i fondacija Hans Zajdel, Zbornik radova, str. 159–176.

Nikač, Ž., Božić, V., Simić, B., *Joint Investigation Teams as a mechanism of the UN Convention against transnational organized crime*, International scientific conference Archibald Reiss days, Thematic Conference Proceedings of International Significance, Beograd, 2017, p. 269–284.

Nikač, Ž., *Važniji međunarodno-pravni izvori za suzbijanje organizovanog kriminala*, Međunarodna konferencija „Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava“, Institut za uporedno pravo i fondacija Hans Zajdel, Vršac, 2016, Zbornik radova, str. 159–176.

Nikač, Ž., *Palermo konvencija i Dopunski protokoli u funkciji suzbijanja organizovanog kriminala*, Zbornik KPA, Projekat MPNTR, KPA, Beograd, 2015, str. 265–290. Podaci Centra za zaštitu žrtava trgovine ljudima u Beogradu. Podaci Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske.

Poup, J. (2004) *Antikorupcijski priručnik – suprostavljanje korupciji ili sistem društvenog integriteta*, Beograd: Transparentnost Srbija.

Raufar, X., Quere, S., *Organizirani kriminal*; Zagreb, 2008.

UN Convention against Transnational Organized Crime, 2000, UN, Treaty Series, vol. 2225.

UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons

Zbirka Ugovora Kraljevine Jugoslavije 1929.

Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela (ZONDOSOK), *Sl. glasnik RS*, br. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 58/04 – dr. zakon, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11 – dr. zakon, 101/11– dr. zakon i 32/13.

Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, *Službeni glasnik RS*, br. 32/13.

Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma, *Sl. glasnik RS* br. 20/09, 72/09 i 91/10.

Zakon o međunarodno-pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (ZMPPKS) „*Sl. glasnik RS*“ br. 20/09.

Zakon o ratifikaciji UN Konvencije protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Protokola I-II, “*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*“ br. 06/01, Beograd 2001.

Zakon o ratifikaciji (III) Protokola protiv nezakonite proizvodnje i prometa vatrenim oružjem, njegovim delovima, sklopovima i municijom, „*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*“ br. 11/05.

Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Protokola za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebice žena i djece, Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom,

morem i zrakom te Protokola protiv nezakonite proizvodnje i trgovanja vatrenim oružjem, njegovim dijelovima i komponentama te streljivom kojima se dopunjuje Konvencija UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Narodne novine RH br. 14/02,13/03 i 11/04.

Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima, NN, MU, br. 7/07.

Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, "Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 19/09.

Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Odluka i Rješenje USRH, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 i 70/17.

Zakon o krivičnom postupku, Sl. glasnik RS, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dopunskih Protokola, "Sl. list SCG – Međunarodni ugovori", br. 09/03 i 05/05.

Zakon o proglašenju Zakona o potvrđivanju konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11, Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 18/97, 6/99, 8/99, 14/02.

Web izvori

<http://www.unodc.org/>

<http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/>

http://www.uncjin.org/CICP/traff_e.pdf

<http://www.ungift.org/knowledgehub/>

<https://www.interpol.int>

<https://www.mup.gov.rs>

<http://www.policija.hr/>

<https://www.europol.eurifikopa.eu/> <http://www.ffzg.unizg.hr/hre-edc/>

www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/composition

Saša Knežević, LL.D.

*Full Professor, Department of Criminal law,
Faculty of Law, University of Niš*

Vanda Božić, LL.D.

*Research Associate, Department of Criminal law,
Faculty of Law, University of Zagreb*

Željko Nikač, LL.D.

*Full Professor,
The Academy of Criminalistic and Police Studies, Beograd*

**GLOBAL AND REGIONAL ASPECTS OF NORMATIVE AND INSTITUTIONAL
FRAMEWORK FOR COMBATING HUMAN TRAFFICKING⁶⁶**

Summary

Human trafficking is one of the most common forms of organized crime. Given the developed network of traffickers and a huge number of victims, it has attained the characteristics of a transnational crime. Particularly affected are underdeveloped countries and countries in transition, such as those in South-eastern Europe, including the countries of former Yugoslavia. This region has an important geostrategic position due to the fact that it is situated at the intersection of important international criminal routes leading to developed Western European countries. In this article, the authors discuss the normative and institutional framework of the countries in this region, analyzing the individual legislative solutions, indicating their drawbacks and examining their compliance with international standards. The paper provides an overview and analysis of crimes involving human trafficking in the territory of some countries in this region, including an overview of recorded forms of exploitation and imposed criminal sanctions. Furthermore, the authors stress the importance of international criminal justice cooperation between the countries in this region, which is crucial for combating trafficking in human beings as well as for the overall stability in the region and Europe. In the conclusion, the authors provide suggestions de lege ferenda for the purpose of efficiently combating human trafficking.

Keywords: *human trafficking, prevention, normative and institutional framework, region of South-eastern Europe, EU.*

⁶⁶ This research has been fully supported by the Croatian Science Foundation, under the project *Multidisciplinary Research Cluster on Crime in Transition-Trafficking in Human Beings, Corruption and Economic Crime* (N°. 1949)

This paper is the result of research on the project *Development of Institutional Capacity, Standards and Procedures for Countering Organized Crime and Terrorism in conditions of International Integration*, supported by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia (N°. 179045)

Dr Darko Simović,*
Redovni profesor Kriminalističko-policijske
akademije, Univerzitet u Beogradu

Dr Biljana Simeunović Patić,**
Vanredni profesor Kriminalističko-policijske
akademije, Univerzitet u Beogradu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776319S

UDK: 343.54-053.2(497.11)
UDK: 342.7-053.2

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

FIZIČKO KAŽNJAVANJE U SVETLU PRAVA DETETA

Apstrakt: Dopuštenost fizičkog kažnjavanja deteta predstavlja odstupanje od ljudskog prava na nepovredivost telesnog integriteta. Umereno i razumno fizičko kažnjavanje u okviru porodice, radi disciplinovanja deteta, dopušteno je u većini država. Takav tolerantan stav države prema praksi povrede telesnog integriteta deteta duboko je ukorenjen u tradiciji i počiva na potrebi očuvanja autonomije i dinamizma porodice, kao i na pretpostavci da nijedan roditelj ne želi da povredi svoje dete. Otuda dominira model umerene pravne intervencije u odnosima između roditelja i dece. Pravni mehanizam sankcionisanja se aktivira samo u slučaju fizičkog kažnjavanja koje za posledicu ima ozbiljne povrede ili zlostavljanje deteta. Posmatrano iz perspektive međunarodnog prava, fizičko kažnjavanje deteta je apsolutno zabranjeno. Fizičko kažnjavanje deteta u okviru porodice, škole ili u zavodu za sprovođenje sankcija predstavlja povredu njihovog ljudskog dostojanstva, prava na fizički integritet, kao i povredu načela jednakosti pri ostvarivanju zaštite prava. Imajući te činjenice u vidu, kada je o ljudskim pravima reč, na ovom polju najdublji je raskorak između međunarodnih standarda i nacionalnih pravnih rešenja. Ipak, sve snažniji je trend o nužnosti apsolutne zabrane fizičkog kažnjavanja, ali ne u cilju represivnog delovanja i sankcionisanja takvog ponašanja roditelja, već u cilju edukovanja javnosti i radi promene javne svesti upotrebom pravnih sredstava. Jer, takav anahroni vid disciplinovanja deteta ostavlja

* darko.simovic@kpa.edu.rs

** biljana.sp@kpa.edu.rs

dalekosežne posledice i značajno je povezan sa antisocijalnim ponašanjem i mentalnim problemima u odraslom dobu.

Ključne reči: *prava deteta, fizički integritet, fizičko kažnjavanje, fizičko zlostavljanje, Evropski sud za ljudska prava.*

1. Uvod

Izrazito osetljiv položaj dece, uzrokovan njihovim neprestanim psihofizičkim razvojem i egzistencijalnom zavisnošću od odraslih, čini nužnim da pored opšteg pravnog režima zaštite ljudskih prava bude ustanovljena i dopunska pravna zaštita deteta. Postepeno razvijanje društvene svesti o tome da decu treba tretirati kao posebnu kategoriju ljudi, zbog njihovih osobenih potreba usled ranjivog položaja, imalo je za posledicu nastanak posebnih prava deteta, kao i međunarodnih instrumenata njihove zaštite.

Uprkos snažnom trendu ka neprestanom razvijanju, obogaćivanju i snaženju ove relativno nove kategorije ljudskih prava, prava deteta imaju i svoje naličje. S jedne strane, pored opšteg režima ljudskih prava, koja ona uživaju u obimu primerenom svom uzrastu, deca raspoložu i nizom osobenih dopunskih prava koja doprinose njihovoj sveobuhvatnijoj i delotvornijoj pravnoj zaštiti. S druge, neka od osnovnih ljudskih prava deteta, poput prava na ljudsko dostojanstvo, ravnopravnost, fizički i psihički integritet, jednakost pri ostvarivanju zaštite prava – grubo su narušena u onim pravnim sistemima koji dopuštaju fizičko kažnjavanje.

Otuda, sagledano iz vizure ljudskih prava, deluje sasvim uverljivo tvrdnja da je upravo na ovom polju najdublji raskorak između međunarodnih standarda i nacionalnih pravnih poredaka. I pored sveopšteg međunarodnog trenda o nužnosti apsolutne zabrane svakog vida fizičkog kažnjavanja, brojčano dominiraju one države koje tolerišu primenu ove metode vaspitavanja deteta. Studija Ujedinjenih nacija o nasilju ukazuje na to da je, u zavisnosti od regiona, između 80 i 98% dece izloženo nekom obliku fizičkog kažnjavanja u svojim domovima, dok je približno 1/3 dece izložena ozbiljnijim oblicima kažnjavanja uz upotrebu nekog predmeta koji izaziva viši stepen bola, a potencijalno i veću mogućnost telesnog povređivanja.¹ Umesto da zaštite decu kao posebno ranjivu društvenu skupinu, države koje dopuštaju fizičko kažnjavanje sprovede

1 Report of the Independent Expert for the United Nations Study on Violence against Children, UN Doc. A/61/299, para 28.

diskriminaciju po osnovu starosne dobi, pretvarajući decu u građane drugog reda.

Komparativno posmatrano, umereno i razumno fizičko kažnjavanje u okviru porodice dopušta većina država (Simović, Simeunović Patić, 2016: 1160–1166). Preovladava model umerene pravne intervencije u odnosima između roditelja i dece koji podrazumeva krivičnopravno sankcionisanje samo onih slučajeva fizičkog kažnjavanja koji za posledicu imaju ozbiljnije povrede ili zlostavljanje deteta. Premda deluje apsurdno, postoji gledište koje opravdanost fizičkog kažnjavanja zasniva na pravu deteta da uči na način koji je njemu najadekvatniji i najrazumniji (Shumeli, 2007: 58). Naime, apsolutna zabrana fizičkog kažnjavanja, kao i uverenje da je ovakav vid vaspitavanja pogrešan i nepoželjan, može voditi ka širokoj neosetljivosti na konkretne, nužne potrebe nekog deteta (Shumeli, 2007: 66). Ujedno, tolerisanje umerenog, razumnog i povremenog fizičkog kažnjavanja u skladu je sa očuvanjem zahteva privatnosti, autonomije i dinamizma savremene porodice. Uz uvažavanje prava deteta, roditeljima se ostavlja široko područje slobode da pronađu i primenjuju optimalnu metodu vaspitanja saglasno karakteru svakog deteta ponaosob. Otuda, i dalje preteže broj onih država koje istrajavaju u konzervativnom nastojanju da treba sankcionisati samo slučajeve zlostavljanja deteta, ali ne i oblike blagog, umerenog i opravdanog fizičkog kažnjavanja motivisanog njegovom dobrobiti.

2. Fizičko kažnjavanje – disciplinovanje i/li zlostavljanje

Izazivanje telesnog bola u vaspitnom procesu zasniva se na dve premise: da je kažnjavanje jedini delotvoran (ili najdelotvorniji) način da se utiče na ponašanje deteta, i da je strah od fizičkog bola jedini efektivan (ili najefektivniji) korektiv detetovog ponašanja (Simović, Simeunović Patić, 2016: 1167). Premda predstavlja samo jedan od mogućih načina socijalizovanja, postoji uverenje da je u pojedinim slučajevima strah od telesne kazne jedini delotvoran način disciplinovanja deteta. Prema tome, saglasno takvom gledištu, telesno kažnjavanje pronalazi opravdanje kada mu roditelj pribegava u nuždi, primenjujući ga supsidijarno, kao krajnje sredstvo.

Budući da je, za razliku od zlostavljanja, fizičko kažnjavanje dopušteno u pretežnijem broju država, neophodno je pojmovno razgraničiti ova dva oblika povrede fizičkog integriteta deteta. Fizičko kažnjavanje se uobičajeno određuje kao „upotreba fizičke sile sa namerom izazivanja bola, ali bez povređivanja, radi popravljanja ili kontrolisanja detetovog

ponašanja“ (Straus, 2010: 1–2). Načelno, telesno kažnjavanje bi se moglo smatrati opravdanim i prihvatljivim samo ako je nužno i primenjeno s ciljem disciplinovanja i vaspitavanja deteta, a razumnim samo ukoliko je podobno da proizvede željene, uz izbegavanje negativnih posledica. Pri tome, zaustavljanje i onemogućavanje deteta u opasnom, destruktivnom ili autodestruktivnom ponašanju primenom sile, u situacijama u kojima se ona može smatrati nužnom, ne ulazi u pojam fizičkog kažnjavanja, premda ono može uslediti neposredno nakon onemogućavanja deteta u štetnoj radnji.

Pojam fizičkog zlostavljanja se u literaturi različito određuje, a među široko prihvaćenim jesu definicija Svetske zdravstvene organizacije prema kojoj fizičko zlostavljanje podrazumeva namernu primenu fizičke sile prema detetu koja rezultuje ili može rezultovati oštećenjem detetovog zdravlja ili ugrožavanjem njegovog opstanka, razvoja ili dostojanstva (World Health Organization, 2006: 10), i medicinska definicija prema kojoj fizičko zlostavljanje podrazumeva prouzrokovanje telesne povrede deteta sa okrutnošću i/ili zlonamerno (WebMD, 2008: 80).

Kriterijumi za razgraničenje dopuštenog kažnjavanja i zlostavljanja jesu intenzitet primenjene sile i svrha njene primene, te se pod fizičkim kažnjavanjem podrazumeva primena fizičke sile kojom se kod deteta izaziva osećaj bola, ali ne i povreda, s ciljem popravljavanja ili kontrole njegovog ponašanja. Dakle, telesno kažnjavanje je dopušteno uz kumulativno ispunjenje zahteva koji se odnose na intenzitet primenjene sile i na svrhu zbog koje je ta fizička sila primenjena. Primarna svrha fizičkog kažnjavanja je, u većini slučajeva, zaustavljanje neprihvatljivog detetovog ponašanja, odnosno efektivno prinuđivanje deteta na trenutnu poslušnost. No, ciljevi telesnog kažnjavanja deteta se u ovome ne iscrpljuju. Njime se, kao i kažnjavanjem uopšte, u krajnjoj liniji cilja na opšte popravljavanje detetovog ponašanja, bilo kroz preobražaj utemeljen na samouvidu i internalizaciji društvenih normi i prihvatljivih oblika ponašanja, ili kroz izbegavanje određenog ponašanja čije su posledice u vidu telesne kazne stavljene detetu u izgled (Simović, Simeunović Patić, 2016: 1167).

Imajući u vidu da je i svrha zbog čega se to čini konstitutivni element definicije fizičkog kažnjavanja, zlostavljanje deteta postoji ne samo pri ozbiljnijem telesnom povređivanju, već i u slu čaju blažeg, ali kontinuiranog izazivanja bola kod deteta, pri čemu to nije motivisano vaspitnim razlozima i popravljanjem njegovog ponašanja. Kao granični slučaj između fizičkog kažnjavanja i zlostavljanja je izazivanje

telesnog bola kod deteta kao posledice uzvraćanja (obično u stanju povišenog afektnog stanja) zbog nelagode i frustracije roditelja izazvane detetovim odbijanjem poslušnosti. Telesno kažnjavanje deteta, ma kako da se opravdava, neretko ima karakter impulsivnog ljutitog uzvraćanja detetu zbog prkošenja roditeljskom autoritetu. Nesporno je da impulsivnu primenu telesnog kažnjavanja, čija je težišna svrha emocionalno rasterećenje, pri čemu su batine obično praćene vikom, verbalnim zastrašivanjem ili omalovažavanjem deteta, treba tretirati kao nedopuštenu, odnosno kao oblik zloupotrebe moći od strane roditelja ili staratelja (Simović, Simeunović Patić, 2016: 1170).

Povređivanje deteta u osnovi može biti namerno, ili pak neželjeni ishod ekscesivnog fizičkog kažnjavanja preduzetog s ciljem disciplinovanja. Među istraživačima, međutim, nema saglasnosti o tome gde, na kontinuu ofanzivnog fizičkog postupanja prema detetu, treba povući granicu između prihvatljivog „nezlostavljajućeg“ fizičkog kažnjavanja i fizičkog zlostavljanja deteta. Osnovi razgraničenja na koje se obično upućuje jesu intenzitet i selektivnost fizičkog delovanja na telo deteta i motiv s kojim je telesna kazna primenjena. Dok je svrha fizičkog kažnjavanja u opštem smislu učenje deteta da razlikuje dobro od lošeg, prihvatljivo od neprihvatljivog ponašanja, primena telesne kazne radi kontrolisanja deteta dovođenjem u stanje hroničnog strahovanja od telesnog bola predstavlja instrument fizičkog i emocionalnog zlostavljanja, koje upadljivo odlikuju nepredvidivost i intenzivni negativni emocionalni izlivi roditelja ili staratelja prilikom primene kazne.

U teoriji postoji nastojanje da se dopušteno fizičko kažnjavanje još restriktivnije postavi. Tako se pored intenziteta upotrebljene fizičke sile i svrhe njene upotrebe, kao element definicije pojavljuje i način telesnog kažnjavanja. Naime, dopušteno telesno kažnjavanje podrazumeva upotrebu fizičke sile otvorenom šakom (Gershoff, 2010: 33), dok bi upotreba bilo kakvih predmeta telesno kažnjavanje preobrazila u zlostavljanje deteta. Istovremeno, bilo je i pokušaja da se na osnovu istraživanja utvrdi starosna dob deteta u kojoj izazivanje fizičkog bola može biti nužan i delotvoran metod vaspitavanja. Pojedine studije ukazuju na to da fizičko kažnjavanje može imati pozitivne efekte samo za decu od dve do šest godina starosti i to isključivo ukoliko se ostvaruje sa najviše dva udarca otvorenom šakom po stražnjici (Orentlicher, 1998: 172).

Sagledano iz vizure uporednopravnih rešenja i sudske prakse, veći broj država kao akte zloupotrebe predviđa one koji stvaraju rizik ili stvaran rizik za fizičko povređivanje deteta (Lambelet Coleman et al., 2010: 114). U pojedinim državama koje dopuštaju fizičko kažnjavanje, sudovi su nastojali da što preciznije razgraniče upotrebu fizičke sile prema detetu koja ima za cilj disciplinovanje od akata zlostavljanja. Primera radi, u sudskoj praksi Kanade precizirano je da fizičko kažnjavanje deteta ne sme biti posledica ljutnje ili besa, da se ne sme sprovesti nepromišljeno ili usled gubitka kontrole, pri čemu dete ne sme biti ugroženo ili uplašeno (Shumeli, 2010: 284). Osetljivi delovi tela, poput glave, ne smeju biti udarani, a šutiranje nogom i davljenje izlazi iz sfere dopuštenog vida fizičkog kažnjavanja, bez obzira na intenzitet bola koji je tom prilikom izazvan (Shumeli, 2007: 74).

Ipak, razliku između dopuštenog fizičkog kažnjavanja i zlostavljanja nije moguće ustanoviti na potpuno jasan i precizan način. Opravdanost intenziteta fizičkog bola izazvanog kod deteta zavisi od niza okolnosti i neophodno ga je procenjivati u svakom konkretnom slučaju. Tako je sudska praksa Ujedinjenog Kraljevstva precizirala da pravni standard umerenosti i razumnosti telesne kazne treba sagledati u odnosu na: 1) sve okolnosti slučaja; 2) starost i fizičko stanje deteta; 3) trajanje udaraca; 4) intenzitet udaraca (Shumeli, 2007: 70). Jer, ono što je u jednoj situaciji neophodan intenzitet bola da bi se korigovalo ponašanje deteta, u nekoj drugoj situaciji, zbog osobenog fizičkog i psihičkog stanja deteta, može biti okvalifikovano zlostavljanjem.

3. Apsolutna zabrana fizičkog kažnjavanja u svetlu međunarodnog prava ljudskih prava

Prva međunarodna deklaracija o pravima deteta usvojena je 1924. godine u okviru Društva naroda (Freeman, 2010: 213). Reč je o Deklaraciji o pravima deteta, tzv. Ženevskoj deklaraciji koja je proklamovala da čovečanstvo duguje detetu ono najbolje što može da mu pruži.² Ustanovljeno je pet principa koji apostrofiraju dobrobit deteta, ali nijedan od njih nije se doticao dopuštenosti fizičkog kažnjavanja. Međutim, ovaj dokument, budući apel za iskazivanje dobre volje u sferi afirmisanja prava deteta, a ne pravno obavezujući akt, nije imao značajnijeg uticaja na društvenu realnost.

² Geneva Declaration of the Rights of the Child, Adopted 26 September, 1924, League of Nations.

Tri i po decenija kasnije od ovog prvog neuspešnog pokušaja internacionalizovanja prava deteta, usvojena je Deklaracija o pravima deteta u okviru Ujedinjenih nacija 1959. godine.³ Drugi princip ove deklaracije naglasio je da deci treba obezbediti „mogućnosti i sredstva za zdrav i pravilan fizički, psihički, moralni, duhovni i društveni razvoj u uslovima slobode i dostojanstva“. Osim toga, pri ostvarivanju ovog cilja, poseban značaj se pridaje najboljem interesu deteta. Značaj ovog akta je nesporan jer se prvi put dostojanstvo deteta institucionalizuje i priznaje međunarodnim dokumentom (Freeman, 2010: 214). Kada je reč o odnosu roditelja i dece, Deklaracija predviđa da su najbolji interesi deteta rukovodeći princip za one koji su odgovorni za detetovo obrazovanje i usmeravanje. Premda ni ova deklaracija ne pominje telesno kažnjavanje, sagledano iz perspektive dva novoproklamovana rukovodeća načela pri ostvarivanju prava deteta, jasno je da upotreba fizičke sile pri vaspitavanju nije u skladu sa dostojanstvom deteta, a ni sa njegovim najboljim interesom. Dakle, ovom deklaracijom je načinjen inicijalni korak ka međunarodnopravnom stanovištu da je izazivanje bola udaranjem deteta pogrešno (Freeman, 2010: 214).

Najznačajniji međunarodni dokument na ovom polju je Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta usvojena 1989. godine.⁴ Za razliku od minulih međunarodnih instrumenata koji su prava deteta samo fragmentarno uređivali, ova konvencija je na sveobuhvatan način uredila ovu oblast (Simović, Avramović, Zekavica, 2013: 285–290). Reč je o prvom međunarodnom dokumentu koji neposredno štiti decu od nasilja. Prema članu 19 Konvencije, države imaju obavezu da preduzimaju „odgovarajuće zakonske, administrativne, socijalne i obrazovne mere za zaštitu deteta od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povređivanja ili zlostavljanja, zapostavljanja ili nemarnog postupanja, maltretiranja ili eksploatacije, uključujući seksualno zlostavljanje, dok je pod brigom roditelja, zakonskih zastupnika ili bilo koje druge osobe koja se brine o detetu“. Mada i u ovom slučaju telesno kažnjavanje nije izričito pomenuto, prema opštim smernicama za sastavljanje periodičnih izveštaja, države su obavezane da naznače sve preduzete mere u pogledu usvojenih pravnih propisa koji se odnose na zabranu svih oblika nasilja, uključujući i telesno kažnjavanje.⁵

3 Declaration of the Rights of the Child, Proclaimed by General Assembly Resolution 1386(XIV) of 20 November 1959.

4 Convention on the Rights of the Child, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989.

5 Committee on the Rights of the Child, *General Guidelines for Periodic Reports*, 88, 92, U. N. Doc. CRC/C/58, 22–23 (Nov. 20, 1996).

Na osnovu izveštaja država potpisnica Konvencije, Komitet je zaključio da je praksa telesnog kažnjavanja izrazito raširena i tradicionalno ukorenjena, kao i da u javnom mnjenju pretežnijeg broja država dominira uverenje o njenoj opravdanosti. To je bio podsticaj da Komitet izda brojne preporuke o zabrani telesnog kažnjavanja i da promoviše nultu toleranciju takvog vida sankcionisanja neprihvatljivog ponašanja deteta (Cvejić Jančić, 2015: 7–8). Kao krunu tih aktivnosti Komitet je usvojio Opšti komentar broj 8, naslovljen „Zaštita od telesnog kažnjavanja i ostalih okrutnih ili ponižavajućih oblika kažnjavanja“⁶, a njegovo donošenje je motivisano „strategijom smanjivanja i sprečavanja svih oblika nasilja u društvu“. Komitet u tački 11 definiše „telesno“ ili „fizičko“ kažnjavanje „kao bilo koje kažnjavanje u kojem se primenjuje fizička sila i koje ima za nameru da nanese izvestan stepen bola ili neugodnosti, ma koliko da je blag. U najvećem broju slučajeva to podrazumeva udaranje dece (‘batine’, ‘šamaranje’, ‘udaranje po stražnjici’) rukom ili nekim sredstvom – bičem, štapom, kaišem, cipelom, varjačom, itd. Ali može takođe da obuhvata, na primer, šutiranje, drmsanje ili bacanje dece, grebanje, štipanje, ugrizanje, vučenje za kosu ili udaranje po ušima, primoravanje dece da budu u neugodnom položaju, nanošenje opekotina, parenje dece vrelom vodom ili nasilno gutanje (na primer, pranje usta deci sapunom ili primoravanje dece sa gutaju ljute začine). Stav Komiteta je da je telesno kažnjavanje bez izuzetka ponižavajuće. Osim toga, postoje i drugi nefizički oblici kažnjavanja koji su takođe okrutni i ponižavajući i samim tim u suprotnosti sa Konvencijom. To podrazumeva, na primer, kažnjavanje kojim se deca omalovažavaju, ponižavaju, kleveću, dovode u situaciju da ispaštaju za tuđu krivicu, ugrožavaju, plaše ili izlažu podsmehu drugih“.

Prema tome, Komitet za prava deteta ne toleriše pravnu dopuštenost umerenog fizičkog kažnjavanja deteta. U nameri da takva praksa bude iskorenjena, Komitet ističe da pravna reforma nije dovoljna, već je nužno i „da se u profesionalnim etičkim kodeksima i smernicama za nastavnike, lica koja se staraju o detetu i ostale, kao i u pravilnicima ili statutima institucija naglasi nezakonitost telesnog kažnjavanja i drugih okrutnih ili ponižavajućih oblika kažnjavanja“ (tačka 35). Dakle, pravna reforma je samo jedan od neophodnih, i to početnih, koraka, a za iskorenjivanje prakse telesnog kažnjavanja nužno je edukativnim putem uticati na promenu društvene svesti.

6 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 8: The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment, U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (Mar. 2, 2007).

Najzad, ukoliko bi trebalo sumirati dosadašnje izlaganje, sagledano iz perspektive međunarodnog prava ljudskih prava, nedvosmisleno se zaključuje da je fizičko kažnjavanje deteta apsolutno zabranjeno.

4. Fizičko kažnjavanje u svetlosti jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava

Više je slučajeva u kojima se Evropski sud za ljudska prava (ubuduće: Evropski sud) izjašnjavao o tome da li fizičko kažnjavanje deteta predstavlja povredu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (ubuduće: Evropska konvencija). Većina tih predmeta odnosila se na Veliku Britaniju koja je, u međuvremenu, unekoliko modernizovala svoj pravni sistem, ali još uvek nije apsolutno zabranila fizičko kažnjavanje deteta.

Prvi slučaj u kome se Evropski sud izjašnjavao o ovom vidu povrede telesnog integriteta deteta ticao se pravno institucionalizovanog sankcionisanja maloletnih prestupnika telesnim kaznama od strane države. Reč je o slučaju *Tyrer v United Kingdom* (1978), koji se odnosio na petnaestogodišnjaka sa Ostrva Men, sankcionisanog od lokalnog maloletničkog suda sa tri udaraca šibom zbog napada na drugog učenika. Sankcija je izvršena u lokalnoj policijskoj stanici u prisustvu njegovog oca i doktora, koji je trebalo da proceni da li je dečak sposoban da primi telesnu kaznu. Telesnu sankciju šibom po stražnjici izvršio je policijski službenik. Uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, prema stanovištu Evropskog suda, došlo je do povrede člana 3 Evropske konvencije, jer je ovaj vid telesnog kažnjavanja okvalifikovan ponižavajućim. Iako nije trpeo ozbiljne i dugotrajne fizičke posledice zbog izvršenja ove telesne kazne, činjenica da je dečak sveden na objekat u rukama državnih organa bila je dovoljna da se utvrdi povreda člana 3 koji je i ustanovljen radi zaštite ljudskog dostojanstva i telesnog integriteta.

Međutim, ovakvo rezonovanje Evropskog suda nije jednoglasno prihvaćeno. U izdvojenom mišljenju istaknuto je da je član 3 rezervisan za ozbiljnije povrede telesnog integriteta, u koje se ne može svrstati telesno kažnjavanje.⁷ Bez obzira na to što druge države nemaju ovakav oblik pravnog sankcionisanja, to ne znači da telesno kažnjavanje automatski treba podvesti pod nehumano ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje. I u teoriji se moglo susresti kritikovanje ovog gledišta, budući da je Evropski sud, bez odgovarajućeg i uverljivog obrazloženja,

⁷ Separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice.

doneo odluku o povredi člana 3 Evropske konvencije (Phillips, 1994: 159). Ipak, treba imati u vidu činjenicu da Evropska konvencija nije statična i nepromenljiva interpretacija u vremenu okamenjenih normi, već da ona neprestano evoluirala (Simović, Avramović, Zekavica, 2013: 382–384). Sloboda od zlostavljanja u svetlu savremenih okolnosti interpretira se na način da je primena člana 3 Evropske konvencije proširena i na oblasti kao što su ekstradicija, imigracija, rasna diskriminacija, zadržavanje mentalno obolelih lica i telesno kažnjavanje (Phillips, 1994: 154).

Početakom 80-ih godina minulog veka više predstavki podneto je protiv Velike Britanije zbog prakse telesnog kažnjavanja u obrazovnom sistemu. Prvi, a ujedno i najreprezentativniji, kada je reč o rezonovanju Evropskog suda na ovom polju, bio je slučaja *Campbell and Cosans v UK* (1982). Predstavku su podnele majke dvojice učenika u Škotskoj koje su se žalile na sprovođenje školskim pravilnikom institucionalizovanih disciplinskih mera telesnog kažnjavanja, udaranjem šibom po dlanovima. Suspendovanje jednog od učenika zato što je odbio da prihvati telesnu kaznu bio je povod za podnošenje predstavke. U ovom slučaju, Evropski sud nije mogao da odlučuje o povredi člana 3 Evropske konvencije, jer izrečena disciplinska mera telesnog kažnjavanja nije sprovedena ni na jednom od dvojice učenika. Međutim, Evropski sud je utvrdio povredu člana 2 Prvog protokola Evropske konvencije koji jamči obrazovanje i nastavu u skladu sa verskim i filozofskim uverenjima roditelja. Prema stanovištu Evropskog suda član 2 Prvog protokola ima znatno šire značenje, tako da obuhvata svaku sferu obrazovanja, uključujući i disciplinu. Naime, „obrazovanje dece je celovit proces, u kome se, u svakom društvu, odrasli trude da mladima prenesu svoja uverenja, kulturu i druge vrednosti, dok se podučavanje ili obučavanje odnosi na prenošenje znanja i intelektualni razvitak“. U skladu sa takvim stanovištem, Evropski sud je utvrdio da se telesno kažnjavanje ne može smatrati isključivo disciplinskom merom održavanja reda u školi, već da je ona jedan od segmenata obrazovnog procesa. Imajući u vidu da praksa telesnog kažnjavanja nije bila u skladu sa njihovim uverenjima, Sud je utvrdio povredu Konvencije, budući da ona jamči pravo roditelja da decu obrazuju u skladu sa svojim filozofskim nazorima.

Ovo gledište Evropskog suda imalo je za posledicu ustanovljavanje obaveze za Ujedinjeno Kraljevstvo da obezbedi da nijedan učenik ne bude podložan telesnim kaznama, ukoliko njegovi roditelji nisu saglasni sa tim. Zakonskim promenama iz 1986. godine, telesno kažnjavanje je ukinuto u javnom obrazovnom sistemu Ujedinjenog Kraljevstva, dok su

privatne obrazovne ustanove zadržale ovaj vid disciplinovanja učenika značajan vremenski period nakon toga. Naime, do potpune zabrane telesnog kažnjavanja u obrazovnom sistemu Engleske i Velsa došlo je 1999. godine, Škotske 2000. godine, a Severne Irske tek 2003. godine (Freeman, 2010: 235).

Naposletku, pred Evropskim sudom se postavilo i delikatno pitanje fizičkog kažnjavanja od strane roditelja. Ilustrativan je slučaj *A v UK* (1998) u kome je Evropski sud zauzeo gledište da je fizičko kažnjavanje desetogodišnjeg dečaka u Engleskoj od strane njegovog očuha predstavljalo ponižavajuće kažnjavanje suprotno članu 3 Evropske konvencije. Naime, utvrđeno je da je dete bilo telesno povređivano baštenskim štapom po zadnjici i po listovima nogu. Imajući u vidu da su modrice na telu dečaka bile različite boje i intenziteta, bilo je jasno da je dete u više navrata dobijalo batine. U postupku pred nacionalnim pravosuđem nije osporeno pravo očuha da disciplinuje dete, a kada je reč o konkretnim okolnostima slučaja nacionalni sud nije utvrdio odgovornost očuha za nanošenje povreda dečaku, jer su prema njegovom stanovištu preduzete mere bile razumne i opravdane. Međutim, Evropski sud je utvrdio odgovornost Ujedinjenog Kraljevstva zato što nacionalno zakonodavstvo dozvoljava „razumno kažnjavanje“, a da pri tome nije obezbeđena odgovarajuća pravna zaštita deteta, uklju čujući i „efikasno odvracanje“ od takvog vida disciplinovanja. Dečak je dobio materijalnu satisfakciju u visini od 10.000 funti zato što je konstantno bio izložen udarcima baštenskim štapom.

Zaključak koji se nameće iz ovog slučaja je da je Evropski sud osporio koncept „razumnog kažnjavanja“ od strane roditelja. Slučaj *A v UK* (1998) označava prekretnicu budući da je Evropski sud telesno kažnjavanje od strane roditelja prvi put tretirao kao povredu člana 3 Evropske konvencije i na taj način tumačenjem ovaj dokument približio zahtevima Konvencije o pravima deteta (Bitensky, 2006: 94). Sagledano iz vizure nacionalnog pravnog poretka Ujedinjenog Kraljevstva, ova odluka Evropskog suda je podstakla njegovu dalju promenu na ovom polju. Ipak, fizičko kažnjavanje nije potpuno zabranjeno, već je zakonskim izmenama iz 2004. godine restriktivnije postavljena njegova dopuštenost. Ta blaga korekcija zakonskih rešenja i dalje izaziva kritiku.

5. Nacionalna rešenja - između tradicije i međunarodnih standarda

Mada su na ovom polju, načelno posmatrano, nacionalni pravni sistemi unekoliko modernizovani, činjenice ukazuju na to da i dalje pretežu one države u kojima je telesno kažnjavanje dopušteno. Države su daleko manje tolerantne kada je reč o fizičkom kažnjavanju deteta u obrazovnim institucijama. U 88 država ovakav vid kažnjavanja nije zabranjen, dok veći broj država, njih 109, zabranjuje telesno kažnjavanje deteta od strane nastavnika ili drugih osoba koje su odgovorne za njihovo obrazovanje (Atkin, 2015: 102). Nijedna evropska država ne dopušta fizičko kažnjavanje u obrazovnim institucijama. Kada je o roditeljima reč, 51 država apsolutno zabranjuje fizičko kažnjavanje deteta.⁸ Pravni sistemi preostalih država ne zadiru u sferu roditeljskog prava i slobode prilikom odabira optimalnog metoda vaspitavanja deteta, a do pravne intervencije dolazi isključivo u slučaju ozbiljnih telesnih povreda ili zlostavljanja deteta. Republika Srbija je i dalje u okviru grupe država koje ne predviđaju apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja.

Za ilustriranje umerene pravne intervencije u odnosima između roditelja i dece može poslužiti anglosaksonski pravni milje. SAD, Kanada i Australija se opiru potpunom modernizovanju svojih pravnih sistema, tako da ove države i dalje tolerišu fizičko kažnjavanje od strane roditelja, kao i praksu institucionalizovanog telesnog kažnjavanja u obrazovnim institucijama.

U ovom segmentu najviše zaostaje Kanada čiji Krivični zakonik iz 1985. godine dopušta roditeljima, ali i učiteljima u školi, da udare dete u obrazovne svrhe, ukoliko su zadovoljeni zahtevi umerenosti i razumnosti.⁹ U odluci iz 2004. godine, Vrhovni sud Kanade je potvrdio da nema suštinskih razlika u sprovođenju fizičkih kazni od strane roditelja ili nastavnika sve dok je svrha fizičkog kažnjavanja usmerena u pravcu obrazovanja, a ne radi sprovođenja kazne radi nje same. Precizirani su pravni standardi umerenosti i razumnosti pri fizičkom kažnjavanju koji, između ostalog, podrazumevaju da deca mlađa od dve godine, a starija od 12 godina, kao i deca sa posebnim potrebama ne mogu biti fizički kažnjavana.¹⁰

8 Vid. www.endcorporalpunishment.org/progress/prohibiting-states/

9 Section 43 of the Criminal Code 1985 ("Protection of Persons in Authority").

10 Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 SCR 76, 2004 SCC 4 (CanLII).

Pravo SAD je takođe izrazito konzervativno u sferi dopuštenosti fizičkog kažnjavanja deteta. Fizičko kažnjavanje se smatra fundamentalnim segmentom prava deteta da dobije odgovarajuće vaspitanje, kao i obaveze roditelja da obrazuje i popravlja ponašanje deteta sve dok upotrebljena fizička sila nije preterana (Shumeli, 2007: 58). Međutim, za razliku od Kanade koja jednoobrazno na nacionalnom nivou uređuje ovu oblast, materija krivičnog prava je podeljena između nacionalnog nivoa i federalnih jedinica. Otuda razlike u pravnom regulisanju fizičkog kažnjavanja u američkim državama. Načelno iskazano, fizičko kažnjavanje deteta je dopušteno u svim državama od strane roditelja ili staratelja ukoliko je umereno i razumno (Cope, 2010: 168–170). Ono je opravdano ukoliko je usmereno u pravcu „odgovarajućeg vaspitanja ili obrazovanja ili za sprovođenje discipline“. Sudovi su izrazito tolerantni prema fizičkom kažnjavanju deteta, tako da se roditelji kažnjavaju izuzetno i to jedino ukoliko svojim vaspitnim metodama disciplinovanja izazovu teže povrede ili zlostavljaju dete (Orentlicher, 1998: 148). Vrhovni sud je u odluci *Ingraham v. Wright* 1977. godine zaključio da fizičko kažnjavanje u obrazovnim institucijama nije u suprotnosti sa Osmim amandmanom na Ustav SAD, jer je on usvojen da zaštiti učinioce krivičnih dela, a ne učenike koji su fizički kažnjeni od svojih nastavnika. Budući u skladu sa Ustavom, u značajnom, ali ispotporelovičnom broju američkih država, fizičko kažnjavanje je dopušteno i u obrazovnom sistemu. Za poslednje dve decenije, 23 države u SAD su zabranile kažnjavanje u školama (Fuller, 2011: 13). Trenutno 19 država dopušta fizičko kažnjavanje u javnim i privatnim školama.¹¹

Kao produkt istog pravnog nasleđa, Australija se značajnije ne razlikuje od izloženih primera. Fizičko kažnjavanje od strane roditelja smatra se dopuštenim na celoj teritoriji države. Međutim, kada je reč o fizičkom kažnjavanju u obrazovnim ustanovama, ne postoji jednoobrazan pravni model na nacionalnom nivou (Holzer, Lamont, 2010: 4). Pretežniji broj australijskih država apsolutno zabranjuje ovaj vid disciplinovanja učenika, dok su države Kvinslend (Queensland) i Južna Australija (South Australia) zadržale fizičko kažnjavanje, ali samo u okviru privatnih škola. Međutim, na nacionalnom nivou se uveliko sprovodi kampanja za potpuno ukidanje fizičkog kažnjavanja i u privatnim školama.

Premda je dugo istrajavala u svom konzervativnom nastojanju da sačuva autonomnost i intimnost porodičnih odnosa, potreba modernizovanja prava, dobrim delom podstaknuta i odlukama Evropskog suda za ljudska prava, navela je Ujedinjeno Kraljevstvo da restriktivnije postavi

¹¹ Vid. <http://www.endcorporalpunishment.org/progress/country-reports/usa.html>

mogućnost fizičkog kažnjavanja. Zakonskim promenama iz 1986. godine telesno kažnjavanje je ukinuto u javnom obrazovnom sistemu, dok su privatne obrazovne ustanove zadržale i ovaj vid disciplinovanja učenika. Naknadno je došlo do potpune zabrane telesnog kažnjavanja u obrazovnom sistemu, o čemu je već bilo reči. Ipak, zadržana je mogućnost fizičkog kažnjavanja deteta od strane roditelja ili staratelja. Fizičko kažnjavanje deteta je dopušteno sve dok upotrebljena fizička sila nije preterana, odnosno nije viša od one sile koja je neophodna da bi se postigla svrha njegovog disciplinovanja (Arthur, 2004: 54–55).

Drugu, za sada manjinsku, ali iz godine u godinu sve brojniju, grupaciju država čine one koje su apsolutno zabranile fizičko kažnjavanje deteta. Primetno je da ove države čine izrazito heterogenu skupinu sa veoma različitim socijalnim, kulturološkim i pravnim tradicijama (Nolan, 2012: 530). Jedini relevantan kriterijum njihovog klasifikovanja u ovoj sferi je pravni modalitet sankcionisanja zabrane fizičkog kažnjavanja. Naime, zabranu fizičkog kažnjavanja je moguće sprovesti građanskopravnim ili krivičnopravnim modelom.

Po pravilu, države se opredeljuju za građanskopravni model zabrane fizičkog kažnjavanja. Švedska je prednjačila na ovom polju i prva ustanovila apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja 1979. godine, predviđajući da „decu (...) treba tretirati uz uvažavanje njihove ličnosti i individualnosti i da ona ne mogu biti fizički kažnjavana ili na drugi način ponižavajuće tretirana“ (Shumeli, 2007: 110). Međutim, budući predviđena građanskim pravom izostala je sankcija za roditelje koji se ogluše o ovu zabranu (Orentlicher, 1998: 166). Zapravo, ideja nije bila da se krivičnopravno sankcionišu roditelji koji primenjuju nasilne metode vaspitanja, već da se podstakne realna promena u odnosima između roditelja i dece (Shumeli, 2010: 294). Ovom zakonskom rešenju je prethodila dobro pripremljena javna kampanja, koja je promovisala novi model vaspitanja dece i koja je nastojala da sve građane pouči o nenasilnim, alternativnim metodama disciplinovanja. Sprovedena kampanja je urodila plodom, jer je sve veći broj građana podržavao apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja, a slučajevi izazivanja fizičkih povreda ili zlostavljanja su značajno smanjeni.

Nedugo nakon Švedske, ovim putem krenule su Finska (1983), Danska (1985), Norveška (1987), Austrija (1989), sledeći politiku edukativnog umesto represivnog delovanja. Ovaj građanskopravni model apsolutne zabrane fizičkog kažnjavanja deteta, zasnovan na postepenoj promeni pravne svesti kod ljudi, sledio je pretežnji broj država koje su se

opredelile da pravno intervenišu u porodične odnose roditelja. U biti građanskopravnog modela zabrane fizičkog kažnjavanja primarna je zaštita prava deteta, a ne sankcionisanje roditelja, budući da bi suprotan pristup mogao da vodi daljem narušavanju porodičnih odnosa, pa i razaranju porodica, što bi imalo još dalekosežnije posledicame na psiho-fizički razvoj deteta. Do krivičnogpravnog reagovanja dolazi samo u situacijama ukoliko usled fizičkog kažnjavanja dođe do povrede deteta.

U ovom kontekstu zanimljivo je pomenuti Novi Zeland kao prvu državu iz kružoka engleskog govornog područja koja je 2007. godine zabranila fizičko kažnjavanje (Kelly, 2010: 14–20). Međutim, zakonodavac je precizirao koja upotreba fizičke sile nije zabranjena.¹² Naime, upotreba fizičke sile prema detetu je opravdana ukoliko je razumna i ukoliko ima za cilj: 1) sprečavanje ili minimalizovanje povređivanja deteta ili druge osobe; 2) sprečavanje deteta da izvrši ili da nastavi sa izvršenjem krivičnog dela; 3) sprečavanje deteta da učestvuje ili da nastavi da učestvuje u agresivnom ili destruktivnom ponašanju; 4) izvršenje uobičajenih dnevnih obaveza u skladu sa savesnim roditeljstvom. U zakonu je izričito navedeno da je zabranjena upotreba sile usmerena na popravljavanje ponašanja deteta. Imajući u vidu navedene izuzetke, u teoriji se ističe da je ovakvo zakonsko normiranje zabrane fizičkog kažnjavanja umesto da smanji proširilo situacije u kojima je dopuštena upotreba fizičke sile od strane roditelja (Atkin, 2015: 107). Upravo zbog toga, primer Novog Zelanda je ilustrativan, jer ukazuje na to da postoje i države koje nisu potpuno dosledne u zakonskom operacionalizovanju fizičke zabrane. No, s druge strane, ovakvo zakonsko rešenje se može pravdati nastojanjem da se radikalna promena u sadržini roditeljskog prava ne treba ustanoviti isuviše naglo. Otuda, prednost ovog pristupa je elastičnost koja sudovima ostavlja prostor da ne sankcionišu slučajeve blažeg i umerenog fizičkog kažnjavanja.

Nasuprot ovoj dominantnoj grupi država sa građanskopravnim modelom zabrane, stoje samo dve države koje ustanovljavaju krivičnopravni model zabrane fizičkog kažnjavanja. Reč je o Kipru i Izraelu, ali se i ove dve države međusobno razlikuju prema načinu operacionalizovanja zabrane fizičkog kažnjavanja. Kipar je fizičko kažnjavanje deteta sankcionisao krivičnim zakonodavstvom 1994. godine, dok je Izrael, budući da je reč o zemlji precedentnog prava, ovu zabranu inkriminisao odlukom najvišeg suda. Naime, u slučaju Plonit¹³ iz 2000. godine, Vrhovni sud Izraela je fizičko kažnjavanje deteta proglasio neadekvatnim i prevaziđenim

¹² Crimes (Substituted Section 59) Amendment Act 2007.

¹³ CrimA 4596/98 Plonit v. Israel, [2000] IsrSC 54(1) P. D. 145.

oblikom vaspitanja, čija dopuštenost neprestano stvara rizik od toga da upotreba umerene i razumne fizičke sile vremenom može da preraste u ozbiljno nasilje ili zlostavljanje (Shumeli, 2010: 292).

Strategija represivnog delovanja radi iskorenjivanja prakse fizičkog kažnjavanja izložena je ozbiljnoj kritici. Glavna primedba odnosi se na činjenicu da se ovaj model zabrane uvodi naglo, bez adekvatne pripreme društva koje fizičko kažnjavanje tradicionalno prihvata kao legitiman vid disciplinovanja deteta. U teoriji se sasvim umesno ističe uverenje da ljudi prvo treba da postanu svesni nekog zakona pre nego što se podvrgnu njemu (Bitensky, 2006: 196–197). Ipak, kako je i u ove dve države pokazala dosadašnja praksa, bez obzira na prihvaćeni represivni, krivičnopravni model, pravosudni organi ne reaguju i ne sankcionišu blaže slučajeve fizičkog kažnjavanja rukovodeći se načelom oportuniteta.

6. Zaključni osvrt

Dva su moguća pristupa problemu dopuštenosti fizičkog kažnjavanja deteta. Tradicionalni, zastareli i već prevaziđeni model odbija intervenciju države, ostavljajući porodične odnose dinamičnim i autonomnim. Opravdanje za ovakav pristup zasniva se na stanovištu da odnose i konflikte u porodici ne treba tretirati kao sukobe između stranaca. Održavanju uverenja da fizičko kažnjavanje nema negativne posledice na porast nasilja u društvu doprinose i određeni empirijski podaci. Naime, od kada je Švedska zabranila fizičko kažnjavanje, nije došlo do smanjivanja nasilničkog ponašanja, već je došlo do njegovog porasta (Fuller, 2011: 16). Suprotan primer pruža Singapur u kome je i pored porasta populacije od 27%, došlo do opadanja stope kriminala (Fuller, 2011: 17–18).

Ipak, u svetlu savremenih naučnih saznanja o efektima telesnog kažnjavanja, opravdanja za dopuštenost telesnog kažnjavanja deteta nisu ubedljiva i neupitna (Simović, Simeunović Patić, 2016: 1166–1171). Otuda, sve dominantnijim postaje drugi pristup koji podrazumeva nadzor nad ostvarivanjem roditeljskog prava, zbog nepopravljivih posledica koje deca mogu imati usled fizičkog kažnjavanja (Shumeli, 2007: 59). Dakle, trend o neophodnosti apsolutne zabrane fizičkog kažnjavanja nije motivisan samo načelnim razlogom zaštite prava deteta, već i empirijskim istraživanjima koja ukazuju na izrazitu štetnost ovakvog vida disciplinovanja.

Fizičko kažnjavanje protivreči društvenim nastojanjima da nasilje, posebno porodično, svede na najmanju moguću meru, jer deca prihvataju nasilje kao legitimni način rešavanja konfliktnih situacija sa drugim osobama (Orentlicher, 1998: 149). Zadržavanje dopuštenosti fizičkog kažnjavanja kao neupitnog segmenta roditeljskog prava, odražava dve bitne osobine tog društva: prvo, deca se potcenjuju; i drugo, pre naglašava se delotvornost bola (Orentlicher, 1998: 173). Nesumnjivo, takva praksa doprinosi održavanju anahronih kulturnih normi o autoritetu i moći. Kratkoročni efekat korigovanja ponašanja ima svoje naličje u povišenoj agresivnosti deteta (Simović, Simeunović Patić, 2016: 1168). Osim toga, fizičko kažnjavanje nesvesno i nenamerno može prerasti u fizičko zlostavljanje, i značajno je povezano sa antisocijalnim ponašanjem i mentalnim problemima u odrasloj dobi (Gershoff, Grogan-Kaylor, 2016: 463).

Apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja moguće je sprovesti na dva načina. Znatno ređe, države se opredeljuju za represivni, krivičnopravni model reagovanja u slučaju primene fizičkih kazni prema detetu. Dominira građanskopravni model intervenisanja u porodične odnose koji podrazumeva izričitu zabranu fizičkog kažnjavanja, ali bez sankcionisanja slučaja umerene i razumne primene fizičke sile radi disciplinovanja. Građanskopravni model zabrane je na sredokreću, jer nastoji da uvaži prava deteta, bez ugrožavanja porodice u blažim slučajevima fizičkog kažnjavanja. Dakle, primat je na edukativnoj poruci zakonskog rešenja koja postepeno treba da utiče na promenu društvene svesti i odbacivanje tradicionalno ukorenjenog uverenja da je fizička kazna najdelotvorniji metod vaspitanja. Zbog svog umerenog pristupa, građanskopravni model ima prednost, budući da izbegava efekat šoka usled naglog kretanja od jednog ka drugom ekstremu (Shumeli, 2007: 121).

Notorna je činjenica da pravo nema moć da radikalno menja socijalne odnose i da izazove preobražaj društvene svesti preko noći. Otuda je neophodno istrajno sprovođenje edukativnih kampanja koje treba da ukažu na štetnost fizičkog kažnjavanja, ali i da ponude alternativne metode disciplinovanja i vaspitavanja deteta. Sprovođenje edukativnih kampanja je posebno značajno u multikulturalnim društvima u kojima postoje različiti tradicionalni obrasci vaspitavanja dece. Prema tome, u prvi mah je nužno obezbediti društveni konsenzus u odnosu na nepoželjnost nekog roditeljskog ponašanja, pa tek nakon toga je moguće pravno sankcionisati ona ponašanja koja odudaraju od poželjnog modela.

Bez obzira na to što je pravno institucionalizovanje zabrane nedovoljno za potpuno iskorenjivanje fizičkog kažnjavanja, bitan je simbolički značaj tako ustanovljene zabrane, uprkos njenom stvarnom efektu. Pravna reforma mora biti taj neophodni, početni korak koji će započeti promenu društvene svesti. Uostalom, u teoriji se ističe značaj apsolutne zabrane fizičkog kažnjavanja, ali ne zbog represivnog delovanja i sankcionisanja takvog ponašanja roditelja, već radi edukovanja javnosti i u cilju promene javne svesti upotrebom pravnih sredstava (Shumeli, 2007: 126).

Literatura

- Arthur, R. (2004). Corporal punishment. *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*. 3 (1). 53–65.
- Atkin, B. (2015). Physical Punishment by Parents: The New Zealand Reform. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 5(5), 99–113.
- Bitensky, S. (2006). *Corporal Punishment of Children: A Human Rights Violation*. Transnational Publishers. NY.
- Committee on the Rights of the Child (2006). *General Comment No.8 on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para.2, and 37, inter alia)*, UN Doc. CRC/C/GC/8.
- Cope, K. C. (2010). The Age of Discipline: The Relevance of Age to the Reasonableness of Corporal Punishment”, *Law and Contemporary Problems*, 2010, 73, 167–188.
- Freeman, M. (2010). Upholding the Dignity and Best Interest of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73. No. 2. 211–251.
- Fuller, J. (2011). Corporal Punishment and Child Development. *Akron Law Review*. 44(5), 5–66.
- Gershoff, E. T., Grogan-Kaylor, A. (2016). Spanking and child outcomes: Old controversies and new meta-analyses. *Journal of Family Psychology*. 30(4). 453–469.
- Holzer, P., Lamont, A. (2010). *Corporal punishment: Key issues*, Australian Institute of Family Studies, Commonwealth of Australia.
- Gershoff, E. T. (2010). More Harm Than Good: A Summary of Scientific Research on the Intended and Unintended Effects of Corporal Punishment on Children. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73. No. 2. 31–56.

- Kelly, P. (2010). Corporal punishment and child maltreatment in New Zealand. *Acta Paediatrica*, Vol. 100, Iss. 1. 14–20.
- Lambelet Coleman, D., Dodge, K., Keeton Campbell, S. (2010). Where and How to Draw the Line Between Reasonable Corporal Punishment and Abuse. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73, No. 2, 107–166.
- Nolan, A. (2012). Litigating the Child's Rights to a Life Free from Violence: Seeking the Prohibition of Parental Physical Punishment of Children Through the Courts. in Freeman, M. *Current Legal Issues: Childhood and Law Studies*. Oxford University Press.
- Orentlicher, D. (1998). Spanking and Other Corporal Punishment of Children by Parents: Overvaluing Pain, Undervaluing Children. *Houston Law Review*. 35, 147–185.
- Phillips, B. (1994). The Case for Corporal Punishment in the United Kingdom. Beaten Into Submission in Europe?. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 43. Iss. 1. 153–163.
- Report of the Independent Expert for the United Nations Study on Violence against Children*, UN Doc. A/61/299, para 28.
- Shmueli, B. (2010). Corporal Punishment in the Educational System versus Corporal Punishment by Parents: A Comparative View. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73. No. 2. 281–320.
- Shmueli, B. (2007). Who's Afraid of Banning Corporal Punishment? A Comparative View on Current and Desirable Models. *Penn State International Law Review*, 26(1), 7–137.
- Straus, M. (2010). Prevalence, Societal Causes, and Trends in Corporal Punishment by Parents in World Perspective. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73. No. 2. 1–30.
- Simović, D., Simeunović Patić, B. (2016). Prilog raspravi o zabrani fizičkog kažnjavanja deteta. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. br. 4/2016. 1157–1173.
- Simović, D., Avramović, D., Zekavica, R. (2013). *Ljudska prava*. Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.
- WebMD (2008). *Webster's New World Medical Dictionary* (3rded.). Ney Jersey: Wiley Publishing.

World Health Organization/International Society for Prevention of Child Abuse and Neglect (2006): *Preventing child maltreatment: a guide to taking action and generating evidence*, Geneva: WHO.

Cvejić Jančić, O. (2015). Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta: prilog diskusiji povodom Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije. *Pravni život*. br. 10/2015. Beograd. 5–24.

Darko Simović, LL.D.

Full Professor,
Criminalistic and Police Academy, Belgrade

Biljana Simeunović Patić, LL.D.

Associate Professor,
Criminalistic and Police Academy, Belgrade

CORPORAL PUNISHMENT IN LIGHT OF CHILDREN'S RIGHTS

Summary

Making allowances for corporal punishment of children implies a departure from the principle of inviolability of the human bodily integrity. From the perspective of international law, corporal punishment of children is absolutely prohibited. Corporal punishment of children within the family, school or an institution for the execution of sanctions constitutes a violation of human dignity, the right to physical integrity, as well as a violation of the principle of equality in effectuating the protection of children's rights. Observed from a perspective of human rights, there is a huge gap between international standards and legal solutions in individual states. Despite the general international trend concerning the necessity of imposing the absolute prohibition of all types of corporal punishment, there is still a significant number of states which are fairly reserved in terms of sanctioning of such parenting methods. Moderate and reasonable corporal punishment within the family is allowed in most states. There is a common widely accepted assumption that no parent wants to hurt their child, nor cause even the slightest harm to the child. Thus, the model of moderate legal intervention in relations between parents and children prevails, which entails sanctioning only those cases of corporal punishment that result in physical injury or abuse of a child. Considering the endeavours in civil legislation to prohibit corporal punishment of children in Serbia, this circumstance suggests a rational and balanced approach to resolving this issue. It implies that the primary goal is raising the parents' awareness about the rights of the child rather than merely punishing the parents.

Keywords: *corporal punishment, rights of the child, international standards, Serbia.*

Dr Dejan Mirović,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem
u Kosovskoj Mitrovici

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776341M

UDK: 341.645

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

STALNI MEĐUNARODNI KRIVIČNI SUD I SRBIJA

Apstrakt: Republika Srbija je u novembru 2016. izmenama Krivičnog zakonika preuzela standarde za utvrđivanje zločina genocida koji propisuje Međunarodni krivični sud sa sedištem u Hagu. Stalni Međunarodni krivični sud ignoriše četvrti veliki zločin koji reguliše međunarodno pravo, zločin protiv mira ili agresiju. Tekst izmena je sličan britanskoj rezolucije o Srebrenici koja je podneta Savetu bezbednosti UN u julu 2015. Stalni Međunarodni krivični sud u svom radu preuzima presude povezane sa Srebrenicom kao presuđene pravne činjenice ili standarde koji se ne dokazuju i ne dovode u pitanje. Primer je slučaj Jean-Pierre Bemba Gombo. Pravnu situaciju komplikuju i najave iz Prištine i Sarejeva da će pokrenuti postupke protiv Srbije pred Međunarodnim sudom pravde 2017. godine kao rad Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju

Ključne reči: Krivični zakonik, stalni Međunarodni krivični sud, Srebrenica, genocid, Savet bezbednosti UN.

1. Izmene Krivičnog zakonika u novembru 2016. i kršenje člana 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima koja garantuje slobodu izražavanja -Preuzimanje presude Međunarodnog suda pravde u slučaju Bosna protiv Srbije iz 2007 i tekst rezolucije iz 2015. pred SB UN

Krajem novembra 2016. godine usvojen je Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (u daljem tekstu Zakon o izmenama KZ). U članu 30. Zakon o izmenama KZ menja se član 387 KZ. Propisuje se kazna zatvora od

* mirovici@yubc.net

6 meseci do 5 godina za onoga ko javno "odobrava, negira ili umanjuje" genocid, zločin protiv čovečnosti ili ratne zločine. Standarde za utvrđivanje ovih zločina daje Međunarodni krivični sud sa sedištem u Hagu.

Prvo pitanje koje se postavlja kada se analiziraju ova odredbe je zašto se pojam genocida ne vezuju za Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju genocida iz 1948 godine? To je osnovni međunarodni izvor koji reguliše pojam genocida (međunarodni ugovor usvojen na Generalnoj skupštini UN). Slično pitanje se može postaviti i za izostavljanje pozivanja na Ženevske konvencije iz 1949. godine kada se radi o regulisanju druga dva velika zločina u međunarodnom pravu, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina. Odgovor se nalazi u činjenici da Međunarodni krivični sud ignoriše četvrti veliki zločin koji reguliše međunarodno pravo, zločin protiv mira ili agresiju. Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda u članu 5.stav 2 faktički ukida svoju nadležnosti za krivično delo agresije i ostavlja je "budućim" generacijama (iako je zločin agresije bio osnov odgovornosti još na Nirnberškom suđenju i u slučaju Nikaragva protiv SAD . (Kaseze, 2005:156)

Ovakvim regulisanjem srpski zakonodavac je omogućio da bude kažnjivo svako dovođenje u sumnju zapadne verzije zločina u Srebrenici, ali i da budu amnestirani svi oni koji opravdavaju bombardovanje SRJ od strane NATO. U praksi, to bi značilo da svi oni srpski državljani koji javno odobravaju stav Rudolfa Đulijana da je bombardovanje SRJ osiromašenim uranijom bez odobrenja Saveta bezbednosti UN bilo "dobro", neće krivično odgovarati za ovo primitivno veličanje zločina agresije.

Srpska vlast ovakvim zakonskim regulisanjem ne samo da retroaktivno uvodi jednu vrstu verbalnog delikta iz vremena SFRJ, kako su приметili brojni pravници u našoj javnosti, već i krši pozitivne propise međunarodnih organizacija u oblasti slobode izražavanja. Srbija je članica Saveta Evrope (SE) od 2003. godine, shodno tome primenjuje i Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. Njeni građani u čestvuju u postupcima pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu. Čitav ovaj političko-pravno mehanizam Saveta Evrope se zasniva na članu 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima koji garantuje slobodu izražavanja. Slobode izražavanja je u sistemu SE ograničena samo interesima nacionalnog suvereniteta, bezbednosti, borbe protiv kriminala i nemoralu. Najpoznatije presude u tom smislu su Lingens protiv Austrije iz 1986 godine, Kastels protiv Španije iz 1992. godine i serija presuda Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima koji su

pokretali Kurdi protiv Turske. (Ditertr, 2004:244) Nema ni reči u svim ovim presudama Evropskog suda za ljudska prava o povezivanju slobode izražavanja sa međunarodnim krivičnim pravom kao što se pokušava predstaviti u srpskom KZ.

U pravnom sistemu UN slobodu mišljenja reguliše član 19 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i član 19 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Ograničenja slobode izražavanja su skoro indentična kao u sistemu SE. Takođe, postoji bogata praksa pred Komitetom za ljudska prava UN. Najpoznatiji slučajevi povodom tumačenja člana 19 su Albert Vohah protiv Kameruna iz 1991. godine i Robert Forison protiv Francuske iz 1993. godine. (Hanski, Šajnin, 2007: 285). Konačno, i Povelja o osnovnim pravima EU u članu 11 reguliše slobodu mišljenja i izražavanja. Ni u ovom primarnom pravnom izvoru EU koji je prema pravnoj teoriji u istom rangu kao Lisabonski ugovor nema značajnog ograničavanja slobode izražavanja. (Janjević, 2009: 361-376.)

Dakle, očigledno se radi o političkim pritiscima ili o nečijem obećanju da će uvesti zapadnu verziju zločina u Srebrenici u srpsko zakonodavstvo. Zato se može zaključiti da je inicijativa za ovakvo menjanje srpskih zakona došla od onih zemlja koje su glasale u Savetu bezbednosti za britansku rezoluciju o Srebrenici u julu 2015. U toj rezoluciji se Velika Britanija upravo poziva na Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda.¹ Britanija takođe zahteva i da "politički lideri" u Srbiji prihvate da se "desio genocid" i da izrade "obrazovni programi" iz kojih će buduće generacije izvlačiti "pouke u vezi sa genocidom". Usvajanje ovakve rezolucije je sprečeno tek ruskim vetom u Savetu bezbednosti UN i to na molbu predsednika RS Dodika.

Hronologija pokazuje da je Velika Britanija u junu 2015. podnela SB UN tekst rezolucije u kojoj se osuđuje genocid u Srebrenici.² Autori

1 Britanski ambasador u UN Metju Rajkfort je tada u odgovoru/pismu predsedavajućem predsedništva BiH Mladenu Ivaniću naveo da su "međunarodni" sudovi potvrdili da ovaj zločin odgovara definiciji genocida). Britanija zahteva i da "politički lideri prihvate da se desio genocid" i da se izrade "obrazovni programi" iz kojih će buduće generacije izvlačiti "pouke".

2 Godine 2010. je doneta rezolucija. U samom nacrtu rezolucije se reč genocid pominje nekoliko desetina pu ta, ipak kada se pažljivo pročita sedma i poslednja varijanta rezolucije podneta u julu 2015. godine, jasno je da autor ili ne zna razliku između ratnog zločina, zločina protiv čovečnosti i genocida ili namerno meša pojmove iz međunarodnog krivičnog prava, jer navodi da je nekoliko hiljada ljudi proterano iz Srebrenice a nekoliko hiljada ubijeno, ovo netačno definisanje pojmova je mnogo očiglednije u rezoluciji Evropskog parlamenta o Srebrenici koja je doneta 9.jula 2015.

rezolucije se pozivaju na presudu MSP u sporu Bosna protiv Srbije iz 2007. (u verziji od 2. jul 2015. se navodi da se najoštrije osuđuje genocid u Srebrenici "kao što je utvrđeno presudama MKSJ i Međunarodnog suda pravde"). Britanski ambasador u UN Metju Rajkfort je u odgovoru/ pismu predsedavajućem predsedništva BiH Mladenu Ivaniću naveo da su međunarodni sudovi potvrdili da ovaj zločin odgovara definiciji genocida u skladu sa Konvencijom iz 1948.

Tekst takve britanske rezolucije je izazvao burne reakcije u Republici Srpskoj i Srbiji. Predsednik Republike Srpske Milorad Dodik je izjavio da je Britanija oduvek vodila antisrpsku politiku. Na skupu održanom 4.jula 2015. u Bratuncu povodom dana stradanja Srba u Podrinju je izjavio: "Zločin nad Srbima desio se u kontinuitetu, a zločin nad Bonjacima desio se u kratkom vremenu. U čemu je razlika, kakva je to razlika? Zar nije dokaz veće svireposti to što su u kontinuitetu ubijani nedužni ljudi". Zatim je zaključio da ako se usvoji britanska rezolucija "Srbi će biti jedini narod u dokumentima UN okarakterisan na takav način". Rukovodioci iz Srbije, ministar inostranih poslova i premijer su tvrdili su da je rezolucija neprihvatljiva i da neće doprineti pomirenju. Predsednik Srbije u pomoć je pozvao čak i ruskog predsednika Putina. Zatražio je od njega u julu 2015. da Ruska Federacija uloži veto na britansku rezoluciju (isto je zatražio i Dodik od ruskog ministra inostranih poslova Lavrova). Rusi su pozitivno odgovorili na srpske molbe. Lavrov je odmah britansku rezoluciju okarakterisao kao antisrpsku. Zatim je Rusija podnela svoj nacrt rezolucije u kojoj se osuđuju svi zločini počinjeni za vreme građanskog rata u BiH i daje se podrška Dejtonskom sporazumu kao najviše aktu države koja je suštini sui generis (Kreća , 2012: 150) U SB UN je zatim nastalo lobiranje za britanski i ruski nacrt. U tekstu je zahtevano da se pojam genocida u Srebrenici unese ni manje ni više, nego u školske udžbenike u svakoj državi članici UN.³ Prethodno navedeno a posebno zahtev za izmenu školskog programa je izazvao zaprepašćenje u srpskoj javnosti. Međutim, tako nešto se moglo očekivati nakon neozbiljne i neprofesionalne srpske odbrane pre MSP, bezrezervne podrške radu MKSJ (koja nije prestala čak i kada je MKSJ oslobodio Nasera Orića, ozoglašenog ratnog komandanta Srebrenice) kao i Deklaracije

3 Poziva države članice da po potrebi izrade obrazovne programe na osnovu kojih će buduće generacije izvlačiti pouke u vezi sa genocidom, ratnim zločinima, etničkim čišćenjem i zločinima protiv čovečnosti iz prošlosti, kako bi se sprečilo njihovo eventualno ponavljanje" Donošenje Deklaracije nije sprečilo ni protivljenje Republike Srpske i njenog tadašnjeg predsednika Rajka Kuzmanovića. On je u saopštenju od 31.3. 2010.naglsio da se zločini mogu osuđivati selektivno i van konteksta: "

Narodne skuštine Republike Srbije u kojoj se izražava podrška presudi MSP u slučaju Bosna protiv Srbije. U međunarodnom pravu važi načelo reciprociteta staro koliko i ljudski rod. Makijaveli, Rišelje i drugi zastupnici teorije državnog razloga su znali za to pravilo. Međutim naše vlasti i pravnici kao da nisu znali za to pravilo i jednostrano su prihvatili svaku pa i najbesmisleniju odluku MSP i MKSJ.

2. Međunarodni krivični sud, Međunarodni sud pravde i Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju

Logičan zaključak koji ukazuje na spoljopolitičke motive za menjanje KZ se u našoj javnosti pokušava osporiti kvazipravnom tvrdnjom da je Međunarodni krivični sud doneo samo jednu presudu o genocidu, u slučaju Kongo. Na osnovu toga se pravi konstrukcija po kojoj da se srpski Zakon o izmenama KZ može odnositi samo na negiranje genocida u Kongu. Ovakav klasičan primer za *contradico in adjecto* ili povezivanje nepovezivog, vređa zdrav razum čak i kada bi se prihvatila nerealna teza da Međunarodni krivični sud više nikada neće doneti presudu u vezi sa genocidom.

U tom kontekstu, pravne apologete rada Međunarodnog krivičnog suda upadljivo prećutkuju (namerno ili zbog neznanja) činjenicu da u Hagu pored Međunarodnog krivičnog suda postoje još i Međunarodni sud pravde i Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju. Od ova tri suda u Hagu, dva su već prihvatila zapadnu (britansku) verziju zločina u Srebrenici. Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju u slučaju Krstić 2004. i Međunarodni sud pravde u slučaju Bosna protiv Srbije 2007. Štaviše, kao što smo već naveli Međunarodni sud pravde je konstatovao u presudi iz 2007. godine da SRJ nije imala efektivnu kontrolu nad snagama koje su počinile ratne zločine na teritoriji Srebrenice. Dakle, nije važno gde se genocid odigrao, da li se radilo o genocidu ili zločinu protiv čovečnosti, ko ga je počinio, već ko je "politički" odgovoran.

Ovakvo široko tumačenje Konvencije o genocidu je veoma opasno. U jednu pravnu materiju ubacuje čisto političke elemente. Takav politički i populistički način definisanja krivice je u suprotnosti sa osnovnim načelom krivičnog prava. Mora postojati subjektivna veza između krivca i krivičnog dela da bi neko bio odgovoran za krivično delo mora preduzme protivpravnu radnju, određenu u zakonu koja prouzrokuje posledicu (Čejović, Kulić, 2011.: 94). Dakle, sudovi u Hagu smatraju da je u međunarodnom krivičnom pravu dovoljna samo politička veza između osoba ili čak država radi utvrđivanje ni manje ni više nego, dolusa

specijalno ili posebne genocidne namere (radi uništenja zaštićene grupe) bez kojeg nema genocida.

Posebno je sporno to što je Međunarodni sud pravde u slučaju BiH protiv Srbije odbacio argumente srpske strane povodom događaja u Žepi. Oni su se odigrali u isto vreme kao i oni u Srebrenici. Koristeći kvazipravno tumačenje i verbalnu (advokatsku) akrobatiku kao i presude Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, Međunarodni sud pravde je zaključio da za genocid nije potreban plan. On može odigrati "spontano"(?!). Preciznije, VRS je prema Međunarodnom sudu pravde sporovodila genocid u Srebrenici ali nije u Žepi udaljenoj nekoliko desetina kilometara iako je i ta zaštićena zona zauzeta u isto vreme kada i Srebrenica (kao da se radilo o dve različite vojske i dva različita rata). Konačno, pošto MSP ne može da utvrdi da je SRJ podsticala navodni genocid u Srebrenici, sudsko veće se odlučuje da osudi Beograd "zbog nepoštovanja obaveze sprečavanja genocida". Osnovni "dokazi" za osudu su razgovor (bez svedoka) Vesli Klark-Milošević u Dejtonu, tj.verzija američkog generala koju niko osim njega ne može da potvrdi. Drugi "dokaz" za navodnu krivicu SRJ je izjava ministra inostranih poslova Vuka Draškovića iz 2005. godine. (Stojanović , 2007 : 166) Na osnovu ovakvih konstrukcija Srbija i preuzimanje presuda MKSJ (Škulić 2013: 56) koji je čak i optužnice podizao zbog političkih motiva (Del Ponte , 2008.:187) je osuđena za "nesprečavanje" genocida od strane Međunarodnog suda pravde 2007. godine.

3. Preuzimanje "utvrđenih" činjenica u slučaju *Jean-Pierre Bemba Gombo*

Zbog prethodno navedenog moglo se očekivati (sa visokom verovatnoćom) i pre donošenje izmena u našem krivičnom zakonodastvu u novembru 2016 da će Međunarodni krivični sud u svom radu preuzeti presude povezane sa Srebrenicom kao presuđene pravne činjenice ili standarde koji se ne dokazuju i ne dovode u pitanje.⁴ To se već desilo i sakriva se od naše javnosti zbog neznanja ili neprofesionalnosti. U slučaju *Jean-Pierre Bemba Gombo (politačara iz Konga)* samo u jednom podnesku glavnog tužioca ima preko desetak pozivanja na presude i odluke Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju uključujući i slučaj Tolimir. Tačnije, glavni tužilac Međunarodnog krivičnog suda *Fatou B. Bensouda* se u podnesku

4 Međunarodni krivični sud je već u članovima 72 i 87 osnivačkog Rimskog statuta preuzeo standarde i odluke Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju iz slu čaja u odluci Blaškić .

od 1.7.2016. poziva na presudu žalbenog veća Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju u slučaju Tolimir od 8.4.2015. po kojoj je bivši načelnik glavnog štaba VRS osuđen na doživotnu robiju zbog optužbi za genocid u Sreberenici. U istom slučaju *Jean-Pierre Bemba Gombo*, sudsko veće donosi osuđujuću presudu 21.3.2016. pozivajući se nekoliko desetina puta na presude Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, uključujući i presudu u slučaju Vujadina Popovića optuženog za genocid u Srebrenici i osuđenog na doživotnu robiju.

4. Zaključak - Perspektive u kontekstu najave pokretanje postupaka od strane takozvanog Kosova protiv Srbije i revizije u slučaju Bosna protiv Srbije 2017.

Preuzimanje zapadne verzije zločina u Srebrenici od strane Međunarodnog krivičnog suda će se nastaviti. To ne pokazuju samo minimalna fizička udaljenost od par stotina metara između Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnog krivičnog suda u Hagu kao i neskrivene ambicija sudija iz prvog suda da se zaposle u drugom zbog bolje plate i perspektive (usled zatvaranja ad hoc tribunala). Mnogo je važnije što je dosadašnja praksa Međunarodnog krivičnog suda prozapadno i politički orijentisana. U tom kontekstu, Ruska Federacija je upravo u novembru 2016 godine povukla svoj potpis sa Rimskog statuta. Ministarstvo inostranih poslova je obrazložilo tu odluku nepostojanjem političke "nezavisnosti suda" i jednostranim izjavama glavnog tužioca u vezi sa sukobom u Ukrajini. (Vujić 2016).⁵ Skoro istovremeno, nekoliko afričkih država predvođenih JAR istupilo je iz Međunarodnog krivičnog suda (uz podršku Kine). Ovome treba dodati i način biranja sudija Međunarodnog krivičnog suda na koji članice Saveta bezbednosti UN RF i Kina faktički nemaju uticaja (zbog nepostojanja veta i izdvojenosti iz sistema UN) i biće jasno da je izmenama Krivičnog zakonika predato pravno tumačenje zločina u Srebrenici u ruke političara koji imaju presudan uticaj na Međunarodni krivični sud. Na taj način je faktički implementiran tekst britanske rezolucije o Srebrenici u srpsko zakonodavstvo ali i zaobiđen i derogiran SB UN. Koliko je to opasno pokazuju i najave iz Prištine (kvazi-tvorevine koja nije članica UN) da će se tužiti Srbiju Međunarodnom sudu pravde zbog kršenja Kovencije o genocidu (Ristić 2017). Ova pravna akrobatika treba da bude izvedena uz pomoć Albanije koja će se formalno obratiti

⁵ Kina je izrazila poštovanje za odluku niza afričkih država: zvanični Peking istovremeno je insistirao da „MKS mora poštovati suverenitet pojedinačnih država i druge principe međunarodnog prava”,

Međunarodnom sudu pravde . Osnov treba da budu presude Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju .Sličan kvazipravni osnov najavljuje i ruskovodstvo u Sarajevu u vezi sa revizijom presude Međunarodnog suda pravde iz 2007 godine u slučaju Bosna protiv Srbije koju samo prethodno naveli kao primer dvostrukih standarda . U tom kontekstu, nema sumnje da će Međunarodni krivični sud slediti praksu Međunarodnog suda pravde i Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju čak i slučaju da prihvate ekstremne političke zahteve iz Prištine i Sarajeva iz 2017. Srpski zakonodavac mora imati to u vidu i ne sme olakšavati ovakav nepovoljan razvoj događaja tako što će faktički implementirati tekst britanske rezolucije o Srebrenici u srpsko krivično zakonodavstvo kao što je uradio u novembru 2016. Posebno je neprihvatljivo da se to radi na način koji grubo krši slobodu izražavanja garantovanu članom 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima, članom 19 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, članom 19 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima kao i članom 11 Povelje o osnovnim pravima EU.

Literatura

Kaseze, A.. "Međunarodno krivično pravo", (2005), Beograd, Beogradski centar za ljudska prava, , 2005

Čejović B, , Kulić M. " Krivično pravo" (2011) Beograd, Službeni glasnik, C. Del Ponte, La Caccia, (2008) Milano, Feltrinelli,

Kreća M ."Međunarodno javno pravo", Beograd, (2012.) Beograd, Službeni glasnik

Janjević M, " Konsolidovani ugovor o Evropskoj uniji " , Beograd, (2009). Beograd, Službeni glasnik

Stojanović R."Srbija pred Međunarodnim sudom pravde", knjiga 2. (2007) Beograd, "Filip Višnjić",

Hanski R,, Šajnin M " Najvažniji slučajeви pred Komitetom za ljudska prava ", Beograd, (2007). Beograd, Beogradski centar za ljudska prava,

Ditertr Ž ." Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava", Beograd, (2004).Beograd, Službeni glasnik,

Škulić M, (2013), " Jedan pogled na Haški tribunal i njegovo mesto u istoriji" . U J. Ćirić (Prir) "Haški tribunal između prava i politike" (str. 56-120) Beograd : Institut za uporedno pravo ,

Internet izvori:

Vujić T , "Afrika okreće leđa pravdi belog čoveka ", "Politika" 26.10.2016
<http://www.politika.rs/scc/clanak/366553/Afrika-okrece-leda-pravdi-belog-coveka>

Ristić B. "Albanija u Tačijevo ime tuži Srbiju za genocid", Sputnjik
13.02.2017

<https://rs.sputniknews.com/komentari/201702131110014318-sud-taci-genocid-srbija-ovk/>

Dejan Mirović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,

University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND SERBIA

Summary

In November 2016, the Republic of Serbia adopted the amendments to the Criminal Code of Serbia, which stipulates (in Art. 30) a prison sentence ranging from 6 months to 5 years for anyone who publicly "approves, denies or diminishes" genocide, crimes against humanity or war crimes. Thus, Serbia has acquired the standards on the crime of genocide which are given by the International Criminal Tribunal (ICT) in the Hague. Yet, the ICT is ignoring the fourth great crime which is regulated by international law: crime against peace or crime of aggression. The text of the amendments is similar to the wording of the British Resolution on Srebrenica, which was submitted to the UN Security Council in July 2015. Thus, it may be concluded that the initiative for such a change in the Serbian Law came from those countries that voted in the UN Security Council for the British resolution on Srebrenica in July 2015.

*In its work, the ICT is prone to taking the judgments related to Srebrenica as adjudicated legal facts (*res iudicata*) or legal standards which are not to be questioned, disputed and argued. An illustrative example is the case of Jean-Pierre Bemba Gombo, where a single submission of the Chief Prosecutor included over a dozen references to the judgment and decisions of the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, including the Tolimir case. The legal situation is further complicated by the recent announcements from Priština and Sarajevo that they will institute proceedings against Serbia at the International Court of Justice in 2017.*

Keywords: *Criminal Code, International Criminal Tribunal, Srebrenica, genocide, the UN Security Council*

GRAĐANSKOPRAVNA SESIJA

Dr Miroslav Lazić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776353L

UDK: 349.412:347.235](497.11)

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

SVOJINSKI REŽIM NA GRAĐEVINSKOM ZEMLJIŠTU I URBANA KOMASACIJA**

Apstrakt: Osnovne novine u pogledu promene karaktera svojine na građevinskom zemljištu su: da može biti u svim oblicima svojine i da je dopušten promet građevinskog zemljišta kako u privatnoj, tako i u javnoj svojini. Posebnim zakonima je regulisana konverzija građevinskog zemljišta bez naknade, i konverzija uz naknadu. Novina je i regulisanje mogućnosti urbane komasacije kao sredstva komunalne politike koje je socijalno pravednija mera od eksproprijacije, jer vlasnik zadržava pravo svojine na zemljištu i vrednost zemljišta, a omogućava se uređenje građevinskog zemljišta u javnom interesu.

Ključne reči: građevinsko zemljište, karakter svojine, urbana komasacija.

1. Uvod

Svojina je od svog nastanka, kao najšire imovinsko pravo, predstavljala predmet najveće čovekove faktičke i pravne zaštite, ali i objekat brojnih ograničenja. Nakon Prvog svetskog rata, naglašen je socijalni karakter svojine, što izaziva porast ograničenja koja svojinu kao nekada "apsolutno, sveto i nepovredivo pravo", pretvaraju u "svojину koja obavezuje i ima socijalnu funkciju" (Wolf, 1997: 30). Sa razvojem kapitalizma "ovlašćenja sopstvenika u kojima su neki videli 'apsolutnog despota' postepeno su se pretvarala u izmaglicu" (Agostini, 1986: 471).

Svojina se sve više sužava tako što se vrše njena ograničenja, javnopravna – u opštem društvenom interesu (poput odredbi o građevinskom zemljištu

*lazic@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

i korišćenju poljoprivrednog i šumskog zemljišta; kulturnih dobara; gradnje, itd.) i privatnopravna (susedska prava i zabrana zloupotrebe prava) (Stojanović, 1991: 1176; Lazić, 2004: 34). Ustavom RS je predviđeno da se sloboda korišćenja i raspolaganja poljoprivrednim zemljištem, šumskim zemljištem i gradskim građevinskim zemljištem može ograničiti „da bi se otklonila opasnost od nanošenja štete životnoj sredini ili da bi se sprečila povreda prava i zakonom zasnovanih interesa drugih lica“¹.

Iako se pravo na imovinu i svojину tretira kao ljudsko pravo (Hösch, 2000: 17), socijalizacija društva dovodi do sve većih ograničenja privatne svojine, pri čemu su najizraženija na zemljištu, a posebno na najvrednijem – građevinskom zemljištu. „Industrijska revolucija i priliv proletarijata u velike gradove prati i porast cena građevinskog zemljišta. Prvi propisi o obaveznom prostornom planiranju gradova koji su predstavljali ograničenje prava vlasništva na urbanom zemljištu donijeti su u drugoj polovini devetnaestog, odnosno početkom dvadesetog stoljeća“ (Simonetti, 1983: 36).

Pored ograničenja svojstvenih razvoju modernih društava, u našem pravu se menjao i režim svojine na građevinskom zemljištu promenom karaktera vlasti. „Pravni režim građevinskog zemljišta u socijalističkim društvima najbolji je primer nepoštovanja prava svojine na građevinskom zemljištu koje je ne samo ograničeno, već oduzeto bez ikakve naknade – nacionalizacijom. Razlozi su bili revolucionarno-politički, ali je postupak sproveden na osnovu zakona, tako da je predstavljao legalan, ali ne i legitiman akt“ (Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2011: 9). Zato je prvi deo rada posvećen regulisanju režima svojine na građevinskom zemljištu konverzijom državne u privatnu svojину u korist vlasnika zgrada.

Značaj građevinskog zemljišta raste, što dovodi i do prihvatanja pojedinih novih ograničenja svojine koja su u javnom interesu, a koja nisu bila svojstvena socijalističkom periodu. Takva je i mogućnost korišćenja urbane komasacije radi objedinjavanja i stvaranja ekonomski interesantnih građevinskih parcela, kojom ćemo se baviti u drugom delu rada.

2. Promena karaktera svojine na građevinskom zemljištu

Svojinski odnosi na gradskom građevinskom zemljištu su u pravu bivše SFR Jugoslavije, zbog svog značaja, bili u specijalnom pravnom režimu

1 Čl. 88 Ustava Republike Srbije, Sl. glasnik RS, 98/2006.

jer je ovo zemljište uvek tretirano kao dobro u opštem interesu. U socijalističkoj Jugoslaviji, najpre je izvršena nacionalizacija građevinskog zemljišta (podruštvljavanje bez naknade i stavljanje van prometa) Zakonom o nacionalizaciji (ZNNGZ), kojim je izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište na području grada i naselja gradskog karaktera, ex lege, transformisano u društvenu svojinu „radi njegovog racionalnijeg korišćenja i planske izgradnje gradova i naselja gradskog karaktera kao i drugih urbanih sredina“². Vlasnici zgrada (fizička i pravna lica) su sticali pravo korišćenja na zemljištu. Građevinskim zemljištem su upravljale i raspolagale opštine, odnosno grad. Ustav SFRJ iz 1974³. godine je odredio da ne može postojati pravo svojine na zemljištu u gradovima i naseljima gradskog karaktera.⁴ Time je napušten princip *superficies solo cedit*, odnosno pravno jedinstvo svojine na zemljištu i zgradi, a građevinsko zemljište je bilo u društvenom/ državnom vlasništvu i van prometa. (Janković, 1961: 29).

Nedostaci napuštanja principa pravnog jedinstva režima svojine na zemljištu i zgradi su bili očigledni, pa su promene bile neminovne i započete su još u socijalističkom periodu. Najpre je Ustav SR Jugoslavije iz 1992. g.⁵ predvideo da na gradskom građevinskom zemljištu može postojati privatna ili drugi oblik svojine, suprotno rešenju iz tadašnjeg republičkog Ustava Srbije (Sl. glasnik RS“ 1/92). Zakon o građevinskom zemljištu Srbije prihvata rešenje iz saveznog Ustava⁶, ali predviđa da zemljište koje je do dana stupanja na snagu ovog zakona (5. 11. 1995), određeno kao gradsko građevinsko zemljište ostaje u državnoj svojini, osim zemljišta na kome po Zakonu bude uspostavljen raniji režim svojine⁷. Nakon raspada Jugoslavije i stvaranja novih država, pristupilo se konačnom uspostavljanju pravnog jedinstva zemljišta i zgrada.

2 Čl. 1, čl. 34 – 41 Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, Sl. list FNRJ, br. 52. 1958.

3 V., član 81 Ustava SFR Jugoslavije („Službeni list SFRJ“, br. 9/74); Rešenje Ustavnog suda SFRJ br. U-28/82 od 24. maja 1986. g. («Službeni list SFRJ», br. 57/86).

4 Član 37 ZNNGZ.

5 Čl. 73, st. 4 Ustava SR Jugoslavije iz 1992. S. list SRJ, 92/01.

6 Čl. 4, st. 3 Zakona o građevinskom zemljištu. Sl. glasnik RS, 4/95

7 Čl. 33 Zakona o građevinskom zemljištu. Sl. glasnik RS, 4/95.

U Republici Hrvatskoj je 1991. g., prilikom preuzimanja jugoslovenskog Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa⁸ kao republičkog zakona⁹, izmjenjena odredba čl. 12 ZOSPO, tako što je pravo korišćenja zemljišta zamenjeno pravom vlasništva, jer je ograničenje vlasništva na vreme dok postoji zgrada protivno ustavnoj¹⁰ garanciji vlasništva. „Uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu koje je bilo nacionalizirano ili po drugoj osnovi prenijeto u društveno vlasništvo, izvršeno je u prvoj fazi djelimičnom, te u drugoj potpunom restitucijom prava vlasništva na neizgrađenom građevinskom zemljištu i uspostavom prava vlasništva (suvlasništva) u korist vlasnika (suvlasnika) zgrada ili posebnih dijelova zgrada na izgrađenom građevinskom zemljištu“ (Simonetti, 1999: 513). Konačno pravno jedinstvo nekretnina u hrvatskom pravu izvršeno je novim Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske¹¹ (Gavella, 2003: 27; Simonetti, 2003: 246).

Slično¹² rešenje je 1995. g. primenjeno i u Federaciji BiH prilikom donošenja ZOVO, tako što je pravo vlasnika zgrade na trajno korišćenje zemljišta transformisano u pravo vlasništva na zemljištu na kome je zgrada izgrađena i koje služi za redovnu upotrebu zgrade, ako zakonom nije drugačije određeno. Tek donošenjem Zakona o građevinskom zemljištu FBiH¹³ predviđeno je da gradsko građevinsko zemljište može biti kako u državnom tako i u privatnom vlasništvu, te da se može slobodno prenositi. „Članom 39. je izvršena denacionalizacija izgrađenog građevinskog zemljišta i pretvorba trajnog prava korišćenja u pravo svojine. Putem ove zakonske mjere uspostavljeno je u pogledu izgrađenog gradskog građevinskog zemljišta pravno jedinstvo nekretnine. Ovo se međutim desilo putem inverzije: od zgrade prema zemljištu“ (Povlakić, 2009: 149).

8 Zakon o osnovama svojinsko pravnih odnosa (ZOSPO). Sl. list SFRJ, br. 6/80 i 36/90. Sl. list SRJ, br. 29/96. Sl. glasnik RS, br. 115/2005-dr. zakon.

9 Čl. 9 Zakona o preuzimanju Zakona o vlasničko pravnim odnosima. Narodne novine 53/1991.

10 Odl. Ustavnog suda Hrvatske od 30. 11. 1994, Narodne novine 92/94.

11 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske („Narodne Novine R Hrvatske“, br. : 9/96, 68/88, 73/00 i 114/01).

12 Razlika bosanskohercegovačkog i hrvatskog rešenja ogleda se u tome da je u BiH vlasništvo uspostavljeno na zemljištu ispod zgrade i na onom “dijelu zemljišta koje je određeno za redovnu upotrebu zgrade”, a u Hrvatskoj je vlasništvo uspostavljeno na zemljištu ispod zgrade i «parceli na kojoj je zgrada izgrađena», u korist vlasnika zgrade (Simonetti, 2001: 178).

13 Čl. 4 Zakona o građevinskom zemljištu FBiH. Službene novine Federacije BiH, 67/05.

Zakonom o građevinskom zemljištu iz 2006. u Republici Srpskoj napravljen je korak dalje u odnosu na rešenje za FBiH. Gradsko građevinsko zemljište može biti i u privatnom i u državnom vlasništvu, a privatni vlasnici mogu njime slobodno raspolagati, uz ograničenje pravom preče kupovine u korist lokalne samouprave (opštine ili grada)¹⁴. „Pravo trajnog korištenja je već na osnovu čl. 93. ZGZ RS iz 2003, transformirano u pravo vlasništva....”, (Povlakić, 2009: 153).

U zakonodavstvu Srbije, jedna od najvažnijih mera Zakona o planiranju i izgradnji¹⁵ iz 2009. g. (u nastavku rada: ZPI) je omogućavanje konverzije zemljišta u državnoj svojini u korist vlasnika zgrada i eliminacije prava korišćenja. Brojne izmene ovog zakona su izazivale i određenu konfuziju. Tako, izmenama ZPI je predviđeno: „građevinsko zemljište je zemljište koje je određeno zakonom ili planskim dokumentom (novina koja proširuje mogućnost proglašenja građevinskog zemljišta – prim. autora) za izgradnju i korišćenje objekata, kao i zemljište na kojem su izgrađeni objekti u skladu sa zakonom“¹⁶. Građevinsko zemljište se koristi prema nameni određenoj planskim dokumentom. Građevinsko zemljište može biti u svim oblicima svojine. Pravo svojine na građevinskom zemljištu u javnoj svojini ima Republika Srbija, autonomna pokrajina, odnosno jedinica lokalne samouprave¹⁷. Da bi zemljište imalo svojstvo građevinskog zemljišta potrebno je da je to zakonom određeno ili da mu taj karakter daje neki planski dokument koji obuhvata prostorni i urbanistički plan¹⁸.

Građevinsko zemljište se razvrstava u dve kategorije¹⁹: izgrađeno (zemljište na kome su izgrađeni objekti namenjeni za trajnu upotrebu) i neizgrađeno (zemljište na kome nisu izgrađeni objekti, na kome su izgrađeni objekti bez građevinske dozvole ili privremeni objekti), odnosno uređeno (komunalno opremljeno za građenje i korišćenje – izgrađen pristupni put, elektromreža, obezbeđeno snabdevanje vodom i obezbeđeni drugi uslovi) ili neuređeno građevinsko zemljište. Napušteno je razlikovanje građevinskog zemljišta iz ZPI iz 2009, na

14 Čl. 5 i 8 Zakona o građevinskom zemljištu Republike Srpske (Sl. glasnik RS, Br. 112/2006.

15 Zakon o planiranju i izgradnji (“Sl. glasnik RS”, br. 72/2009, 81/2009 – ispr. 81/2009, 64/2010 – odl. US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odl. US, 50/2013 – odl. US, 98/2013 – odl. US, 132/2014 i 145/2014.

16 Čl. 82 ZPI sa izmenama iz 2014.

17 Čl. 83 ZPI

18 Čl. 11 ZPI.

19 Čl. 90 ZPI.

gradsko i zemljište van granica gradskog građevinskog zemljišta. Ova izmena i omogućavanje promene namene zemljišta planskim dokumentom²⁰ može dovesti do lakšeg izjednačavanja i nepravičnog poreskog opterećenja vlasnika parcela lociranih van gradske zone, što se u nekim opštinama i desilo.

Osnovne novine u pogledu građevinskog zemljišta, delimično započete s prvim ZPI iz 2003²¹, a posebno ZPI iz 2009. g. koji sa izmenama važi i danas, a koje se odnose na promenu karaktera svojine na građevinskom zemljištu su: da može biti u svom oblicima svojine (privatna, zadružna i javna svojina); da javnu svojinu na građevinskom zemljištu mogu imati Republika Srbija, autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave i da je dopušten promet građevinskog zemljišta kako u privatnoj, tako i u javnoj svojini. *ZPI iz 2009. g.* reguliše način i uslove konverzije²² prava trajnog korišćenja i prava zakupa građevinskog zemljišta u pravo svojine. Prelazno rešenje je suprotno pravilu *superficies solo cedit*, jer vlasnik objekta postaje vlasnik zemljišta. ZPI je najpre regulisao dva oblika konverzije – sa naknadom i bez naknade (Opširnije: Lazić, 2011: 228).

Međutim, odlukom Ustavnog suda Srbije²³ proglašene su neustavnim odredbe ZPI kojim se naknada za konverziju prava korišćenja građevinskog zemljišta u pravo svojine umanjuje za cenu kapitala (ili imovine) plaćenu u postupku privatizacije, a time su prestale da se primenjuju i odgovarajuće uredbe koje su regulisale konverziju uz naknadu, što je prekinulo brojne nejasnoće, ali je i zaustavilo postupke izdavanja građevinskih dozvola nauštrb građevinske industrije, jer je konverzija, najčešće, prethodila njihovom izdavanju.

Izmene i dopune ZPI usvojene u decembru 2014. g. i dalje regulišu mogućnost pretvaranja prava korišćenja u pravo svojine građevinskog zemljišta bez

20 Izmenama ZPI je predviđena mogućnost da se planskim dokumentom promeni namena poljoprivrednog i šumskog zemljišta. Čl. 88, st. 3 i 4 i čl. 89 ZPI.

21 Čl. 79, st. 4 Zakona o planiranju i izgradnji iz 2003. g. Sl. glasnik RS", br. 47/2003.

22 Čl. 82 do 109 ZPI iz 2009. g.

23 „Utvrđuje se da odredba člana 103, stav 1 Zakona o planiranju i izgradnji (”Službeni glasnik RS”, br. 72/09, 81/09, 64/10, 24/11, 121/12, 42/13 - US i 50/13 - US), u delu koji glasi: ”Troškovi pribavljanja prava korišćenja građevinskog zemljišta obuhvataju, u smislu ovog zakona, ukupnu revalorizovanu cenu kapitala, odnosno imovine isplaćenu u postupku privatizacije, odnosno ukupnu revalorizovanu cenu isplaćenu za imovinu ili deo imovine privrednog društva ili drugog pravnog lica u stečajnom ili izvršnom postupku, kao i druge stvarne troškove.”, nije u saglasnosti sa Ustavom“. Sl. glasnik RS, br. 98/2013.

naknade,²⁴ a konverzija sa naknadom je, zbog suprotstavljenih stavova, prepuštena posebnom zakonu.

Konverzija uz naknadu je trebalo da razreši suprotstavljene zahteve vlasnika zgrada na privatizovanim preduzećima i interese stranih investitora kako bi privatni karakter svojine na građevinskom zemljištu imao pozitivan uticaj na privredni i finansijski sistem i privukao investicije, u skladu sa stavovima Evropske komisije i zahtevima Mreže za restituciju, a sve to uz poštovanje Odluke Ustavnog suda Srbije. Zato je Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu²⁵ donet tek 2015, sa ciljem da se građevinsko zemljište stavi pod režim privatne i javne svojine, okonča transformacija svojine i otklone neizvesnosti za strane investitore. Evropska komisija je ipak prihvatila rešenje da se "konverzija vrši pre restitucije", što znači da lica koja imaju pravo na konverziju mogu steći pravo svojine na građevinskom zemljištu, bez obzira na zahteve bivših nacionalizovanih vlasnika i njihovih naslednika za restitucijom tog zemljišta.

Zaštićeno je i ranije stečeno pravo građenja bez obaveze prethodne konverzije uz naknadu i dopuštena mogućnost sticanja građevinske dozvole na osnovu stečenog prava korišćenja bez prethodne konverzije u roku od godinu dana (do 28. jula 2016), čime je favorizovana dugoročno korisnija izgradnja i razvoj, umesto budžetskog prihoda. Zakon se odnosi na sva lica koja su pravo korišćenja građevinskog zemljišta stekli u postupku privatizacije, stečajnog ili izvršnog postupka i druge subjekte. Investitori koji su pravo stekli tokom privatizacije, neće moći da to pravo prenesu na druga lica, već će biti u obavezi da izvrše konverziju po tržišnoj vrednosti zemljišta. Konverziju će plaćati i društvena preduzeća, sportska društva i sva lica koju su pravo korišćenja i izgradnje stekli do 13. maja 2003. godine.

Kod konverzije izgrađenog građevinskog zemljišta, podnosilac zahteva oslobađa se plaćanja naknade za konverziju dela zemljišta koje se koristi

24 Čl. 102 ZPI, ali se broj subjekata koja imaju ovo pravo smanjuje. Po čl. 101, st. 2 ZPI iz 2009, pravo konverzije su imali i etažni vlasnici u stambenim, poslovnim i poslovno-stambenim zgradama, koje su izgrađene na građevinskom zemljištu u državnoj svojini, čije se pravo korišćenja pretvara u pravo svojine bez naknade, srazmerno površini posebnih fizičkih delova. U ovom slu čaju etažni vlasnici postaju suvlasnici na zemljištu pod zgradom i zemljištu koje slu ži za redovnu upotrebu zgrade. Novi ZPI ne predviđa više ovu konverziju.

25 Čl. 1 Zakona o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu. *Sl. glasnik RS, br. 64/2015.*

za redovnu upotrebu objekta, a kod konverzije neizgrađenog zemljišta, ima pravo na dugoročni zakup, pri čemu zakupnina za 99 godina mora biti ekvivalentna tržišnoj ceni zemljišta.²⁶ Nakon što se na njemu izgradi objekat, zakupac može konvertovati svoje pravo u pravo svojine i time umanjiti cenu konverzije za vrednost izgrađenog zemljišta. Ovaj zakon neće ovom prilikom biti predmet detaljnije analize, ali smo mišljenja da je bilo uputnije, kako zbog celishodnosti, tako i zbog pravne sigurnosti, da je materija konverzije građevinskog zemljišta regulisana jedinstvenim zakonom.

3. Urbana komasacija kao mera ograničenja svojine

Ideja komasacije je nastala još u 16. veku za uređenje poljoprivrednog zemljišta u nemačkom pravu. Urbana komasacija je relativno novi način za sprovođenje mera urbanog razvoja (evropske države su je počele primenjivati tokom 20. veka). „Prvi zakon koji je uređivao oblast urbane komasacije doneo je gradonačelnik Frankfurta 1902. godine. Iz tog razloga Nemačka se smatra začetnikom organizovane i zakonski uređene urbane komasacije“ (Šoškić, 2016: 14). Danas je urbana komasacija zastupljena u Japanu, Francuskoj, Australiji, Finskoj i dr. zemljama.

“Urbana komasacija, kao instrument uređenja građevinskog zemljišta, sredstvo je komunalne politike i najbolji instrument javnog građevinskog prava koji se primenjuje u gotovo neizmenjenom obliku više od 100 godina na području srednje Europe“ (Krtalic, 2007: 716). Kao sredstvo komunalne politike socijalno je pravednija od eksproprijacije, jer omogućava uređenje građevinskog zemljišta uz zadržavanje stvarnog prava svojine ne zemljištu.

„Koncept urbane komasacije kao instrumenta realizacije urbanističkog uređenja, ima za cilj da obuhvati ruralno ili neuređeno urbano zemljište, koje je najčešće nepravilno izdvojeno i da ga prekomponuje ostvarujući optimalnu ravnotežu između javnih i privatnih potreba u skladu sa urbanističkim zahtevima“ (Šoškić, 2016: 14). S građevinskog aspekta, ciljevi urbane komasacije su: urbanizacija novih područja ili uređenje već urbanizovanih područja; komunalno uređenje građevinskog zemljišta; integracija velikih kompleksa itd. S pravnog aspekta, urbana komasacija je oblik ograničenja svojine u opštem interesu, ali na način da se vlasniku očuva, a najčešće i uveća vrednost zemljišta iako sa smanjenom površinom, i učini pogodnim za urbanističko uređenje i razvoj.

26 Čl. 5–7, čl. 18 Zakona o pretvaranju...

Prvi pokušaj uvođenja urbane komasacije u Srbiji izvršen je Građevinskim zakonom iz 1931. g.,²⁷ ali bez praktičnih rezultata. Ozbiljnije prostorno i urbanističko planiranje u Srbiji javlja se tek nakon Drugog svetskog rata, ali u socijalističkom periodu Jugoslavije nije bila regulisana urbana komasacija, već samo eksproprijacija. Urbana komasacija je regulisana tek najnovijim izmenama ZPI, pa se tek očekuje njena veća primena u praksi. Za prostorno i urbanističko planiranje od značaja mogu biti i drugi zakoni, poput zakona o poljoprivrednom zemljištu, o vodama, o šumama, o zaštiti životne sredine itd.

Urbana komasacija se pokazala efikasnijom od ostalih mera (eksproprijacije, nacionalizacije, kompenzacije, otkupa zemljišta itd.), jer ne menja i ne razvlašćuje subjekte svojine, a pritom održava i vrednost pripadajućeg zemljišta. Postojeće katastarske parcele postaju deo jedinstvene komasacione mase iz koje se, nakon određivanja površine za javne potrebe (ulice, parkovi itd.)²⁸, određuju nove građevinske i katastarske parcele u skladu sa urbanističkim planom, odnosno tako da po svojoj veličini i obliku odgovaraju budućoj nameni. Te nove parcele treba da budu pogodnije za stambenu izgradnju svih ili većine učesnika urbane komasacije i vrednosno jednake ili veće od građevinskih parcela pre komasacije.

Po ZPI, „urbana komasacija je postupak kojim se postojeće katastarske parcele na području za koje je donet plan generalne ili plan detaljne regulacije (komasaciono područje) pretvaraju u građevinske parcele, u skladu sa važećim planskim dokumentom, u cilju racionalnog korišćenja i uređenja građevinskog zemljišta, uz istovremeno rešavanje imovinsko pravnih odnosa koji nastanu u ovom postupku. Komasacija se sprovodi kada na određenom području postoje katastarske parcele koje zbog površine, oblika, položaja ili nemogućnosti pristupa javnoj površini ne ispunjavaju uslove za građevinsku parcelu, uz poštovanje načela nepovredivosti stvarnih prava vlasnika katastarskih parcela, načela jednake vrednosti i načela dodele novih katastarskih parcela“²⁹. Katastarske parcele na kojima su izgrađeni objekti u skladu sa važećim planskim dokumentom ne ulaze u komasacionu masu, kao ni određeno

27 Građevinski zakon. Službene novine Kraljevine Jugoslavije br. 133/1931.

28 Ukupna površina izdvojenih površina za javne namene utvrđuje se pre formiranja građevinskih parcela za preraspodelu ostalim nosiocima stvarnih prava, i ne može biti veća od 33% u odnosu na ukupnu komasacionu masu. Na novoformirane katastarske parcele prenosi se pravo vlasništva, kao i tereti ako su bili upisani na katastarskoj parceli koja je uneta u komasacionu masu.

29 Čl. 107, st. 1, 3 i 4 ZPI.

neizgrađeno građevinsko zemljište u skladu sa uslovima uređenim planskim dokumentom.

ZPI je urbanu komasaciju proglasio javnim interesom za Republiku Srbiju.³⁰ Pored koristi koje urbana komasacija pruža javnoj vlasti (brže rešavanje imovinskih odnosa i sprovođenje urbanističkih planova uz manje troškova u odnosu na eksproprijaciju, bolja organizacija zemljišta iz komasacione mase uspostavljanjem nove strukture parcela istih vlasnika, bolja organizacija komunalne infrastrukture, oživljavanje građevinske industrije i dr.), ona je korisna i za vlasnika građevinske parcele (formiranje novih parcela koje su pogodnije za gradnju i veće su tržišne vrednosti; svi učesnici komasacije stiču pravo svojine na novoj i tržišno vrednijoj građevinskoj parceli bez troškova sprovođenja komasacije koje snosi jedinica lokalne samouprave³¹, osim što se odriču dela zemljišta za komunalno uređenje naselja; otklanjaju se sporovi između ranijih vlasnika itd.). „Ono što urbanu komasaciju čini primamljivom za vlasnike zemljišta jeste da se kroz ovaj proces postiže značajan porast vrednosti zemljišta (doduše i poreskih obaveza za vlasnike – prim. autora), što ima za posledicu porast vrednosti njihovih poseda uprkos smanjenju površine. S druge strane, zainteresovanost državnih vlasti postoji zbog činjenice da se na ovaj način obezbeđuje zemljište za javne potrebe, a moguća je i izgradnja infrastrukturnih objekata“ (Šoškić, 2016: 14).

Urbana komasacija, iako je oblik ograničenja svojine, sprovodi se sa stvarnom i vrednosnom garancijom prava svojine. Pod garancijom svojine podrazumevamo njeno instituciono i individualno garantovanje (Wolf, 1997: 30). *Individualna garancija* je garancija svojine kao subjektivnog prava, odnosno znači da svojina ne može biti oduzeta vlasnicima, osim u izuzetnim slučajevima i uz pravičnu novčanu naknadu (eksproprijacija).³² Zato je procena tržišne vrednosti nepokretnosti koja ulazi u sastav komasacione mase jedna od najznačajnijih faza postupka urbane komasacije.

Na komasacionom području neophodno je obaviti procenu vrednosti nepokretnosti kako prethodno – za pretkomasaciono, tako i naknadno – za postkomasaciono stanje. Pretkomasaciona vrednost je tržišna vrednost nepokretnosti pre ulaska u komasacionu masu. „Procena vrednosti u

30 Čl. 107, st. 2 ZPI.

31 Učesnici komasacije snose troškove urbane komasacije samo ako je postupak pokrenut na njihovu inicijativu (najmanje 51% površine).

32 Pravo na svojinu i njenu garanciju je ljudsko pravo tzv. prve generacije, tj. osnovno ljudsko pravo koje spada u klasična građanska i politička prava.

postkomasacionom stanju se sastoji iz dve faze. Prvo se, pre raspodele novih parcela, izvrši procena vrednosti po vrednosnim zonama, na osnovu rešenja koje je predviđeno urbanističkim planom. Na taj način se utvrđuju okvirne vrednosti zemljišta po jedinici površine za celo komasaciono područje što služi kao osnova pri raspodeli novih parcela. Nakon određivanja granica novih parcela vrši se konačna procena tržišne vrednosti novoprojektovanih građevinskih parcela... Svaki učesnik komasacije mora dobiti najmanje onu vrednost koju je uneo čak i kada se raspodela vrši po merilu površine“ (Šoškić, 2016: 191).

Druga faza po značaju je sama raspodela parcela iz komasacione mase. Nema idealne podele, ali ako učesnik urbane komasacije bude vrednosno oštećen dobijanjem nove parcele, to se naknadno kompenzuje novčanim naknadama – vrednosna garancija svojine. Preraspodela građevinskih parcela vrši se tako što se, uvek kada je to moguće, vlasniku dodeljuje građevinsko zemljište sa položajem koji je isti ili sličan zemljištu koje je uneto u komasacionu masu, na osnovu merila površine (umanjeno za udeo površine za javne namene) ili na osnovu merila vrednosti (postkomasaciona vrednost treba da odgovara najmanje vrednosti građevinskog zemljišta unetog u komasacionu masu – pretkomasaciona vrednost), a razlika se nadoknađuje u novcu³³. Pravno-snažnošću rešenja o komasaciji sva stvarna prava i tereti koji su postojali na katastarskim parcelama unetim u komasacionu masu prenose se na novoformiranu katastarsku parcelu koja preraspodelom pripadne novom imaocu prava svojine.³⁴ Svakako, kod prenosa tereta treba voditi računa o karakteru tereta (npr. stvarne službenosti su vezane za nepokretnost, ali hipotekarni kredit bi morao da sledi dužnika i ustanovi se na novodobijenoj nepokretnosti).

Raspodela novih građevinskih parcela mora da se izvrši u skladu sa urbanističkim planom i u skladu sa pravilima parcelacije i preparcelacije ostalog građevinskog zemljišta koja su propisana u urbanističkom planu i Pravilniku o opštim pravilima za parcelaciju, regulaciju i izgradnju³⁵ (Opširnije: Šoškić, 2016: 197).

Urbana komasacija nije tako česta, ali su prva iskustva i pripreme za ovu meru pokazale njenu opravdanost i korisnost. Tako, na području Grada Niša, predviđena su dva područja za sprovođenje urbane komasacije. Komasaciono područje katastarskih opština Bubanj – Pasi Poljana,

33 Čl. 108a ZPI.

34 Čl. 108b ZPI.

35 Pravilniku o opštim pravilima za parcelaciju, regulaciju i izgradnju. Sl. glasnik RS, br. 22/2015.

opština Palilula, na kome je planirano višenamensko širenje gradskog područja (stambena gradnja, saobraćajnice, poslovno trgovinski kompleksi, socijalne ustanove itd.). „Ukupna površina komasacionog područja je 23ha 55a 73m. Za teritoriju opštine Palilula izrađen je plan generalne regulacije koji obuhvata i ovo komasaciono područje“ (Opširnije: Šoškić, 2016: 217). Drugi primer je komasaciono područje opštine Niška Banja, katastarska opština Jelašnica. „Ukupna površina komasacionog područja je 9ha 14a 11m. Ukupan broj parcela je 66, dok je u vlasništvu privatnih lica 64. Na komasacionom području nema stambenih objekata“ (Šoškić, 2016: 236).

U hrvatskom zakonodavstvu,³⁶ urbana komasacija je regulisana kao „postupak spajanja čestica građevinskog zemljišta u jednu cjelinu i njezina podjela na građevne i druge čestice u skladu s detaljnim planom uređenja na području komasacije, uz istodobno sređivanje vlasničkih i drugih stvarno-pravnih odnosa na tom zemljištu s ciljem podjele građevnih čestica vlasnicima tog zemljišta razmjerno njegovoj površini i jedinici lokalne samouprave za potrebe površina javne namjene“(Tuhtan Grgić, 2011: 634). Postupak urbane komasacije je tretiran kao mera od interesa za Republiku Hrvatsku³⁷, što ovo ograničenje prava svojine, uz naknadu tržišne vrednosti, čini ustavnim. Po hrvatskom zakonu, u slučaju da zemljišnoknjižno stanje nekretnine ne odgovara vanknjižnom stanju, kao merodavno se uzima „stvarno stanje“. „Međutim, sintagma ‘stvarno stanje’ prema ZPUG-u ima različito značenje od onog općeprihvaćenog u stvarnopravnoj teoriji. Komasijsko povjerenstvo tako odlučuje o postojanju ili nepostojanju određenoga prava, čak i kada je modus za stjecanje toga prava upis u zemljišne knjige. Time se krši odredba čl. 6. st. 1 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda³⁸, kojom je postavljen zahtjev glede svojstava koje mora imati tijelo koje odlučuje o subjektivnom građanskom pravu“ (Tuhtan Grgić, 2011: 654).

Iako je urbana komasacija predstavljena kao postupak kojim se usklađuje privatni i javni interes, postupak urbane komasacije predstavlja ograničenje svojine. Smatramo da sprovođenje mere urbane komasacije, iako je proglašeno javnim interesom država koje ga primenjuju, ne sme da predstavlja sredstvo zloupotrebe javne vlasti i da oštećuje pravo

36 Zakon o prostornom uređenju i gradnji (ZPUG), NN, br. 76/07., 38/09, Čl. 2, st. 1, t. 25.

37 Čl. 137, st. 2 ZPUG.

38 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN, MU, 18/97, 6/99. (proč. tekst), 8/99. (ispr.). ‘Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama’.

svojine. Ravnoteža javnog i privatnog interesa mora biti poštovana pri ograničenju svojine.

Postojeći mehanizam zaštite imovine može se aktivirati i u postupku povrede imovinskih prava urbanom komasacijom, uključujući i zaštitu po osnovu 2004. g. ratifikovanog Protokola 1. Protokol jedan predviđa da se „niko ne sme lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu i to samo uz uslove predviđene zakonom i opštim načelima međunarodnog prava”³⁹. Ova naknadna zaštita je moguća zbog konačne procene vrednosti nepokretnosti. Proračun tržišne vrednosti novih parcela može da se obavi tek nakon što su poznati svi elementi parcele – tačna lokacija, veličina i oblik, bez obzira na raspodelu po merilu površine, zbog nužnosti da u česnik komasacije ne može dobiti zemljište manje vrednosti od one koju je uneo i zbog naknadnih novčanih kompenzacija (Šoškić, 2016: 248).

4. Zaključak

Osnovna novina ZPI je što omogućava pretvaranje državne svojine na građevinskom zemljištu u druge oblike svojine – primenom konverzije prava korišćenja građevinskog zemljišta u pravo svojine u korist vlasnika zgrade, i što dopušta sve oblike svojine. Konverzija će obezbediti sticanje potpunih svojinskih ovlašćenja vlasnika zgrada na građevinskom zemljištu, što je jedan od uslova za privlačenje investicija i organizovanje partnerstva.

Novi ZPI je suzio subjekte koji imaju pravo na besplatnu konverziju. Konverzija uz naknadu je, nakon ustavne intervencije, ponovo omogućena i regulisana je novim Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu. Smatramo da je ovu materiju trebalo regulisati jedinstvenim zakonom, bez obzira što su okolnosti nakon proglašenja neustavnim pojedinih odredbi ZPI iz 2009. g. izazvale ovu situaciju. Svakako, treba objediniti ovu materiju jedinstvenim zakonskim tekstom.

Zakon stvara i uslove za decentralizaciju, jer omogućava da se transformacijom prava korišćenja građevinskog zemljišta u pravo javne svojine korisnika vrši faktički povraćaj imovine lokalnim samoupravama. Za lokalne samouprave je posebno interesantna mogućnost finansiranja komunalnih i drugih delatnosti koje se bave infrastrukturom kroz veće angažovanje privatnih sredstava

39 Čl. 1 Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava.

za proširenje infrastrukture (npr. zajedničko ulaganje u opremanje zemljišta). Za tu svrhu je, kao novina, predviđena mera urbane komasacije kako bi se zemljište organizovalo za građevinsku izgradnju u skladu sa prostornim i urbanističkim planovima. I pored određenih nedostataka i činjenice da ograničava pravo svojine, urbana komasacija kao mera ima niz korisnih razloga i sa pravnog i sa građevinskog aspekta. S pravnog aspekta, urbana komasacija je oblik ograničenja svojine u opštem interesu, ali na način da se vlasniku očuva, a najčešće i uveća vrednost zemljišta, i da se ono učini pogodnim za urbanističko uređenje ili prodaju. S građevinskog aspekta, omogućava urbanizaciju novih ili uređenje već urbanizovanih područja, privlačenje investitora, komunalno uređenje, integraciju velikih kompleksa itd.

Literatura

Agostini, E. (1986). Sasušivanje prava svojine u Francuskoj (1804–1985), preveo M. Orlić, Anali PF u Beogradu, br. 5, 470–479.

Gavella, N. (2003). Novo hrvatsko stvarno pravo u funkciji prilagodbe pravnog poretka Republike Hrvatske europskome; Budimpeštanski simpozijum – Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Budimpešta, 20–47.

Hösch, U. Eigentum und Freiheit, Tübingen, 2000.

Janković, M. (1961). Sadržina prava na građevinskom zemljištu, Pravni život, Beograd, br. 6. 29–41.

Kovačević Kuštrimović R., Lazić, M. (2011). Pravo na imovinu i denacionalizacija građevinskog zemljišta. Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 1–18.

Krtalic, V. (2007). Urbana komasacija u Bavarskoj, Hrvatska javna uprava. Zagreb. 3. 711–741.

Lazić, M. (2004) Privatna svojina, ograničenja i garancije, Pravni život, Beograd, br. 10, 134–151.

Lazić, M. (2011). Pretvorba (transformacija) prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u Republici Srbiji. Zbornik Pravnog fakulteta, Rijeka. br. 1. 215–237.

Povlakić, M. (2009). Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo.

Stojanović, D. (1991). Pravo svojine u Evropskoj ekonomskoj zajednici, Pravni život, "Svojinski odnosi u Evropskom pravu", Beograd, br. 11–12, 39–58.

Simonetti, P. Pravo građenja, disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, 1983.

Simonetti, P. (2011). Pravno jedinstvo nekretnine i njezinih posebnih dijelova, u: Rasprave iz stvarnog prava, Rijeka, str. 165–201.

Simonetti, P. (1999). Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 2, 487–528.

Simonetti, P. (2003). Uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu u Republici Hrvatskoj, Budimpeštanski simpozijum – Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Budimpešta, str. 246–276.

Šoškić, M. Đ. (2016). Razvoj novih modela komasacije u funkciji urbanističkog uređenja naselja, disertacija, Građevinski fakultet Univerziteta u Beogradu, preuzeto 29.9.2017. <https://fedorabg.bg.ac.rs/fedora/get/o:15399/bdef:Content/get>.

Tuhtan Grgić, I. (2011). Ograničenja prava vlasništva u postupku urbane komasacije, Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka, v. 32, 1. 633–667.

Wolf, M. (1997). Sachenrecht, München.

Ustav SFR Jugoslavije, Službeni list SFRJ, br. 9. 19/74. Ustava

SR Jugoslavije. S. list SRJ, br. 92. 2001.

Ustav Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 98. 2006.

Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta. Sl. list FNRJ, Br. 52. 1958.

Zakon o građevinskom zemljištu. Sl. glasnik RS, br. 4. 1995.

Rešenje Ustavnog suda SFRJ br. U-28/82 od 24. maja 1986. g. Službeni list SFRJ. br. 57. 1986.

Zakon o osnovama svojinsko pravnih odnosa. Sl. list SFRJ, br. 6. 1980 i br. 36. 1990. Sl. list SRJ, br. 29. 1996. Sl. glasnik RS, br. 115/2005-dr. zakon.

Zakon o preuzimanju Zakona o vlasničko pravnim odnosima. Narodne novine R. Hrvatske. br. 53. 1991.

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske. Narodne novine R. Hrvatske“. br. 9. 1996, br. 68. 1998, br. 73. 2000 i br. 14. 2001).

Zakona o građevinskom zemljištu FBiH. Službene novine Federacije BiH. br. 67. 2005.

Zakona o građevinskom zemljištu Republike Srpske. Sl. Glasnik RS, br. 112. 2006.

Zakona o planiranju i izgradnji iz 2003. Sl. glasnik RS", br. 47/2003. Zakona o planiranju i izgradnji iz 2009. Sl. glasnik RS, Br. 72. 2009, br. 81.

2009 – ispr. 81/2009, 64/2010 – odl. US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odl. US, 50/2013 – odl US, 98/2013 – odl. US, 132/2014 i br. 145. 2014.

Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu. *Sl. glasnik RS, br. 64. 2015.*

Zakon o prostornom uređenju i gradnji, Narodne novine R. Hrvatske. br. 76. 2007. br.38. 2009.

Protokol 1 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava, Pariz, 1952. https://bs.wikisource.org/wiki/Evropska_konvencija_o_ljudskim_pravima/Protokol_broj_1.

Odluka Ustavnog suda, IU 50/2013 (neustavnost čl. 103, st. 1 ZPI. Sl. glasnik br. 98. 2013.

Miroslav Lazić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**OWNERSHIP ON CONSTRUCTION LAND AND URBAN
COMASSATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

Construction land may be subject to all forms of ownership: public, private, and mixed. In Serbia, the holders of title to property (ownership right) on construction land in public ownership are the Republic of Serbia, an autonomous province and a local self-government unit (municipality). Ownership on construction land is regulated by the Planning and Construction Act of the Republic of Serbia. This Act provides for the conversion of the right to use the construction land (as the ownership regime on construction land which was inherent to the socialist legal system) into the private ownership right (which is a prominent feature of the capitalist legal system). It thus provides for establishing the legal unity of real estate (superficie solo cedit), whereby the cadastre lot and the building erected on the construction land are unified into a singular object of the ownership right. A special conversion regime is envisaged for owners of business entities located on the construction land. The paper discusses the current issues concerning the conversion of ownership over construction land in Serbian law, with specific reference to certain comparative law solutions. Another novelty is the regulation of urban commassation (land augmentation) as an instrument of communal policy and a more equitable measure than expropriation.

Keywords: *construction land, ownership right, legal unity of real estate, conversion of ownership, urban commassation.*

Dr Mihajlo Cvetković,* *Docent*
Pravnog fakulteta, Univerzitet u
Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776371C

UDK: 347.44

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

GLOBALIZACIJA UGOVORNOG PRAVA: PODSTICAJI, PREPREKE I NEOČEKIVANI ISHODI**

Apstrakt: *Globalizacija ugovora znači ugovornu praksu kojoj su nacionalne granice irelevantne. Globalno ugovorno pravo se udaljava od nacionalnih pravnih sistema. Među raznim podsticajima promena ističu se reorganizacija privrede i informaciona tehnologija. Kako se moderno poslovanje odvija između pravnih subjekata, a ne unutar jednog preduzeća, međusobne pravne odnose više ne uređuje nekadašnji „generalni direktor“, već na scenu stupaju ugovori. Tada uniformna pravila uklanjaju međunarodne barijere, ali i umanjuju pravni diverzitet. Temelji privatnog prava uzdrmani su jakim udarnim talasima ukрупnjavanja kapitala i privatizacije. Prevlađuje skup pravila široko prihvaćen od strane raznovrsnih međunarodnih faktora, a ne onaj najbolji. Međunarodni formalni izvori jednostavno ozakone neformalnu praksu dominantnih preduzeća. Globalizacija jača velike i moćne na račun slabijih, izražena je „amerikanizacija“. Evropsko ugovorno pravo je paradigma globalizacije, ali i neefikasne harmonizacije. Ugovori su oduvek bili neka vrsta privatnog zakonodavstva. Zato se sada javlja nova Lex mercatoria oslobođena države, mada i dalje zavisna od nacionalnih pravnih i sudskih institucija, odavno uspostavljenih.*

Ključne reči: *trgovačko, arbitraža, online, građansko, mercatoria, svet, amerikanizacija.*

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

1. Uvod

Pojam "globalizacija" nosi različita značenja, ali jedno je nesporno: njen uticaj na ugovorno pravo je izuzetan, došlo je do korenitih promena. Radi ilustracije: nekada univerzalno pravilo *caveat emptor* mutiralo je u sadašnju univerzalnu zaštitu potrošača. Istovremeno, ugovorno pravo je jedan od najvažnijih stubova globalizacije, zato što omogućava međunarodne privredne pravne poslove. Nastaje ugovorna praksa kojoj su nacionalne granice irelevantne. Globalno ugovorno pravo je hipotetički sistem koji teži da funkcioniše nezavisno od nacionalnih pravnih sistema.

Međutim, postoji i naličje medalje. Temelji privatnog prava uzdrmani su jakim udarnim talasima neravnopravne akumulacije kapitala i privatizacije. Često prevlađuju pravila koja su široko prihvaćena od strane raznovrsnih međunarodnih faktora, a ne ona najbolja. U nekim slučajevima, međunarodni formalni izvori jednostavno ozakone i osnaže neformalnu praksu dominantnih preduzeća. Globalizacija jača velike i moćne, na račun slabijih. U kojoj meri je globalno ugovorno pravo amerikanizovano? Oblikovano direktivama EU, evropsko ugovorno pravo je paradigma globalizacije, ali i neefikasne harmonizacije. De facto prepreke su zanemarene, potrošače mnogo više muče praktični problemi nego razilaženja u teoriji ugovornog prava. Rimski temelji ugovornog prava teško nose online nadgradnju.

Ugovorno pravo EU karakteriše raznolikost, pa ova scena predstavlja mikrokosmos globalnih zbivanja. Postoje najmanje četiri različita režima. Prvo, svaka država članica ima svoj vlastiti nacionalni sistem, što podrazumeva 27 jurisdikcija unutar Unije. Osim toga, tu su pravila briselskog porekla, razbacana u skupu brzo rastućeg broja direktiva. Treće, postoji međunarodni režim stvoren Bečkom konvencijom o međunarodnoj prodaji robe (BK) i sličnim aktima (Smits, 2006: 1182). Mada neprovereni u praksi, tu su najzad i akademski projekti naslonjeni na modele i najbolja nacionalna rešenja (npr. DCFR).

U 18. i 19. veku države su, manje-više sledeći određene ideale, modernizovale svoje pravo u cilju izgradnje sistema povoljnog za poslovanje i realizaciju ugovornih potraživanja. Krajem 20. i početkom 21. veka ponovo se javljaju novi, sada globalni i nasumični, podsticaji reforme ugovornog prava. Ovo je rad o njihovim pozitivnim i negativnim stranama.

2. Od nejednakosti do ravnoteže

Po pravilu, najpre se javlja određena društvena praksa, a zatim nju sledi pravo, mada ponekad pravna pravila kanališu život u željenom smeru. Od početka dvadesetog veka, moderna država blagostanja pokušava dalje da unapredi materijalnu ravnopravnost građana pomoću privatnog građanskog prava, inicijalno usmerenog samo na formalnu jednakost podanika. Tek kasnije su pravni instrumenti za zaštitu slabije strane (npr. stanara, potrošača, radnika), poput kontrole opštih uslova poslovanja ili zabrane velikih kamata, relativizovali ideal privatne autonomije volje.

Namenski se izrađuju opšti formalni izvori ugovornog prava da bi se ograničila ugovorna praksa koja izraženo favorizuje moćne na račun slabijih. Nacionalno ugovorno pravo se reformiše kako bi obezbedilo fer i pošten odnos, čak i kada je slabija strana voljna da zaključi nepravedan ugovor (npr. o radu, kreditu, potrošački ugovor). Cilj je otklanjanje neravnoteže koja proizilazi iz radikalnih razlika u ekonomskoj moći. Obrnuto, usled globalizacije jaki još više jačaju na račun slabijih (Michaels& Jansen, 2006: 867), bez obzira da li je reč o političkim, vojnim ili privrednim entitetima. Dakle, globalizacija je proces suprotan težnjama nacionalnog prava da ukloni nejednakost.

Globalizaciju međunarodnog trgovačkog ugovornog prava karakterišu odnosi između privrednih subjekata, gde drastične razlike u moći nisu uvek izražene ili su skrivene formalnom ravnotežom. Namenjene najpre tim odnosima, pozitivne najvažnije međunarodne konvencije o ugovornom pravu direktno ne dodiruju većinu populacije.

Nejednakost postoji i u „velikim poslovima“, polaritet moći se okreće, ali opstaje. Najpre je eksploatacija mineralnog bogatstva u zemljama u razvoju bila uređena sporazumom o koncesiji između zapadnog investitora i vlade domaćina. Ti ugovori su bili relativno jednostavni, barem što se položaja i ovlašćenja vlade tiče. Radi novih radnih mesta i budžetskih prihoda, države su investitorima davale skoro pa suverenu vlast na udaljenim oblastima svoje teritorije, dobijajući samo delić profita. Međutim, u postkolonijalnom periodu razvio se sasvim obrnut odnos. Sada strani investitor pruža državi domaćinu jedino uslugu upravljanja i stara se o nesmetanoj proizvodnji mineralnog izvora u državnoj svojini. Ovakvi ugovori su naročito zastupljeni u naftnoj industriji gde su oštra konkurencija između naftnih kompanija i velika potražnja išle na ruku državnim pregovaračima. Naprotiv, kada su u

pitanju čvrsti minerali, države nemaju takvu prednost, pa su primorane da potencijalnim investitorima ponude više (Shapiro, 2002: 314, 315).

Ugovorni odnosi zavise od odnosa moći. Nekadašnje vertikalno integrisano preduzeće ignorisalo je državne granice na klasično imperijalistički način, inostranstvo je ili izvor sirovina ili jednosmerno tržište. U postimperijalističkom svetu mnoga velika preduzeća su priznala da njihovi poslovni poduhvati u inostranstvu ne mogu opstati kao interne kompanijske operacije. Vlade Trećeg sveta nacionalizovale su prirodna bogatstva, zahtevajući značajniju ulogu. Rigorozna nacionalna regulativa poboljšala je položaj domaćina, država teži da bude ravnopravna ili dominantna ugovorna strana. Javljaju se nove funkcije ugovornog prava. Ugovori i preteći regulatorni akti postaju alternativni instrumenti za jačanje državne kontrole. Fiktivni nacionalni zakoni o zaštiti životne sredine su zapravo nove zamaskirane trgovinske barijere, umesto prevaziđenih carinskih (Shapiro, 1993: 53).

Zajednički poduhvat postaje najefikasniji način da obe ugovorne strane ostvare svoj interes kroz režim recipročnog uticaja i jednake informisanosti, umesto režima „sve ili ništa“ koji podrazumeva pravo na veto (Shapiro, 2002: 315). Složeni odnosi zahtevaju da ugovori o takvom zajedničkom poduhvatu budu vrlo obimni i detaljni. Ovo je ilustracija kako globalni faktori oblikuju ugovornu praksu, shodno ili suprotno opštim načelima ugovornog prava. Ideal ravnopravnosti ugovarača sa nacionalnog prelazi na globalni nivo.

3. Globalizacija kao amerikanizacija

U literaturi se često povlači paralela između globalizacije i amerikanizacije ugovornog prava, što predstavlja još jedan vid širenja moći SAD. Normalno je da jaka država i njene bogate korporacije žele da se u celom svetu osećaju kao kod kuće. Američki privrednici u inostranstvu insistiraju da se posluje na način kako su navikli. To postižu pravnim sredstvima, npr. franžizingom, ali i nepravnim alatima, npr. kroz dominaciju engleskog jezika.

Amerikanizovani ugovor je obiman, detaljan, sa pokušajem da se predvidi svaka sporna eventualnost. Takav ugovor zahteva da se u poslovne odnose umešaju i pravnici, na šta se i sami Amerikanci žale. Za zaključenje posla je doskora bilo dovoljno rukovanje, a sad treba platiti čitav tim pravnika. Ogroman trud se ulaže kako bi se anticipirale sve moguće nedaće u budućem poslovnom odnosu između ugovarača, što je

posledica američkog stila parničenja. Uticajne pravne kancelarije su zainteresovane da rašire takav stil, jer on donosi veliku zaradu. To je naročito izraženo u delatnosti franšiza. Ugovor o franšizi, "najamerikanizovaniji" od svih, je tipski akt, sačinjen od strane jednog ugovarača i ponuđen drugom po principu „uzmi ili ostavi“ (Shapiro, 2002: 311, 312). Tako su recepti za pripremu hamburgera završili kao ugovorne klauzule; pravila o glasanju u upravnom odboru ušla su u ugovor o eksploataciji rudnog bogatstva. U vezi sa tim, postoji zanimljiv paradoks: što se strane više trude da obimnim i detaljnim ugovorom predkažu svaki spor u složenom dugotrajnom poslovnom odnosu, to je parnica duža i skuplja kada se trud izjalovi (Shapiro, 2002: 317). Ova slučajnost je sumnjiva.

Identifikovana sa javnom službom, kontinentalna pravna profesija, distancirana od privrednih poslova, suvišna je u svakodnevnoj korporativnoj rutini i neželjena u uskim, visoko rangiranim krugovima koji kroje odnose između privatnih nosioca privrede i političara. Običaji i navike evropskih pravnika, predstavnika slobodne profesije, oduvek su otežavali pružanje pravnih usluga velikim međunarodnim korporacijama. Zato do skora i nije bilo značajnih kontinentalnih firmi, pa su veliki deo kolača uzele londonske advokatske kancelarije, dajući klijentima ono što traže, uprkos ceni. Kontinentalni stil ugovora podrazumeva kratak tekst, ali teško se naplaćuje visoka tarifa samo za bitne elemente ugovora i potpise. Ova neunosna praksa se ubrzano napušta.

Arbitražne klauzule su gotovo neizbežne u međunarodnim ugovorima, a oslanjanje na arbitražu neprekidno raste. Trend amerikanizacije uočljiv je i u ovoj oblasti. Globalizacija ugovornog prava na polju alternativnog rešavanja sporova započela je širenjem evropskog uticaja. Okrenuta naučnom diskursu, mala grupa iskusnih, uvažanih evropskih pravnika uspostavila je temelje međunarodne arbitraže. Arbitar treba da bude isključivo prestižni pravnik sa velikim znanjem, vrsni poznavalac međunarodnog ugovornog prava, više mudrac posvećen pravdi nego arbitar između sukobljenih strana. Ranom arbitražom se bavio uzak krug akademskih pravnika-erudita-teoretičara dajući joj harizmu naučne potkovanosti. Ugled arbitra garantovao je njegov rad i obrnuto. Za takvu arbitražu *Lex Mercatoria* je predstavljala modernu verziju *Ius gentium*. Odluke se donose oslanjanjem na opšte pravne principe i uporednopravnu analizu nacionalnih tradicija, a ne na konkretni zakon određene države (Shapiro, 2002: 320).

U drugoj etapi razvoja arbitraže dolazi do amerikanizacije. Velike američke pravne kancelarije se uključuju u arbitražu u Evropi donoseći grublji stil. Kako su sticali znanje, tako je rasla njihova moć na račun starih metoda pa i samih stranaka. Važnije su konkretne pravne norme i izvori nego principi, teorija i uporednopravni metod. Arbitraža liči na parnicu, i to američku. Arbitar je manje neutralni posrednik, a više privatni sudija (Shapiro, 2002: 301).

Najstarije konvencije važne za međunarodno poslovanje sličnije su evropskom nego američkom ugovornom pravu. Međutim, novije trgovačko pravo je amerikanizovano iz više razloga: ekonomska uloga SAD, afinitet između Common law i tržišta; Common law je otvorenije za inovacije od kontinentalnog; lakše se menja. Američki pravници su upleteniji u privredu od evropskih, štaviše do nedavno su evropski pravници u privredi uživali slabiji status od ostalih kolega.

Pored ugovornog prava, amerikanizuje se i privatno pravo u celini. Neki reformski projekti u Evropi predstavljaju reakciju na amerikanizaciju. Otvoreno ili prikriveno protive se njenim posledicama, promovišući evropsko (naročito nemačko) privatno pravo kao model za druge države (Michaels&Jansen, 2006: 868).

Jednom rečju, velika pravna kancelarija i pravna praksa koja tretira suprotnu stranu kao neprijatelja su reakcija na potražnju iz privrede. Društvo traži, pravници odgovaraju. Doduše sami pravници su izgradili poslovni model više u sopstvenom nego u interesu klijenata. Privredni subjekti postali su zarobljenici pravnih savetnika koji komplikuju njihovo poslovanje, naplaćujući za to zamašne tarife. Ove pojave, iskristalizovane najpre u SAD, sada su globalne. Formalno, ugovarači su sve slobodniji da stvaraju pravo koje ih obavezuje, realno oni su zapravo slobodni da se potčine nedostacima američke advokature (Shapiro, 2002: 321). Sve dok se amerikanizovana praksa ugovaranja i rešavanja sporova širi, istinska autonomija volje ugovarača trpi.

Ponegde se kaže da je amerikanizovana samo ugovorna praksa, jer su najvažniji formalni izvori još uvek pod uticajem kontinenta. Zato treba razlikovati pojmove ugovorna praksa i ugovorno pravo, kada se govori o globalizaciji.

4. Evolucija privredne organizacije

Globalizacija privrede povlači globalizaciju ugovornog prava. S obzirom na to da se stabilnost modernih država zasniva na ekonomskom rastu,

postoji javni interes da se privreda podstakne efikasnim rešenjima. Kako se moderno poslovanje odvija između pravnih subjekata, a ne unutar jednog preduzeća, međusobne pravne odnose ne može urediti nekadašnji „generalni direktor“, već na scenu stupaju ugovori.

Zanimljiv podsticaj globalizaciji je reorganizacija privrede započeta nakon Drugog svetskog rata, okončana 80-ih. U tom periodu vertikalne privredne strukture zamenjene su horizontalnim. U starom sistemu, određenu privrednu funkciju vršilo je glomazno preduzeće, jedno pravno lice. Poslovna teorija i praksa nekada se zagovarale vertikalno integrisano oligopolističko preduzeće, gde su nabavka, proizvodnja i distribucija interni procesi. „Spoljni“ pravni odnosi postoje sa radnom snagom, dobavljačima sirovina, krajnjim kupcima. Pravne norme po kojima funkcioniše preduzeće se nalaze u internim aktima, naredbama i uputstvima. Sporovi unutar preduzeća su administrativne prirode i rešavaju se po principima upravnog prava. Odnos sa rivalskim preduzećima uređen je tajnim i direktnim kontaktom na najvišem direktorskom nivou (Shapiro, 2002: 315, 316).

U novom sistemu, tu istu privrednu funkciju vrši množina manjih pravnih lica, udruženih kroz razne oblike radi ostvarivanja zajedničkog cilja. Stari sistem karakteriše hijerarhija, pa on funkcioniše preko administrativnih odluka. Uprkos nejednakosti, odnosi u novom sistemu se uspostavljaju preko ugovora. Dolazi do rasta ugovornih odnosa po broju, složenosti i raznolikosti. Stari sistem je nacionalan, novi multinacionalan. Više nema strogih granica između internih i spoljnih pravnih odnosa. Novo preduzeće je uključeno u najrazličitije uloge: kao većinski ili manjinski ulagač; preduzimač ili podugovarač; licence; franšize; lizing; koncesije; ortakluk; holding; investitor; izdavalac hartija od vrednosti. Prihvatljivo je sve što vodi ka ostvarenju poslovnog cilja (Shapiro, 2002: 316). Mnoge poslovne operacije se eksternalizovane, odnosno poverene raznim pravnim subjektima. Norme za funkcionisanje sistema nalaze se u ugovorima. Sporovi se rešavaju pregovaranjem, posredovanjem, medijacijom i najzad parnicom. U odnose su uključeni pravници, zajedno sa direktorima. Ugovornu odgovornost obezbeđuju sudovi, za čiji rad su potrebni formalni pisani izvori. Tako se rađaju tvrdi izvori, kao što je Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe, ali i meki poput UNIDROIT principa ugovornog prava.

Globalizacija privrede izazvala je bum međunarodnih formalnih izvora ugovornog prava, opštih i pojedinačnih. Reorganizacija privrede iz vertikalne na horizontalnu povećava tražnju za pravnicima jer

snalaženje u lavirintu propisa nije lako. Kada se poslovna aktivnost odvija „na daljinu“, između a ne unutar jednog preduzeća, sporovi su neminovni. U vertikalnoj organizaciji, dobavljač, proizvođač i prodavac su isto pravno lice. U horizontalnoj strukturi to su odvojeni subjekti, pa su i pravni odnosi drugačiji. O njima se ne odlučuje u jednom centralnom sedištu holdinga, kao ranije, već se vode pregovori i zaključuju ugovori. Slična transformacija odigrala se i u bivšim socijalističkim državama gde su državni konglomerati zamenjeni brojnim sitnijim privatnim preduzećima (Shapiro, 1993: 57).

5. Novus Lex Mercatoria

Pod pritiskom globalizacije ugovorno pravo se menja kako bi zadovoljilo praktične poslovne potrebe. Globalizacija prava u ovom kontekstu je jednostavno ponavljanje stare priče o Lex mercatoria. Činjenica da mnogi nacionalni i međunarodni arbitražni sudovi izričito upućuju na principe Lex mercatoria pri izradi svojih odluka, dokazuje da i sada taj skup normi, koji se razvija zajedno sa globalnom privredom, igra važnu ulogu (Le Goff, 2007: 126).

U srednjem veku, evropski trgovci su trgovačke običaje uspešno podigli na nivo normativnog okvira, stvarajući Lex mercatoria, radi primene pred specijalnim trgovačkim sudovima. Izvršenje njihovih presuda nije bilo zasnovano na prisilnoj snazi tada veoma fragmentisane, neefikasne državne vlasti, već na pretnji od socijalnih sankcija – isključivanja iz trgovačkih reputacionih mreža: cehova i gildi. Tek u ranom modernom periodu, kada su nacionalne države ojačale, izrodila se danas prisutna nadležnost građanskih parničnih sudova. Motivisana težnjom da demonstrira i ojača monopol sile, mlada država je lišila trgovačke sudove moći i stavila trgovačko pravo pod svoju kontrolu. Naime, prema idejama prosvetiteljstva, težilo se građanskom društvu gde svi uživaju pravo na slobodno trgovanje bez obzira na socijalno poreklo. Ekonomska razmena oslobođena je ekskluzivnih reputacionih mreža trgovačke klase (Calliess, 2012: 1).

Međutim, krajem XX veka trgovina sve više izmiče nacionalno zasnovanim institucijama. Smanjuju se carine i uklanjaju barijere, opada protekcionizam domaćeg. Globalno povezivanje finansijskog i robnog tržišta, pomognuto napretkom u saobraćajnim i informacionim tehnologijama, dovodi do nezapamćenog rasta prekogranične trgovine. Klasične državne institucije, poput sudova, teško prate razvoj na međunarodnom planu. Privatno međunarodno materijalno i procesno

pravo u trenutnom stanju ne garantuju sigurnu globalnu ekonomsku razmenu. Zato dolazi do izražaja svojevrsna trgovačka pravna samopomoć (Calliess, 2012: 2), tzv. nova Lex mercatoria, ustrojena po proverenim starim principima nastalim mnogo pre prinudne „nacionalizacije trgovačkog prava“. Rađaju se moderni reputacioni sistemi radi sprovođenja novih normi.

Sledeći podsticaj je nešto novijeg datuma, ali i mnogo većeg značaja zbog svoje urođene prirode da zanemaruje granice. Od 2000. godine elektronska trgovina neprestano raste, u poslednjoj dekadi na online tržištu su i najrazličitije usluge, od ugostiteljskih preko obrazovnih do medicinskih. Tako nastaje globalna ugovorna praksa, prilično nezavisna od nacionalnih sistema. Treba primetiti da je reč o ugovornoj praksi, a ne ugovornom pravu jer se tako ovaj podsticaj razlikuje od reorganizacije privrede opisane gore, koja je ipak praćena pisanim formalnim izvorima. Online ugovornu disciplinu obezbeđuju reputacioni sistemi, poznati još iz srednjeg veka, doduše znatno napredniji i efikasniji (npr. društvene mreže). Novi običaji, specifični za online tržište, čine bitan element novog globalnog Lex mercatoria. Nova rešenja su dostupna svima, bez obzira na materijalni i geografski položaj, što je redak slučaj gde globalizacija „radi“ za narod.

6. „Privatizovani“ pravni sistemi

Usled globalizacije izmenjena je tradicionalna uloga države u oblikovanju privatnog prava. Još od pojave nacionalne države, stvaranje opštih normi je prvenstveno njen zadatak. Takvo pravo namenjeno je relativno homogenom društvu povezanom zajedničkim jezikom i kulturom. Ova klasična slika se ubrzano menja. Ugovori su oduvek bili neka vrsta „privatnog zakonodavstva“ – ugovarači sami stvaraju normu koja ih obavezuje (Shapiro, 1993: 38). Zato se sada javlja novo globalno ugovorno pravo nezavisno od države, mada i dalje upućeno na nacionalne sudske i izvršne institucije, odavno uspostavljene. Razvijaju se raznorazni mehanizmi privatne samouprave kako bi ugovarači olakšali poslovanje: novi poslovni običaji, alternativno rešavanje sporova, nedržavne društvene sankcije. Oni su odgovor društva na nepostojanje ili neefikasnost državnih rešenja.

Globalizacija umanjuje značaj javnih institucija u međunarodnoj trgovini, jačajući privatne. Njihova prednost je politička nezavisnost. „Biznis“ stvara vlastite privatne pravne sisteme: 1) izvore prava (npr. Lex mercatoria); 2) privatne institucije da ga sprovede (npr. arbitražna tela).

Privatni sistemi se globalno šire procesima kolonizacije, ekonomske razmene kao i razvojem međunarodnih nadnacionalnih institucija koje preuzimaju deo nacionalnog državnog suvereniteta, najpre ekonomskog (Shaffer, 2009: 172).

U mnogim slučajevima, međunarodni pravni standardi nastaju tako što se jednostavno ozvaniči i legalizuje neformalna praksa velikih dominantnih preduzeća. Naravno, SAD korporacije iskazuju više snage u globalnom poretku od drugih korporacija jer imaju potporu najmoćnije države, pa je i ovde izražena amerikanizacija. Pored ugovornog, privatizuju se i druge grane privatnog prava kao npr. međunarodno Lex sportiva, Lex constructionis.

Oснаživanje alternativnog rešavanja ugovornih sporova umanjuje ulogu pisanih izvora državnog porekla. Kada je u pitanju tzv. čista medijacija, može se uzeti da je, globalizovano ili ne, ugovorno pravo irelevantno, jer posrednik teži samo da postigne saglasnost strana, a ne da se ispune pravne ili zakonske obaveze. Problemi oko prekogranične nadležnosti ili izvršenja stranih odluka, jezičke barijere nacionalnog prava, troškovi i trajanje parničenja pred sudom razlozi su što se međunarodna arbitraža dobro ukorenila u ugovorno pravo (Shapiro, 2002: 300).

Još jedan fenomen koji umanjuje uticaj države je trgovina između povezanih lica, odnosno promet robe i usluga unutar suštinski jednog preduzeća, bez obzira da li se radi o jedinstvenom ili podeljenom pravnom subjektivitetu i bez obzira na geografsko sedište. Ova intra-trgovina predstavlja najveći deo globalne trgovine. Pravni subjekti uključeni u intra-lanac su podvrgnuti sigurnom, privatnom, prekograničnom režimu prilično nezavisnom od državnog prava (Calliess, 2012: 2, 7).

7. Informaciono-komunikaciona tehnologija

Globalna tržišna ekonomija zahteva poredak koji štiti imovinska prava, slobodnu konkurenciju i garantuje ugovorna potraživanja. Pravna sigurnost u prekograničnom ugovaranju je imperativ. Neki autori smatraju da razvoj multinacionalnih institucija radi ostvarenja ovih ciljeva predstavlja zastarelu ideju jer nije opravdan istinskim praktičnim potrebama. Efikasni mehanizmi zasnovani na reputaciji (relacioni ugovori i reputacione mreže) ekonomično štite prekogranične pravne interese, osnažujući novi Lex mercatoria. Govori se o renesansi reputacije: raste značaj privatnog nedržavnog upravljanja putem informaciono- komunikacionih tehnologija (Calliess, 2012: 2, 3). Omogućeno je fizičkim licima da sigurno kupuju, prodaju, plaćaju i naplaćuju globalno.

Novi krupni globalni pravni subjekti, koji pretežno učestvuju na online tržištu, već koriste ekonomski zadovoljavajuća rešenja za očuvanje svojih interesa, pa im nadnacionalni instituti nisu potrebni, a stare su prevazišli. Članovi mreže samostalno normiraju, primenjuju te norme i reaguju u slučaju povrede. Internet omogućava neposredno i jeftino praćenje ispunjenja ugovorne obaveze čak i na velikim razdaljinama (elektronska razmena podataka, video-konferencija). Kupac je sposoban da u realnom vremenu prati šta se dešava sa naručenom robom na prodavčevom sajtu na drugom kraju sveta (Calliess, 2012: 5), nije mu potreban ni posrednik u pregovorima ni kontrolor kvaliteta.

Moderna informaciono-komunikaciona tehnologija takođe olakšava i zaštitu poveriočevih ugovornih zahteva preko sankcija u reputacionim mrežama. Brzo i jeftino se dobijaju i šire informacije preko velikih udaljenosti unutar brojčanih grupa. Preko interneta se razmatraju ugovorni partneri i lako komunicira sa trećim licima, koja je pregovarač naveo kao reference. Pouzdanost dostupnih informacija o bonitetu partnera ili kvalitetu proizvoda je takođe visoka, s obzirom na to da se subjekt koji širi lažne informacije automatski identifikuje te gubi autoritet (Calliess, 2012: 5). Zahvaljujući IKT, međunarodna trgovina je dostupna svakom fizičkom licu. Otvaranje međunarodnog trgovinskog prava široj populaciji suočeno je sa normativnom prazninom, usled teritorijalnosti države i činjenice da su međunarodni pravni izvori posvećeni tzv. krupnim igračima.

8. Razlike u uporednom ugovornom pravu: teret ili bogatstvo

Globalizacija tržišta vodi ka unifikaciji prava, ali postojeće razlike kvare ovu idiličnu zamisao. U kontinentalnom sistemu, na primer, ugovorno pravo je sastavni deo hijerarhijski šireg skupa pravila: obligacionog prava. Ova centralna osobina kontinentalnog prava nije prisutna u Common law; slično, nema ni jake veze između ugovorne i neugovorne (deliktne) odgovornosti; samo se u kontinentalnom pravu krivica tretira kao osnov odgovornosti i u odštetnom i u ugovornom pravu. Neke razlike su teorijske. U slučaju docnje Common law favorizuje novčanu naknadu umesto ispunjenja kako je ugovoreno. Naprotiv, u kontinentalnom pravu se favorizuju pravni lekovi koji obezbeđuju uredno ispunjenje. Ovakvi primeri se često navode kao ilustracija šireg jaza između Common law i kontinentalnog prava. On je posledica razilaženja naučnih teorija, gde jedne zagovaraju novčano obeštećenje zbog neispunjenja, a druge istovetnost predmeta ispunjenja i predmeta

obaveze. Slične razlike postoje i na nivou država, u okviru samog Common law ili kontinentalnog sistema (Shapiro, 2002: 306).

Ima primera gde oba sistema poznaju određene institute zasnovane na istoj ideji i sa sličnim ciljem, mada za njih koriste sasvim različita imena. Tako npr. u kontinentalnom pravu zabrana protivurečnog ponašanja se označava maksimumom „venire contra factum proprium (non valet)“, dok je u Common law u upotrebi naziv „estoppel“. Dakle, čak i kad postoje koncepti slične pravne prirode, terminološke razlike predstavljaju prepreku.

Za prekogranični promet najvažnije su praktične razlike. Kada npr. francuski sud smatra da softver nije roba, onda je Bečka konvencija o prodaji robe isključena. Naprotiv, za isti taj ugovor pred kanadskim sudom, konvencija jeste relevantna. Strana koja je povredila ugovor dobiće advokatski savet o tome gde treba da rešava spor u zavisnosti od toga koje joj tumačenje više odgovara. Tako razlika u primeni prava ohrabruje tzv. forum – shopping (Keily, 2003: 14), odnosno oportunističko biranje prava.

Sa druge strane, kada postoji pravni diverzitet, pravni sistemi se takmiče međusobno kako bi zadovoljili legitimne potrebe pravnih subjekata. Potrošači, proizvođači, investitori, turisti, sportisti biraju pravni sistem koji najbolje štiti njihove interese pod uslovom da im je dozvoljeno da napuste nepovoljnu jurisdikciju (tzv. „glasanje nogama“). Unifikovano pravo eliminisalo bi ovu izlaznu priliku i umanjilo zadovoljstvo. Važno je naglasiti da pravni diverzitet nije slučajnost nego odraz različitih istorijskih uslova. Sa druge strane, glavni argument protiv pune konkurencije pravnih sistema je da ona inicira štetnu „trku do dna“ (Smits, 2006: 1198).

Možda je najveći problem globalizacije ugovornog prava to što umanjuje pravnu raznolikost. Mimo argumenata o značaju tradicije, pravni diverzitet vredi zato što nudi različita rešenja za slične probleme. Drugim rečima, kada postoji više opcija veća je i verovatnoća da se izabere rešenje najadekvatnije konkretnoj situaciji. Ono što je dozvoljeno čak i u matematici, ne treba uklanjati iz ugovornog prava. Uzmimo, na primer, nadoknadu štete zbog povrede ugovorne obaveze. U austrijskom pravu, ugovorna odgovornost se stepenuje prema težini krivice (AGZ par. 1324), dužnik odgovora samo za izvesne posledice povrede ugovorne obaveze; u francuskom pravu važi ograničenje na predvidivu štetu (CC čl. 1150), a poznato je i razlikovanje između direktne i posredne štete (CC čl. 1151). Koncept nemačkog prava o adekvatnoj uzročnosti, mada ono formalno ne poznaje ograničenje na predvidivu štetu, omogućava da se nepredvidiva

šteta odredi kao gubitak koji nije adekvatna posledica dužnikove povrede ugovora, već je rezultat neočekivanih i specifičnih okolnosti; srodni Common law koncept „remotness of damage“ se opisuje kao udaljena posledica povrede ugovorne obaveze... Ovo bogato nijansiranje prisutno u uporednom pravu premošćeno je u režimu Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji gde ograničenje na predvidivu štetu zbog povrede ugovorne obaveze važi bez obzira na stepen dužnikove krivice (Cvetković, 2017:122, 123).

9. Blagodeti i opasnosti harmonizacije

Važno obeležje današnjeg ugovornog prava je sve izrazitija harmonizacija, bilo planska ili spontana. Već u XIX veku, pravila ugovornog prava, npr. o ponudi i prihvatu, izvoze se iz Nemačkog prava u Common law, dok danas mnogi Common law instituti poput trust-a, franšiza i lizinga žive u evropskim državama. Univerzalna Lex mercatoria takođe nenametljivo harmonizuje ugovornu praksu. Naravno, pogrešno je misliti da pravo putuje kroz vreme i prostor bez ikakvih temeljnih promena u značenju, ali svakako je istina da transplantiraju ujednačuju pravo.

Uspešna Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (1980) postala je “prototip” planskih reformi kao što su: UNIDROIT principi međunarodnih trgovinskih ugovora (1994, 2004, 2010), Principi evropskog ugovornog prava (1995, 1997, 2000) i Evropski nacrt zajedničkog referentnog okvira (2009). Pravni projekti poput pomenutih potvrđuju da je harmonizacija produktivna, ali i otkrivaju brojne probleme.

Blagodeti harmonizacije dobro su poznate: olakšava poslovanje uklanjajući složenost brojnih nacionalnih sistema; stvara ugovorni režim skrojen za međunarodni pravni saobraćaj; neutralna je jer ne favorizuje ni Common law ni kontinentalni sistem; popunjava pravni vakum kada nacionalnih rešenja nema (npr. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce); umanjuje troškove poslovanja kada je uspešna (i obrnuto); povećava pravnu sigurnost; izaziva plodonosnu reformu nacionalnih sistema (Mistelis, 2001: 21–22).

Sa druge strane, tu su slabosti harmonizacije: izrada, kao i docnija izmena međunarodnih konvencija je spora i skupa; nepomirljive razlike između nacionalnih sistema vode ka neprimerenim kompromisima (tzv. problem najužeg zajedničkog imenioca); nejednak položaj država otvara problem gubitka suvereniteta; međunarodne konvencije deluju tek nakon ratifikacije koja kasni ili se koristi za spoljnopolitičku ucenu;

harmonizacija izvora ne znači i harmonizaciju prakse zbog različitog tumačenja istog propisa (Mistelis, 2001: 23).

Nema jasnog odgovora na pitanje opravdanosti harmonizacije. Prevladava mišljenje da međunarodno tržište ne bi funkcionisalo na optimalan način. Međutim, kao najvažniji problemi ističu se jezičke barijere, kulturne razlike i navike, udaljenost, divergencija poreskog i procesnog prava, pa tek onda smetaju nepodudaranja u ugovornom pravu. De facto prepreke su važnije od normativnih razlika. Takođe, potrošači ne smatraju da je divergentno ugovorno pravo glavni problem (Smits, 2006: 1193).

Harmonizacija je osuđena na neuspeh zbog nepremostivih razlika već između kontinentalnog građanskog prava i engleskog Common law. Epistemološki, u Common law se rezonuje induktivno s naglaskom na činjenice i srodnu sudsku praksu, dok je u Evropi presudna sistematizacija. Istorijsko objašnjenje je da se Common law razvijao kao sistem koji štiti zemljoposjednike i trgovce od Krune, dok je naprotiv, francusko građansko pravo bilo instrument državne moći radi promene postojećih feudalnih imovinskih odnosa (Smits, 2006: 1194). Kada ovoliki jaz postoji između suseda, Engleske i Francuske, šta očekivati na interkontinentalnom, globalnom nivou?

Zamera se i načinu na koji se harmonizacija sprovodi. U konvencije ulaze norme koje su u širokoj primeni („Common core“ pristup), umesto progresivnih rešenja priznatih u naučnoj zajednici („bolje pravilo“ pristup). Uzalud jedno-obrazna pravila o međunarodnoj prodaji robe uzimaju u obzir različitost društvenih, ekonomskih i pravnih sistema, dok ne postoji sistem specijaliziranih sudova za ujednačeno rešavanje sporova. Prihvatajući ambicioznu viziju globalnog prava, a ne pružajući najmoćnija oružja, Bečka konvencija o prodaji stvara izazove za sve koji rade s njom (Flechtner, 2009: 542).

Evropsko suočavanje s različitim jurisdikcijama doprinosi raspravi o ugovornom pravu u globalnom svetu. Ne treba nametati obavezujući zakon divergentnim pravnim kulturama ako postoji neizvesnost u pogledu opravdanosti harmonizacije ili je u činak nadnacionalnog zakona na postojeće nacionalne sisteme nepoznat. Umesto toga, poželjna je „harmonizacija odozdo prema gore“, ali i tu treba uvažiti da se određena pravna kultura (npr. trgovačka) ne podudara s nacionalnom (Smits, 2006: 1203).

Alternativna, tzv. meka harmonizacija ugovornog prava podrazumeva kodifikaciju običajnog prava i uzansi, čime se u dobroj meri izbegavaju

nedostaci međunarodnih konvencija. Meka harmonizacija omogućava fleksibilno i efektivno približavanje različitih pravnih sistema. Kada se pravilno koristi, uporednopravni metod daje izuzetne rezultate. Ne treba zanemariti ni činjenicu da uspešna harmonizacija ugovornog prava zahteva harmonizaciju javnog i procesnog prava (Mistelis, 2001: 23).

10. Zaključak

Teže je definisati samu globalizaciju na uopšten način nego sagledati njen uticaj na ugovorno pravo. „Privatizacijom“ pravnih sistema, ona je umanjila ulogu države na ugovornoj sceni, ali i ojačala fizička lica pružajući im premijernu istorijsku priliku da sigurno u čestvuju u globalnoj prekograničnoj trgovini.

Podsticaji promena su raznorodni, objekti njihovog delovanja su različiti, ali rezultat je isti – globalizacija ugovornog prava. Proces teče u više brzina istovremeno: ugovorna praksa se menja brže, pisano pravo sporije; međunarodni izvori pre, nacionalni kasnije. Srednjovekovna *Lex mercatoria* je bila nadnacionalna, zatim je stasanjem države došlo do „nacionalizacije“ ugovornog prava, dok se danas gradi transnacionalni *Novus Lex mercatoria* oslonjen na nove tehnologije, baziran na reputaciji.

Beleži se kvantitativni rast formalnih izvora ugovornog prava svake vrste. Naročito se razvijaju modeli: zakona, ugovora, raznih opštih i pojedinačnih akata. Globalno množenje poslovnih odnosa van okvira jednog preduzeća i novi načini za ugovaranje i rešavanje ugovornih sporova povećavaju potražnju za pravnicima. Oni su uključeni u raznorazne socijalne, ekonomske i političke odnose više nego ranije. Globalizacija ugovorne prakse je, u velikoj meri, zapravo širenje načina rada velikih i skupih američkih pravnih kancelarija.

Uprkos svim promenama, najvažnija načela ugovornog prava, poput principa ravnopravnosti ugovarača, opstaju bez obzira na prostor i vreme. Kada svet postane jedno tržište, ono će zahtevati jedan zakon, a taj zakon mora prigrliti sva opšta načela ugovornog prava (Lando, 2004: 9).

Umanjuju se razlike u svetskom uporednom ugovornom pravu i taj trend će se svakako održati, po cenu gubitka pravnog diverziteta. Harmonizacija ugovornog prava podstaknuta globalizacijom sprovodi se često na račun slabijih. Ozakonjuje se nepravlična, pa i nepoštena praksa dominantnih; umesto najoptimalnijih biraju se najzastupljenija ili najjednostavnija rešenja. Slikovito, GMO sorte jesu efikasnije od domaćih, ali svakako nisu ukusnije. Da li će pravnicima budućnosti zbog unifikacije umesto uporedno-pravnog ostati samo pravno-istorijski metod?

Literatura

- Calliess, G. P., Hoffmann, H., & Mertens, J. (2012). The Transnationalisation of Commercial Law. *Zentra Working Papers in Transnational Studies*, No. 04 / 2012, 1–21.
- Cvetković, M. (2017). Nepredvidivost štete kod ugovorne odgovornosti. *Pravo i privreda*, 55 (7–9), 109–124.
- Flechtner, H. M. (2009). Globalization of Law as Documented in the Law on International Sales of Goods. U: Erauw, J. & Taelman, P. (ured.), *Nieuw Internationaal Privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, Reeks 'Gandaius PUC Willy Delva', nr. 35, Mechlin, Kluwer, 2009, 541–560.
- Keily, T. (2003). Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Nordic journal of commercial law*, vol. 1, 1–21.
- Lando, O. (2004). A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles. *UCC LJ*, 37, 3–46.
- Le Goff, P. (2007). Global law: A legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(1), 119–145.
- Lookofsky, J. M. (1991). Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules. *The American Journal of Comparative Law*, 39(2), 403–416.
- Michaels, R., & Jansen, N. (2006). Private law beyond the state? Europeanization, globalization, privatization. *The American Journal of Comparative Law*, 54(4), 843–890.
- Mistelis, L. (2001). Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law. *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, 3–27.
- Shaffer, G. C. (2009). How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework'. *Connecticut Law Review*, 42, 147–183.
- Shapiro, M (2002). Globalization of Freedom of Contract Shapiro, M., & Sweet, A. S. (2002). U: *On law, politics, and judicialization*. Oxford University Press. 296–323.
- Shapiro, M. (1993). The globalization of law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 37–64.
- Smits, J. M. (2006). Law making in the European Union: On globalization and contract law in divergent legal cultures. *La. L. Rev.*, 67, 1181–1203.

Mihajlo Cvetković, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**GLOBALIZATION OF CONTRACT LAW: INCENTIVES,
OBSTACLES AND UNEXPECTED OUTCOMES**

Summary

The concepts like “globalization” and “Europeanization” have shifting meanings but their impact on contract law is indisputable. The globalization of contracts implies contracting practices that make national boundaries irrelevant. Thus, globalized contract law may be designated as a stand-alone system which operates autonomously from the national legal systems.

The globalization of economy entails the globalization of contract law. Given the fact that the stability and welfare of modern western societies is based on economic growth, there is a public interest in fostering the development of economy by providing efficient solutions. The globalization of economic markets generates a relatively uniform contract law. As modern business activities take place between companies rather than within companies, their legal relations cannot be regulated by the corporate management; instead, they have to be contracted. In such a case, the uniform contract rules remove international trade barriers.

However, there is the other side of the coin. The foundations of modern private law have been shaken by devious shock waves of capital merging and privatization. The prevailing body of rules is not necessarily the best or the most adequate one but, quite frequently, the one that has been widely accepted by diverse international community. In some cases, international standards simply provide legitimate framework and formal support to the informal practices of dominant multinational companies. Globalization strengthens the big and powerful while weakening the overall position of others. So, to what extent is global contract law “Americanized”? Shaped by EU Directives, European contract law is a globalization paradigm; but, is there any “hidden agenda”? The vital de facto barriers are disregarded considering that consumers encounter more serious problems than the diverging contract law practices.

*A significant characteristic of contemporary contract law is an increasing trend toward global harmonization. The successful 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods has become a “prototype” for recent contract law reforms, embodied in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law, and the European Draft Common Frame of Reference. Traditionally, *lex mercatoria* plays an important role as an*

evolving body of norms in global economy. Thus, these projects are an excellent test case for identifying the conditions which would ensure more productive effects of the globalization of contract law, but they also reveal the major roadblocks to that goal.

Ever since the emergence of the national state, the law-making process has primarily been a task for the national legislatures and courts. These laws are intended for relatively homogeneous societies, characterized by a common language and culture. However, this traditional conception is now rapidly changing. Contracts have always been a kind of private law-making. Thus, there emerges global contract law, which is independent from any global law giver but still dependent on already established national legal and judicial institutions.

Keywords: *globalization, contract law, international sources, European contract law, harmonization, global contract law.*

DUŽNOST MEĐUSOBNOG OBAVEŠTAVANJA I PRAVNE POSLEDICE NJENE POVREDE

Apstrakt: U radu je analizovana dužnost obaveštavanja stranâ učesnica u pregovorima. Autorka je pošla od – u građanskom pravu važećeg – pravila da takva nije opšta i uvek postojeća, da bi utvrdila pojedinačne situacije u kojima se, ipak, nekakve informacije očekuju ili i zahtevaju, jer su važne za ugovornu odluku. U odsustvu izričite zakonske norme, oslonila se na načelo savesnosti i poštenja, uporednopravno najčešće i korišćenog metoda izbora vrste, opsega i sadržine obavezno dugovanih obaveštenja. Ispitala je i pravne posledice (skriviljene) povrede ove dužnosti i odgovornost za povredu, koja je najčešće predugovorna, sankcionisana obavezom na nadoknadu štete zbog poverenja.

Ključne reči: dužnost (međusobnog) obaveštavanja, načelo savesnosti i poštenja, pregovori, dužnosti pregovarača, predugovorna odgovornost.

1. Uvod

Unazad već nekoliko decenija, o savremenom društvu govori se s predznakom globalnog ili globalizovanog, čuje se i da je svet postao jedno veliko, planetarno selo, u kom se informacije šire neverovatno velikom brzinom i postaju lako dostupne. Ove konstatacije kao da obesmišljavaju izjednačavanje imanja informacija sa moći. No, to je samo privid. Relativno jednostavna pristupačnost informacijama nesporno nas čini obaveštenima, ali da li su nam sve one potrebne za pravu i razumnu odluku, posebno o važnim stvarima? Takvima svakako smatramo zasnivanje

*ivana@prafak.ni.ac.rs

pravno-poslovnih i, pre svega, ugovornih odnosa, kad je mnogo značajnije znati i razumeti nama važne i odlučne činjenice, opredeljujuće za naš izbor između ugovorati ili ne, i pod kojim uslovima. Time se stiče bolji (ili, makar, ravnopravniji) pregovarački položaj i prilika da ugovorne odredbe prilagodimo više svojim nego interesima i potrebama druge strane ili, makar, zajedničkim. Oslanjanje na takvu prednost, samo po sebi, ne znači i zloupotrebu, jer u građanskom pravu nema opšte dužnosti (međusobnog) obaveštavanja. Zapravo, suprotno je pravilo: svako je dužan da se dovoljno obavesti o sebi važnim činjenicama u vezi sa nameravanim pravnim poslom, i da preuzme rizik njihovog kvaliteta, potpunosti i tačnosti. To je pravilo robno-novčanog prometa i tržišne (posebno neoliberalne) ekonomije, čiji su u česnici u stalnom međusobnom nadmetanju i nastoje da svoju činidbu prodaju što skuplje, a kupljenu plate što manje. Tržišna prednost ne stiče se isključivo kvalitetom ponuđene robe i usluga, već, sve češće, ispitivanjem navika potrošača, praćenjem i analizom tržišnih kretanja, što plaća ona strana koja se potrudila da do takvih informacija dođe. Zbog čega bi ih bila dužna podeliti s drugom stranom, ako je ona to isto mogla i sama učiniti? Da li je prvi dužan više uvažavati tuđ interes od sopstvenog?

Čisto tržišna logika daje legitimitet ovakvom rezonu, ali mi ne smemo zaboraviti ni jednako važne i obavezujuće moralne obzire, savesnost i poštenje, niti činjenicu nejednake ekonomske moći i sve dubljeg jaza između malog broja prebogatih i ogromnog broja siromašnih. Otuda, u svakom pravnom sistemu postoje pravila – izričita ili iz opštijih načela obligacionog prava izvedena – na osnovu kojih utvrđujemo kada treba obavestiti drugu stranu, o kojim činjenicama, te koja je sankcija za slučaj neispunjenja ove dužnosti. Ovde uočavamo značajne razlike između evropskokontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema.

U pravima prvopomenutog pravnog sistema dužnost uzajamnog obaveštavanja je pravno sankcionisana obaveza, propisana ili kao norma ili izvedena iz načela savesnosti i poštenja, obavezujućeg za sve u česnike u pravnom prometu. U Nemačkoj, na primer, nepostojanje izričite zakonske norme o dužnosti obaveštavanja svojevremeno nije sprečilo pravnu teoriju i sudsku praksu da do nje, ipak, dođe, na temelju opštijih ugovornih principa o uzajamnoj pažljivosti i vođenju računa o interesima druge strane (Jeringova teorija o *culpa in contrahendo*). Ni u fazi pregovora pregovarači nisu stranci; između njih se uspostavlja veza, koja, iako još uvek nije savršen *vinculus iuris* (a možda to neće ni postati ako ugovor ne bude zaključen), ipak obavezuje na pošteno i savesno postupanje. Ovo još uvek ne znači da je dužnost uzajamnog obaveštavanja

opšte pravilo za svaku situaciju. Prilagođava se, kvalitativno i kvantitativno, nizu okolnosti: tipu i specifičnostima nameravanog pravnog posla, naročitom odnosu zainteresovanih strana (koji može biti odnos dugotrajne poslovne saradnje, odnos poverenja ili odnos zavisnosti jedne strane od druge i oslanjanja na nju: lekar – pacijent, advokat – klijent, štíćenik – staralac, te drugi fiducijarni odnosi naročitog poverenja), specifičnostima predmeta činidbe (tehnički proizvod, vozilo, građevinsko zemljište), zatim činjenici da je jedna strana zakonom posebno zaštićena (potrošač, energetski ugroženi kupac) ili da ima izrazitu ekonomsku ili finansijsku premoć, dominantan ili monopolistički položaj.

Važnim se pokazuju i način na koji se došlo do informacija i ko pregovara – privredni subjekt (profesionalac) sa onim ko to nije, ili ravnopravni tržišni učesnici. Očekivani standardi ponašanja nisu isti. Ne treba očekivati, niti od privrednih subjekata zahtevati, da međusobno razmenjuju informacije dobijene na osnovu posebno naručenog i plaćenog ispitivanja tržišta, niti one jednako dostupne. Drugačija su pravila u komunikaciji sa stranom koja bi predmet činidbe upotrebila za svoje privatne, neposlovne potrebe. Logika navedenog ova je: privrednim subjektima lakše je, brže i jeftinije da dođu do potrebnih informacija i dužni su ih saopštiti drugoj strani koja to nije (posebno potrošaču), ako joj one uopšte nisu dostupne ili ne pod jednakim uslovima.

Englesko pravo drži se robusne viktorijanske tradicije individualizma, u kojoj je svako dužan sam se starati o svojim interesima. U predugovornoj fazi ne postoji pravno propisana i sankcionisana opšta dužnost obaveštavanja druge strane, čak nije sankcionisano ni ćutanje i neotklanjanje uočene zablude saugovarača. To još uvek nije ni prevara ni povreda neke opšte pravne obaveze ili pravnog načela. Ovo će postati samo ako su vrsta ugovora ili naročiti odnos poverenja, zavisnosti ili oslanjanja na drugu stranu (trast i drugi raznovrsni fiducijarni odnosi) nalagali spontano i dobrovoljno obaveštavanje. Ravnoteža se traži u obavezi da sve što se kaže bude potpuno i istinito, i odgovornosti čak i za nenamerno ili iz nepažnje dat neistinit ili nepotpun podatak.

Razmena informacija o mogućnostima i uslovima za zaključenje ugovora počinje već prvim uspostavljenim kontaktom zainteresovanih strana. Često su to pregovori, mada je dovoljna i drugačija, manje formalna komunikacija. Opredelili smo se da dužnost obaveštavanja (informisanja) analizujemo kroz pregovore, iako se s njenim ispunjavanjem ne sme prestat i pošto pregovori budu uspešni a ugovorni odnos

bude zasnovan. Razlog ovakvom opredeljenju nalazimo u činjenici da su pregovaračke dužnosti, time i međusobno obaveštavanje, retko izričito i detaljno uređeni, dok ugovornike obavezuju konkretnija pravila. U predugovornoj fazi pribegava se izvođenju konkretnijih pravila iz opštih pravnih načela – dobrih poslovnih običaja, savesnosti i poštenja – i utvrđene poslovne prakse. U našem pravu, zakonska norma o pregovorima, čl. 30 Zakona o obligacionim odnosima, nedovoljna je, pa se i pravna teorija i sudska praksa okreću najčešće ka savesnosti i poštenju. Činilo nam se, stoga, opravdanim da analizu počnemo sa ovim važnim principom građanskog prava. U središnjem delu rada, u fokusu nam je dužnost obaveštavanja, ali smo se osvrnuli i na ostale pregovaračke dužnosti i posledice njihove povrede. Slede im zaključna razmatranja.

2. Savesnost i poštenje – zapovest pregovaračima

Generalna klauzula kojom se otklanja nesklad između opštevažeće norme, koja treba da obezbedi pravnu sigurnost, i pravde pojedinačnog slučaja (Petrović, 1980: 57) jesu savesnost i poštenje. Primena generalnih klauzula, pa i ove, o dužnosti savesnog i poštenog međudnosa strana, neizbežna je u svakom pravnom poretku, ma koliko da je njegov zakonodavac bio detaljan u normiranju društvene stvarnosti. Jer – ova je promenljiva često i nepredvidiva, pa beži okvirima opšteg zakonskog pravila za nju predviđenog. Pravna načela su neprocenjivo blago, moć u rukama „delioca pravde pojedinačnog slučaja“ da „postigne jedan, pravu primeren, rezultat i onde gde bi podvođenje činjeničog stanja ili zbivanja pod zakonsku normu, doduše, služilo pravnoj sigurnosti i izvesnosti, ali bi vodilo do nepravednog ishoda, kao i da omogući ispravno rešavanje onih slučajeva koji izmiču normativnim shemama utvrđenim jednom za svaku priliku“ (Petrović, 1980: 57). No, pojedinačno pravilo što ga sudija stvara tumačenjem smisla pravnog načela ne sme isključivo pogodovati celishodnosti datog slučaja, već izražavati i pravilno shvaćenu zakonodavčevu nameru, koju kruta zakonska norma uvek ne postiže. Savesnost i poštenje u stanju su da prošire ili suze prava i obaveze strana, ali ne smeju kidati vezu sa osnovnim pravnim poslom kojim su ustanovljene, niti da ga pretvore u neki drugi,¹ jer se time ulazi u područje zakonom garantovane autonomije u ugovornim odnosima.

1 Osim ako pravičnost iziskuje prilagođavanje posla promenjenim okolnostima, primenom klauzule *rebus sic stantibus* (čl. 133, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93. Dalje: ZOO).

Najširu primenu načelo savesnosti i poštenja ima u nemačkom pravu, zahvaljujući sad već čuvenom paragrafu 242 BGB-a i izričitoj zakonskoj zapovesti da je dužnik dužan činidbu ispuniti „onako kako zahtevaju savesnost i poštenje, i prema običajima u prometu“. *Treu und Glauben* nemačkog prava jesu od svakog pravnog subjekta zahtevani standard međusobnog opštenja i u rukama sudije moćan instrument da spreči zloupotrebu prava, da utvrdi dodatne obaveze u obligacionom odnosu (*Sonderobliegenheiten*), naposljetku – i da ga prilagodi novonastalim okolnostima.² Zakonodavac se od početka saglasio sa ovakvom praktičnom primenom, zato što ga je i predvideo kao „sredstvo stalnog dopunjavanja, ispravljanja i obnavljanja propisanog prava“ (Petrović, 1980: 59)³.

U primeni, ova dva pojma, od kojih je savesnost više subjektivna kategorija, a poštenje objektivizovana, najčešće idu u paru i zajedno se tumače i primenjuju. Ređe bivaju samostalno posmatrani imperativi moralnog i pravnog poretka. Neki domaći pravni pisci vide ih kao sinonimne reči (poput Čedomira Markovića), a neki jasno razdvajaju, prema njihovoj usmerenosti (Petrović, 1980: 61).⁴ No, o ulozi savesnosti i poštenja nema nesaglasnosti: ovo načelo suprotstavlja se nepoštenju, neobzirnosti prema drugom, prevari.

Savesnost i poštenje opšte je načelo domaćeg građanskog prava, obavezujući standard ponašanja obeju strana u „zasnivanju obligacionih odnosa i ispunjavanju prava i obaveza iz njih“ (čl. 12 ZOO). Uprkos svojoj potentnosti, čini se da ga sudije ne koriste u punoj meri, a to bi se moglo reći i za većinu drugih generalnih klauzula građanskog prava. Za njim se poseže u tumačenju zakonske norme ili radi ispravljanja ili ograničavanja ugovornih prava i obaveza, veoma retko (poput nemačke sudske prakse) radi ustanovljavanja novih obaveza, svakako ne glavnih, već sporednih, radi zaštite strane koja trpi, i postizanja pravičnijeg ugovornog odnosa. Jedna od takvih sporednih obaveza jeste dužnost uzajamnog obaveštavanja (informisanja), koja ne mora biti izričito

2 U nemačkom pravu tri osnovne funkcije savesnosti i poštenja. Videti i: Petrović, 1980: 58–59, Stojanović (1973): 18–21 i Stojanović (1980): 110–112.

3 Savesnost i poštenje prevod su nemačkog izraza *Treu und Glauben*. *Treu* - pouzdanost, savesnost, privrženost, odanost, poštenje i moralni odnos dužnosti među onima koji pripadaju jedan drugome, ispunjenje bez ostatka prihvaćene obaveze; *Glauben* – ostajanje pri obećanom, čestitost i poklanjanje vere drugome (Petrović, 1980: 59).

4 „Savesnost ukazuje na jednu subjektivnu datost, a poštenje ide od ličnosti ka pravilnostima i prosečnostima pravnog saobraćaja, prema kojim njegovim odlikama se i upravlja“ (Petrović, 1980: 61).

ugovorena i sadržajno određena da bi bila sankcionisana, jer je iz načela savesnosti i poštenja izvedena.

Iz načela savesnosti i poštenja proizlaze sasvim konkretne dužnosti, za strane obligacionog odnosa obavezujuće i pre nego što ovaj dobije svoju konačnu – ugovornu formu i sadržinu, pa i ako do toga uopšte i ne dođe, jer pregovori budu prekinuti. Dužnost uzajamnog obzira i pažnje, vođenja računa o interesima druge strane važe u svakoj fazi razvoja obligacionog odnosa, počev od njegovog zasnivanja, na šta upućuje i sama norma iz čl. 12 ZOO, kojom je načelo propisano. Njime su obuhvaćeni i, načelno, neobavezujući pregovori i razmena informacija o činjenicama važnim za zaključenje ugovora, jer se već ovim otvara put ka zasnivanju obligacionog odnosa. Pregovori se ne moraju okončati uspešno (negativna sloboda ugovaranja) i svaki je pregovarač slobodan da od njih odustane u bilo kom trenutku, ali, dok je u njima, njegovo ponašanje i ispunjenje sasvim konkretnih pregovaračkih dužnosti ocenjuje se i u svetlu savesnosti i poštenja. Analizujemo jednu od takvih – dužnost informisanja ili međusobnog obaveštavanja, koja obuhvata međusobno obaveštavanje pregovarača o odlučnim okolnostima, od kojih zavisi ishod pregovora. Ostale su: obaveza sadejstva i saradnje, zaštita od eventualne štete i uvažavanje opravdanih ugovornih interesa druge strane.⁵ Skriviljena povreda ovih dužnosti sankcionisana je obavezom na naknadu prouzrokovane štete, redovno negativnog ugovornog interesa.

Odgovornost i sankcija postaju razumljivi ukoliko svaki obligacioni odnos – pa i onaj koji nije *intuitu personae* – vidimo kao odnos poverenja već od trenutka kad su se dve osobe, dva pregovarača, našli u ozbiljnoj međusobnoj vezi, usmerenoj ka čvrstom pravnom obavezivanju kakvo je ugovor. Tada stvoreno uzajamno poverenje obavezuje da se pregovorima pristupi sa ozbiljnom ugovornom namerom ili od njih odustane, ako nje više nema. Dužnost obaveštavanja saobražava se prirodi i cilju nameravanog ugovora, poznatim ili, iz konkretnih okolnosti, podrazumevanim očekivanjima stranâ, pa i prema njihovom položaju ili svojstvima. Obaveštenja treba da su potpuna kod ugovora naročitog poverenja, kad se jedna strana osnovano oslanja na savet ili stručno znanje one druge (odnosi zavisnosti, lekara i pacijenta, advokata i klijenta), u potrošačkim ugovorima, ugovorima o pružanju finansijskih usluga, ali i u svakom drugom, kad samo jedna strana poseduje važnu informaciju (prodavac o svojstvima stvari koju prodaje) ili joj je jednostavnije da do nje dođe bez naročitih istraživanja ili dodatnih

⁵ Moguće je i drugačije razvrstavanje pregovaračkih dužnosti. O tome, v. pod 4. Pregovori i dužnosti pregovarača.

troškova. U odnosu poslovnih konkurenata, i inače među privrednim subjektima, skromnijeg je domašaja, zato što se oni međusobno nadmeću za što povoljniji tržišni položaj, posebno ako obavljaju istu poslovnu delatnost i istoj ciljnoj grupi se obraćaju. Ne može se od njih očekivati velikodušno deljenje informacija, naročito ne onih do kojih su došli posebnim istraživanjem tržišta (npr., o navikama potrošača) ili su na drugi način pribavljene a plaćene informacije. One su rezultat njihove inicijative i preduzetništva, koje treba podsticati, ne obeshrabrivati (što bi se sigurno desilo da i njih treba saopštiti). No, informacije do kojih se došlo slučajno ili bez dodatnih troškova i važne su za ugovornu odluku drugog pregovarača – imaju se saopštiti. Neuslovljeno obimom dugovanih obaveštenja, važi pravilo istinitosti, tačnosti rečenog. Uočena zabluda pregovaračeva, izazvana nedovoljnim poznavanjem stanja stvari, njegovim netačnim predstavama o bitnom ili datim obaveštenjima, takođe se mora otkloniti, tačnim i potpunim obaveštenjem.⁶ Utoliko pre, sankcionisano je namerno dovođenje pregovarača u zabludu, laganjem, propuštanjem saopštavanja bitnog ili dovoljnog: zbog prevare – ako ugovor bude zaključen, a ako ne – skrivljene a štetne povrede dužnosti informisanja.

Navedenu sadržinu dužnosti informisanja odredili su pravni teoretičari i delioci pravde, povodom konkretnih sporova (zakonodavac to retko čini), vođeni načelom savesnosti i poštenja. Činilo nam se, stoga, i opravdanim, poći od ovih dvaju imperativa.

2.1. Poreklo i razvoj načela savesnosti i poštenja

Zahtev za savesnošću i poštenjem u pravnom prometu razvio se iz prastarih pojmova rimskog prava, *fides* i *bona fides*, u značenju vernosti i držanja date reči: *Bona fides exigit ut quod conventi fiat* (Javolenus, D, 19, 2, 21) – poštenje zahteva da se ugovoreno učini (Stojanović, 1980: 108). *Bona fides* je ispravno i lojalno ponašanje. Na suprotnoj strani spektra su *mala fides* i *dolus (fraus)*. *Fides bona contario est fraudi et dolo* (Paulus, D, 17, 2, 313) – savesnost je suprotnost nepoštenju i prevari (Stojanović, 1980: 108).

Prvobitno je navedenim izrazima sudija istraživao iza izgovorenih reči nameru strana, konsakrirajući utuživost i neformalnih ugovora (*negotiorum bonae fidei*), pa je tumačenjem ugovora davao pravnu obaveznost i onome što se dužuje *ex bonae fidei*, što se smatra poštenim u prometu,

6 Ko je stvorio dvosmisleno pravno stanje ili nejasnu situaciju, mora ih otkloniti odgovarajućim obaveštenjem, u protivnom – gubi time stečene prednosti i zahteve (Petrović, 1980: 65).

lojalnim i ispravnim postupanjem u ispunjenju ugovornih obaveza, iako nije ugovoreno (Krulj, 1956: 44).⁷

Osim ovog, obligacionopravnog, značenja (*bona fides praestare*), savesnost i poštenje ima još jednu važnu građanskopravnu primenu – u polju stvarnog prava: prema savesnosti držaoca utvrđuju se vrsta i obim naknade troškova na koje ima pravo kad vraća stvar po državinskoj ili reivindikacionoj tužbi; kod održaja, gde zabluda o prenosiočevoj vlasničkoj legitimaciji, praćena odgovarajućim titulom i dovoljnim protekom roka, suštinski menja držaočev status – od držaoca *bona fidei*, on postaje vlasnik.⁸

Sa ovim dvama značenjima – *bona fidei praestare* (u obligacionom pravu) i *bona fidei possidere* (u stvarnom pravu), savesnost i poštenje ulaze u savremeno pravo, usput se bogateći novim nijansama značenja i šireći domen primene, te postaju opšti pravni princip, obavezujuće pravilo o očekivanom ponašanju svih građanskopravnih subjekata.

Savesnost i poštenje (*Treu und Glauben, bona fides, regles dela bonne foi, bonna fede*) verovatno je najčešće upotrebljavan standard za iskazivanje očekivanog ponašanja učesnika svakog društvenog odnosa. Normiranjem ili primenom u sudskoj praksi, kada izričite norme nema, on postaje pravno obavezujući sankcionisani standard i u svakom pravnom odnosu. Još od rimskog prava, iskazivao je zahtev za uzajamnom obzirnošću i posvećenošću strana zasnovanom pravnom odnosu, prema cilju koji su imale u vidu, za lojalnim i poštenim izvršenjem preuzetih obaveza, uvažavanjem i zaštitom interesa druge strane.

2.2. Uloga savesnosti i poštenja u primeni prava

Savesnost i poštenje pre svega su jedna etička maksima, u nekim pravima i zakonska (čl. 12 ZOO, § 242 BGB, čl. 2 Schweizerisches ZGB, čl. 1134 Code Civil, čl. 195 Codice Civile). Sve i da nije izričitom normom propisana, maksima bi svakako obavezivala temeljem svoje moralne snage i odavno formirane pravne svesti da je to minimum ispod kog se ne sme ići. Opšta je smernica ponašanja u svakom pravnom odnosu (predugovornom, ugovornom, na temelju

7 „Tako je pojam postao i novi metod tumačenja prema nameri strana i pravilima poštenog prometa, ali i svojevrsno uputstvo ugovaračima da u zaključenju i ispunjenju ugovora budu savesni i poštenu, da se uzdrže od neloyalnih postupaka i delanja“ (Krulj, 1956: 45).

8 Razmatranje stvarnogopravnog značenja savesnosti i poštenja prevazilazi okvir naslovljene teme, pa čitaoca upućujemo na: Krulj, 196: 47–50.

zakona zasnovanom), uz pravičnost i dobre običaje, prava mera uvažavanja interesa obeju strana.⁹

Smisao savesnosti i poštenja je u utvrđenju ili preciziranju prava i obaveza van onoga što je rečeno u ugovoru ili zakonu, ali u njihovom duhu. Njima sudija ne može stvarati nova prava i obaveze (posebno ne sme menjati ugovornu volju), niti namesto ugovorenog odrediti novu sadržinu, jer bi to bio novi ugovor, sudski kreiran i saugovaračima nametnut.¹⁰

Sudija je jedino ovlašćen da sasvim konkretno utvrdi sporedne obaveze, vodeći računa o ugovornom predmetu i cilju, namerama strana i njihovim opravdanim očekivanjima i interesima. Ove sporedne dužnosti, zapravo, treba da obezbede pravilno izvršenje glavnih obaveza, onako kako se očekuje od savesnih i poštenih, datoj reči privrženih ljudi, i mogu biti veoma različite, već prema konkretnim okolnostima.¹¹ One su: obaveze staranja i čuvanja, uzajamnog obaveštavanja i objašnjenja, podnošenja računa, sadejstva i zaštite, propuštanja i druge, utvrđene prema potrebi i za svaki ugovor posebno (Stojanović, 1973: 25; Stojanović, 1980: 110–111).

Sporedne obaveze ne duguju se apstraktno i prema svakom u česniku pravnog prometa (mada zahtev za poštenim postupanjem ostaje), jer ni same nisu takve – apstraktne i neodredive.¹² Nastaju već u predugovornoj fazi, pre osnovnih prava i obaveza, stupanjem u poslovni kontakt radi zaključenja ugovora. Razlog ovako ranom uzajamnom obavezivanju onih koji tek iskazuju zainteresovanost za ugovor, ali bez obaveze i da ga zakluče, leži u činjenici da pregovarači nisu stranci, već da je svaki već ušao u pravnu sferu ovog drugog i ne sme je jednostrano štetno menjati. Od pregovarača se očekuju povećana uzajamna pažnja i obzirnost. Skrivljena

9 „Ako bismo eliminisali načelo savesnosti i poštenja iz građanskog prava, to bi značilo da pravo sankcioniše upotrebu laži i prevare u odnosima strana u pravnom prometu, to bi značilo izazvati opštu pravnu nesigurnost u poslovnim i svojinskim odnosima“ (Krulj, 1956: 50).

10 Osim ako su promenjene okolnosti i u interesu je strana da se ugovorni odnos njima prilagodi. V., čl. 133 st. 1 ZOO. U teoriji, ovo se naziva ispravljajućom (preciznije, rekli bismo – prilagođavajućom) funkcijom načela savesnosti i poštenja, kako bi se izbegao raskid ugovora, osim ako to nije moguće (Stojanović, 1980: 111).

11 Samo izuzetno dozvoljeno je preoblikovanje ugovornog odnosa, zamenom ugovorenih drugim glavnim pravima i obavezama, ne bi li se izbegao rezultat koji bi, bez ovakve sudijske intervencije, bio suprotan savesnosti i poštenju (tako je u nemačkom sudskoj praksi) V., Stojanović, 1980: 111).

12 Druga je stvar što se utvrđuju za svaki slučaj posebno, prema njegovim posebnostima. U tome je smisao svakog pravnog standarda – da kruto pravilo učini funkcionalnim i pravičnim za konkretni odnos, kad ovo, samo po sebi i za slučaj na koji se primenjuje, to nije.

povreda sporednih dužnosti, doduše, ne stvara obavezu na zaključenje nameravanog ugovora, ali obavezuje na nadoknadu pričinjene štete (šteta zbog poverenja, negativni ugovorni interes). Institut odgovornosti za skrivljenu povredu predugovornih dužnosti – *culpa in contrahendo* – uobličio je nemački pravnik Rudolf von Jering, a razvile nemačka pravna teorija i sudska praksa, i danas je opšteprihvaćen institut, makar u nekoj od svojih varijanata.¹³

3. Dužnost obaveštavanja u srpskom ugovornom pravu

Zakonom o obligacionim odnosima nije propisana opšta međusobna dužnost obaveštavanja (informisanja) stranâ, već u vezi sa pojedinim institutima¹⁴ ili ugovorima¹⁵. Time je naše pravo oduvek držalo korak sa uporednopravnim rešenjima, ali i sa prirodom ugovornih odnosa, u kojima strane, mada teže istom cilju, nastoje da sebi obezbede što povoljniji, najpre pregovarački, a potom i ugovorni položaj. Otuda, dobrovoljno nuđenje i saopštavanje svih činjenica u vezi sa nameranim ugovorom nije ni pravilo, niti zakonska obaveza: koliko će se i šta saopštiti drugoj strani zavisi od tipa ugovora i vrste dugovanih činidaba, cilja koji ona želi da ostvari i njenih opravdanih (razumnih) očekivanja da bude obavještena o onim pravnoznačajnim činjenicama neophodnim da odluči da li će zaključiti ugovor ili odustati.

Dužnost međusobne saradnje takođe je važna za utvrđivanje vrsta i obima informacija koje se imaju dati: upitana o određenim činjenicama u vezi sa ugovorom, strana koja ih poseduje dužna ih je saopštiti, istinito i potpuno, posebno ako se tiču njene činidbe ili potiču iz sfere njenog

13 Istražujući rimsko pravno nasleđe, nemački pravници nastojali su otkriti pravi smisao *Treu und Glauben*, odrediti im granice „u kojima će biti primenjivane, bez rizika da se izricanje pravde, pozivom na njih, pretvori u suđenje *secundum sequum et bovem*“ (Kruļj, 1956: 46). Pronalaženje pravog mesta i domašaja načelu savesnosti i poštenja, zapravo, bilo je mirenje dva važna pravna principa – pravne sigurnosti i pravičnosti – kako rigidna opšta pravna norma, primenjena na pojedinačni slu čaj, ne bi bila *summa ius summa iniuria*.

14 Strana koja zbog promenjenih okolnosti namerava da ugovor raskine, dug u je blagovremeno obavještenje (čl. 134 ZOO); svaka ugovorna strana koja ne obavesti onu drugu o činjenicama od uticaja na njihov međusobni odnos, odgovora za prouzrokovanu štetu (čl. 268 ZOO).

15 Dužnost obaveštavanja u ugovoru o angažovanju turističkih kapaciteta (čl. 887 ZOO), ugovarača osiguranja imovine o svakoj promeni okolnosti koja može biti od značaja za ocenu rizika (čl. 914 ZOO), ugovarača osiguranja života da ne preću ti nijednu okolnost od značaja za ocenu rizika, niti dâ la žni podatak, posebno o godinama života (čl. 944 ZOO) i dr.

uticaja, i poznate su joj. Već samo pitanje, čak i ako se ne odnosi na glavne ugovorne sastojke, već sporedne tačke (koje ugovarači inače mogu izostaviti iz svog dogovora, računajući na primenu dipspozitivnih zakonskih odredaba, npr., vreme, mesto i način plaćanja), pokazuje da su ove tačke tom jednom ugovorniku i za taj jedan, konkretan, ugovor važne – subjektivno bitne. Svaka je strana dužna otkloniti uočenu pogrešnu predstavu ili uverenje svog ugovornog partnera koje su izazvala njena obaveštenja (dužnost razjašnjenja), inače bi mogla odgovarati za prevaru.

Nepostojanje izričitog i opšteg zakonskog pravila o dužnosti informisanja nije smetnja njenoj primeni i, u slučaju povrede – sankcionisanju. Oslonićemo se na izričito propisano načelo savesnosti i poštenja, koje nam kazuje da su međusobna lojalnost strana, iskrenost i saradnja obavezujuće ponašanje već od trenutka zasnivanja obligacionog odnosa i za sve vreme njegovog trajanja, posebno u ostvarivanju prava i obaveza iz njih (čl. 12 ZOO). U ugovornim odnosima načelo obavezuje na uzajamnu saradnju i obaveštavanje – i o činjenicama objektivno bitnim (prema tipu ugovora i vrsti činidbe, utvrđenim dobrim poslovnim običajima) i o poznatim subjektivno bitnim (konkretnom ugovorniku) – jer su to preduslovi da ugovorni odnos uopšte i bude zasnovan, a da se zasnovani pravilno razvija i ostvari svoju svrhu.

Dužnost obaveštavanja može se analizovati u predugovornoj fazi – tokom pregovora, i kasnijoj, ugovornoj fazi, u kojoj strane pripremaju ili već ispunjavaju svoje obaveze. Uzajamno obaveštavanje posebno je važno u dugotrajnim ugovornim odnosima ili onim u kojima je u kraćem vremenskom razmaku ugovoreno povremeno ili periodično ispunjavanje obaveza, zato što se okolnosti u vreme njihovog zasnivanja mogu toliko promeniti da bitno otežavaju ili, čak, osujećuju postizanje ugovorene svrhe. Strana kod koje postoji promena (npr., postala je privremeno platežno nesposobna) duguje blagovremeno obaveštenje radi prilagođavanja ugovora novonastalim okolnostima.

Nadalje, predmet naše pažnje biće samo dužnost obaveštavanja u predugovornoj – fazi pregovora, i odgovornosti za njenu povredu. Pre toga, valja i ukazati na to da su za pojedine vrste ugovora, posebnim ili Zakonom o obligacionim odnosima, detaljno uređena dugovana obaveštenja, i da se na takve ugovore prvenstveno primenjuju ta, posebna, pravila, a da će načelo savesnosti i poštenja imati dopunjujuću ulogu – radi preciziranja, razjašnjenja ili prilagođavanja konkretnoj situaciji krute zakonske norme. Navešćemo potrošačke ugovore (Zakon o zaštiti

potrošača)¹⁶, ugovore o osiguranju imovine i lica, pa i ugovore o prodaji proizvoda čija pravilna i bezbedna upotreba zahteva pouku kupca, preciznija uputstva i obaveštenja. Značajna su i pravila o oglašavanju proizvoda, jer se savremeni potrošač najpre obaveštava iz reklame, često se zadovoljavajući da mu ona bude dovoljan izvor informacija. Reklama, ipak, ne sadrži sva potrebna obaveštenja o karakteristikama proizvoda i uslovima pod kojima se nudi zaključenje ugovora (vrlo često uređenim opštim uslovima poslovanja, o kojima se samo izuzetno može pregovarati) i kupcu ne omogućava donošenje informisane i razumne odluke. Radi izbegavanja zabune i mogućeg spora između kupca i prodavca, propisima o zaštiti potrošača, pa i Model-pravilima Nacrta zajedničkog pojmovnog okvira¹⁷, kojima se članicama EU nudi ujednačeno normiranje građanskopravnih odnosa, propisano je da se potrošač ne sme dovesti u zabludu; zavaravajuće reklame zabranjene su (II – 3:102 Model- pravila). Takvima se smatra oglašavanje svojstava koje proizvod nema ili izostavljanje činjenica čije saopštavanje prosečan potrošač opravdano može da očekuje, jer su potrebne za informisanu odluku. Ukoliko prodavac koristi poseban način oglašavanja da bi potrošaču naročito skrenuo pažnju, a ovaj bi mogao steći pogrešan utisak da je dovoljno obavešten o svojstvima i upotrebi proizvoda, načinu plaćanja ili pravu na prigovore, dužan je saopštiti sve bitne informacije (II – 3: 102 (2) Model-pravila).

4. Pregovori i dužnosti pregovarača

Pregovori ne znače postignutu saglasnost o bitnim sastojcima ugovora, već pripremaju da se on, eventualno, zaključi, razmenom informacija o pravno značajnim okolnostima – kvalitetu i bitnim osobinama predmeta činidbe, načinu i vremenu ispunjenja obaveza, platežnoj sposobnosti strana, i drugim činjenicama važnim za nameravani ugovor. Otuda i zakonsko pravilo da pregovori ne obavezuju i da mogu biti prekinuti u bilo kom trenutku (čl. 30, st. 1 ZOO). „Ako posle pregovora dođe do zaključenja ugovora, sva prava i obaveze potiču iz ugovora, a pregovori

16 Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. glasnik RS*, 62/14, 6/16. Skrećemo pažnju na osnovno i neodrecivo pravo potrošača na obaveštenost (na raspolaganje potpunim i tačnim podacima neophodnim za razuman izbor ponuđene robe i usluga) i čl. 13 – dužnost obaveštenja pre zaključenja ugovora. Sadržina ostalih prava na obaveštenost utvrđena je u čl. 6–16; značajne su i odredbe o nepoštenoj poslovnoj praksi, čl. 17–26.

17 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Study Group on European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Eds. Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke, 2009. Dalje: Model-pravila.

ostaju kao neki pređeni put koji uopšte ne obavezuje strane u smislu ugovora. U tom slučaju oni su samo poslužili da strane steknu jasniju sliku o mnogim pokrenutim pitanjima i da na taj način preciznije izraze svoj *animus contrahendi* “ (Perović, 1981: 264).

Sloboda pregovaranja i stupanja u kontakt sa zainteresovanim osobama nije apsolutna, kao što nije ni sama sloboda ugovaranja. Savesnost i poštenje i uzajamna obzirnost važeći su standardi ponašanja i za pregovarače, koje nije povezala tek puka slučajnost, već mogućnost da zajedničkim učešćem u istom poslu – ugovoru – ostvare svoje interese. Pregovori se vode radi saznanja na šta se tačno ugovornici obavezuju, i pod kojim uslovima, koje su moguće pravne i ekonomske posledice zaključenja ugovora, radi obaveštenja o situaciji druge strane (sposobnosti plaćanja, poslovnom poštenju), mogućnosti međusobnih ustupaka kad prvobitno ponuđeni uslovi nisu sasvim zadovoljavajući. Prihvatom ponude značajnim postaje ugovoreno, ali ni pregovori nisu sasvim bez pravnog značaja. Pregovaranje je proces u kom se obrazuje ugovorna odluka, na osnovu u njima saopštenog. Zbog toga se i eventualni razlozi manâ volje, potekli od nedovoljnog, nepotpunog ili netačnog prikaza stanja stvari za koje je odgovorna druga strana, imaju tražiti ovde i mogu postati razlogom poništenja ugovora zbog zablude ili prevare. Navedeno važi ako se pregovori okončaju uspešno, zaključenjem ugovora.

Pregovori su značajni i kod tumačenja ugovora, jer se zajednička namera ugovornika može utvrđivati i prema tome kako su se ponašali dok su pregovarali i kakve su informacije razmenili. Sporedne tačke ugovora, o kojima ugovarači ne postignu saglasnost, urediće sud, vodeći računa o *prethodnim pregovorima*, utvrđenoj praksi između ugovarača i običajima (čl. 32, st. 2 ZOO). Zakonodavac je ovom odredbom izričito uputio na pregovore kao izvor popunjavanja ugovora (tako: Draškić, 1980: 112).

Pravilu o neobaveznosti pregovora moraju se pridružiti dužnosti savesnog i iskrenog pregovaranja – sa ozbiljnom namerom da se ugovor zaključi, i prekida pregovora čim se ustanovi da dogovor nije moguć. Ponašanje pregovarača i njihove sasvim konkretne dužnosti, određene su načelom savesnosti i poštenja (ukoliko ih zakonodavac nije posebno uredio, a to je retkost), a pravne posledice skrivljene povrede – pravilima o ugovornoj, deliktnoj ili odgovornosti *sui generis*, već prema pravima posmatranih zemalja.

Moguće su raznovrsne klasifikacije pregovaračevih dužnosti. Povećane obaveze staranja i pažnje, uzajamna obzirnost, uzajamno obaveštavanje, polaganje računa, zaštita druge strane od štete u najširem smislu

(Stojaović, 1973: 26). Obaveza ozbiljnog postupanja (nezapočinjanje pregovora bez ozbiljne namere za zaključenje ugovora i prekid započetih pregovora ako se od prvobitne namere odustane), obaveštavanje o svim činjenicama merodavnim za odluku da se ugovor zaključi pod ponuđenim uslovima, savetovanje, samoinicijativno ili na traženje druge strane, prema najboljem sopstvenom znanju i stručnosti, zaštita ličnih i imovinskih dobara druge strane, otklanjanjem rizika štete iz svog područja (Radišić, 2008: 109). Zajedničko ovim dužnostima je što one ne proizlaze iz ugovora, već iz zakona (posebnih pravila ili načela savesnosti i poštenja), da su sasvim jasno određene da bi se mogle ispunjavati, i ako budu povređene – samostalna utuživost i odgovornost za pretrpljenu štetu.

Odgovornost za skrivljenu povredu nije uslovljena zaključenjem ugovora o kom se pregovaralo; ne zavisi od ishoda pregovora. Odgovornost počiva na stvorenoj pravnoj vezi, započinjanjem pregovora ili drugačije, manje formalne, komunikacije, radi zaključenja ugovora. Mada pregovarači nisu dužni da zaključe ugovor o kom su pregovarali, dužni su da vode računa o interesima druge strane. Jasno je da je pravo pregovarača da se bore za što bolju sopstvenu ugovornu poziciju – to proizlazi iz logike ugovorne transakcije i prirode tržišnih odnosa – ali ne po cenu elementarne pristojnosti i poštenja, niti povećane pažnje, određene načelom savesnosti i poštenja. Ponovimo da pregovarači nisu slučajno stupili u kontakt, već ciljno i namerno – radi zaključenja ugovora. Dužni su da, sledeći svoj interes, ne zanemare ni opravdane interese druge strane, da međusobno saraduju, razmenjuju informacije za koje znaju da su drugoj strani važne za odluku o daljem učešću u pregovorima. Zato se duguju i ona obaveštenja zbog kojih bi druga strana odustala ili znatno promenila pristup pregovorima. Dužnosti međusobne saradnje samo dodatno potvrđuju činjenicu o ugovoru kao zajedničkom stvaralačkom činu voljâ ugovornika, koji su odgovorni za njegovo valjano zaključenje, na temelju potpunih i tačnih informacija – prvo, o bitnim sastojcima ugovora, zatim, i o svim drugim njegovim elementima ili okolnostima, subjektivno bitnim i opredeljujućim tom konkretnom pregovaraču i za taj konkretni ugovor. Obim i sadržina informisanja o subjektivno bitnim činjenicama utvrđuju se u svakom pojedinačnom slučaju, na osnovu poznate ili, prema okolnostima, saznatljive svrhe koju saugovarač želi da ostvari.

5. Razlozi predugovorne odgovornosti i njen opseg

Vođenje pregovora bez ozbiljne namere ili odustanak od postojeće bez osnovanog razloga jesu zakonski razlozi odgovornosti, a uslov – da je drugoj strani time prouzrokovana šteta (čl. 30, st. 2 i 3 ZOO). Po pravilu, odgovornost je subjektivna, zasnovana na krivici za prekid pregovora.

Prvi razlog predugovorne odgovornosti (*culpa in contrahendo*) jeste odsustvo namere za zaključenje ugovora (čl. 30, st. 2 ZOO). Odgovara shvatanjima po kojima je predugovorna odgovornost deliktna, zasnovana na povredi opšte zabrane prouzrokovanja štete drugome (*neminem laedere*).¹⁸

Kao deliktna, objašnjava se i stvorenim pogrešnim prividom o postojanju nečega što zapravo ne postoji – ugovorna namera (Draškić, 1980: 113). Ko započinjanjem pregovora stvori privid namere zaključenja ugovora, odgovara za pričinjenu štetu, jer je namerno stvaranje privida prava ili faktičkog stanja građanskopravni delikt, koji povlači odštetnu odgovornost (Draškić, 1980: 265). Potrebno je i da se drugi pregovarač pouzdao u stvoreni privid i da je, verujući u ozbiljnu nameru druge strane da zaključi ugovor, štetno promenio svoju imovinsku poziciju. Na primer, imao je troškove radi odlaska u sedište ili prebivalište druge strane, gde se pregovaralo, ili radi pripreme tenderske dokumentacije i učešća na javnom nadmetanju, i slično. Oštećeni moraće da dokaže nepostojanje namere, zato što se *animus contrahendi* pretpostavlja kad su pregovori započeti (Draškić, 1980: 265).

Drugi razlog odgovornosti je neosnovani odustanak od prvobitne namere zaključenja ugovora i prekid pregovora (čl. 30, st. 3 ZOO). Od pregovora može se odustati u svakom trenutku (drugu stranu treba blagovremeno obavestiti), ali se zbog neosnovanog (neopravdanog) prekida odgovara za pričinjenu štetu. Osnovanost razloga ceni se za svaki slučaj posebno. Ukoliko su pregovarači privredni subjekti, opravdanim razlozima smatraće se ekonomski razlozi, dok se kod pregovarača – neprivrednika, spektar razloga širi i može da obuhvati ozbiljne porodične i lične razloge (iznenadna smrt ili bolest bliskog člana porodice ili strane

18 U domaćoj pravnoj teoriji zastupa je, između ostalih, profesor Perović. Videti: Perović, 1981: 265. Suprotna su joj dva shvatanja. Prvo, da predugovorna odgovornost postoji i ako skrivljena štetna povreda pregovaračkih dužnosti ne predstavlja nedopuštenu radnju u smislu deliktne povreda: na granici je između ugovorne i deliktne, i najbolje ju je nazvati kvaziugovornom (Radišić, 2008: 111). Drugo, da je odgovornost ugovorna (Stojanović, 1973: 28), objašnjena načelom savesnosti i poštenja i stvorenim odnosom poverenja. Uspostavljeni obligacioni odnos najbliži je ugovornom, ali bez primarne obaveze na činidbu. Obaveze su sporedne (sekundarne) obaveze na činidbu i za njihove prekršioce važe pravila o ugovornim dužnostima.

koja je pregovarala o zaključenju ugovora o turističkom putovanju ili osiguranju života). Zakonski izraz „bez osnovanog razloga“ trebalo bi restriktivno tumačiti, jer pregovori nisu obavezna faza zaključenja ugovora,¹⁹ dok započeti ne obavezuju i svaka strana može ih prekinuti u bilo kom trenutku (čl. 30, t. 1 ZOO). Za prekid pregovora zbog povoljnijih uslova koje je ponudila treća osoba, ne bi trebalo da se odgovora (Draškić, 1980: 265), dodaćemo, pod uslovom blagovremenog povlačenja iz tekućih pregovora i obaveštenja strane sa kojom se prvo stupilo u kontakt.

Oštećeni pregovarač ima pravo na uspostavljanje situacije u kojoj bi se nalazio da nije bilo povrede pregovaračkih dužnosti. Po pravilu, nadoknađuje mu se šteta zbog poverenja (negativni ugovorni interes). Vrsta štete koja se nadoknađuje i dugovana nadoknada zavise od povređene dužnosti (Radišić, 2008: 110). Zbog povređene dužnosti obaveštavanja nadoknađuje se negativni ugovorni interes – zbog izneverenog opravdanog pouzdanja u tačnost i potpunost dobijenih obaveštenja, oštećenom odlučnih za ugovornu odluku (troškovi pripreme zaključenja ugovora, putni troškovi). Treba voditi računa i o zakonskom pravilu da svaka strana snosi svoje troškove oko priprema za zaključenje ugovora (čl. 30, st. 4 ZOO), pa bi imala pravo samo na nadoknadu izvanrednih troškova, neredovnih u preduzetničkoj aktivnosti, nego izazvanih neozbiljnim pregovorima ili neosnovanim prekidom onih iskreno vođenih (Draškić, 1980: 114).

Positivni ugovorni interes, ili štetu zbog neispunjenja, trebalo bi nadoknaditi samo ako je zauvek propuštena prilika za zaključenje jednako povoljnog ili povoljnijeg ugovora. Osim stvarne štete, nadoknadiće se i izmakla dobit koja se opravdano mogla očekivati iz tog drugog ugovora (Radišić, 2008: 110).

6. Dužnost obaveštavanja u uporednom pravu

Pravni poredak svake zemlje treba da zauzme stav o dužnosti obaveštavanja pregovarača i ugovornika, sadržini, obimu i pravnim posledicama njenog neispunjenja.

U pravima romanskog pravnog kruga (Francuska, Italija, Španija) propusti u obaveštavanju druge strane često se povezuju sa nedostacima volje, prevarom posebno, i ispituje da li zbog njih oštećena strana može

¹⁹ Potiskivanju pregovora doprinose standardizacija zaključenja ugovora, posebno masovnih, unapred pripremljeni ugovorni obrasci i opšti uslovi poslovanja, koji, po pravilu, postaju ugovornom sadržinom bez mogućnosti pregovora radi izmene, ili makar ne o bitnim tačkama ugovora.

poništiti ugovor. Upotrebljavaju se izrazi *mannouvres* (čl. 1116 Code civil), *raggi* (čl. 1439 Code Civile), *maquinaciones insidiosas* (čl. 1269 španskog GZ-a, čl. 253, portugalskog GZ-a). Prevarom smatraće se i prećutkivanje za odluku neobaveštene strane suštinski važnih činjenica, što je drugoj strani bilo ili moralo biti poznato. Važno je i da je ova druga strana dugovala potrebna obaveštenja (Kötz, Flessner, 2002: 198). Zaključujemo da će se propusti u obaveštavanju druge strane smatrati prevarom ukoliko je uopšte i postojala dužnost informisanja, što se procenjuje prema konkretnim okolnostima. Mora se raditi o determinantnim činjenicama, na osnovu kojih se donosi ugovorna odluka, čega je strana koja je učinila propust bila ili, prema okolnostima, morala biti svesna, pa ipak ih prećutala. Pod ovako utvrđenim uslovima redovno bi propusti nastali pre zaključenja ugovora, tokom pregovora.

Povreda dužnosti obaveštavanja može se povezati i sa neotklanjanjem uočene zablude odgovarajućim razjašnjenjima uslova pod kojima se nudi i o čemu se nudi zaključenje ugovora.²⁰ Ponudilac treba da je svestan zablude ponuđenog o bitnim činjenicama; u suprotnom, ne može mu se prigovoriti odgovornost za rušljivost ugovora, čak i ako je imao dužnost informisanja (čl. 1428 Codice Civile, § 878 BGB, čl. 247 Portugalskog GZ-a, čl. 6: 228 NBW).²¹ U oceni značaja prećutanih činjenica valja razdvojiti one na osnovu kojih se donosi konačna ugovorna odluka – koje su osnov ozbiljne namere obavezivanja – od onih koje to nisu, od motiva i drugih, od kauze udaljenih, povoda, posebno u naplatnim ugovorima. Kod njih uvažava se samo zabluda o nedopuštenom motivu (čl. 53, st. 2 ZOO); s druge strane, motivi su skrivene i drugoj strani redovno nepoznate pobude, mnogobrojni su i raznovrsni, i samo se izuzetno mogu izdići na nivo kauze i postati bitnim elementom pravnog posla.²²

20 U Francuskoj se polako oblikuje ideja o ustanovljenju opšte, pretpostavljene dužnosti informisanja u ugovorima u kojima su nejednakost pregovaračkih moći i ekonomske snage stranâ očigledne i u ugovorima u kojima je zakonodavac jednu stranu posebno zaštitio (potrošači, korisnici finansijskih usluga, ugovori o osiguranju, o obezbeđenju kredita, o snabdevanju). Izvan toga, sudska praksa ovu dužnost širi i na druge, nezaštićene kategorije ugovornika i druge ugovore, uzročno-posledično povezujući nedostatke u volji sa izostalim, nepotpunim ili neistinitim obaveštavanjem. V. Rossum, 2000: 300–304.

21 Naposletku, i prema našem ZOO ću tanje umesto otklanjanja uočene zablude jeste prevara: „Ako jedna strana izazove zabludu kod druge strane ili je održava u zabludi u nameri da je time navede na zaključenje ugovora...“ (čl. 65, st. 1 ZOO).

22 Pogrešna procena u nabavci robe radi preprodaje po očekivanoj, a pogrešno pretpostavljenoj, višoj ceni, nije bitna zabluda ukoliko se ispostavi drugačije, čak i da je prodavac, na osnovu svog iskustva, poznavanja tržišta i sopstvenog istraživanja, znao da to nije moguće i nije ukazao kupcu na to da greši. O zabludi

U vezi sa naplatnim ugovorima, valja istaći da je dužnost informisanja, ukoliko već nije isključena, veoma sužena. Među privrednim subjektima, kojima je zaključenje ugovora deo svakodnevne poslovne prakse, gotovo i da ne postoji. Argumenti su sasvim prihvatljivi: jednaka dostupnost njima značajnih informacija i činjenica da se za bolju informisanost često mora i platiti čini neutemeljenim očekivanja da će druga strana dobrovoljno ponuditi sopstvene informacije ili ponuditi savet, jer se one uzajamno nadmeću za što bolji tržišni položaj (posebno ako posluju u istoj privrednoj grani i ista im je ciljna grupa potrošača). Uputnije je da potraže savet treće, neutralne osobe.

Slično je i u germanskom pravnom krugu (Nemačka, Austrija, Švajcarska), uz vođenje računa o dobrim poslovnim običajima i načelu savesnosti i poštenja. Izdvojićemo nemačko pravo: primenom pravila o *culpa in contrahendo*, predugovornoj odgovornosti, osporava se punovažnost ugovora koji se inače ne bi mogli poništiti zbog zablude ili prevare ili se gubitak savesnog pregovarača, pretrpljen zbog poverenja u punovažnost ugovora, prebacuje na drugu stranu koja nije ispunila svoju dužnost informisanja. Savremenu teoriju uobličile su pravna teorija i sudska praksa (postavio je Jering²³): samim stupanjem u poslovni kontakt, snagom načela *Treu und Glauben* (§ 242 BGB), uspostavlja se naročit odnos uzajamnog poverenja pregovarača, sa njihovim sasvim konkretnim i, za slučaj povrede, samostalno utuživim „sporednim dužnostima“ (*Sonderobligationen*) uzajamne zaštite, obaveštavanja i vođenja računa o interesima druge strane, čija se pravna dobra moraju sačuvati od štete, iako ugovor još uvek nije zaključen. Ustanovljenje ovih (po svemu i pre svega ugovornih) dužnosti ranije, u odmakloj i fazi već ozbiljnog pregovaranja služi zaštiti od štete savesnog pregovarača, koju je pretrpeo ozbiljno nadajući se zaključenju ugovora (ili punovažnog ugovora), do čega nije došlo krivicom druge strane (dovoljno je i propuštanje dužne pažnje). Nadoknađuje joj se negativni ugovorni interes, iz osnova predugovorne odgovornosti, kao graničnoj između ugovorne i deliktne.²⁴

kao razlogu nevažnosti pravnog posla više u: Simonović, 2017: 161–182 i lit. na koju se tamo upućuje; uporednopravno još i: Kötz, Flessner, 2002: 171–195, Zweigert, Kötz, 1996: 405–425).

23 U čuvenom delu *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, 4 *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, 1861.

24 U evropsko-kontinenta lnom pravnom sistemu, ova je odgovornost najčešće deliktna (npr., u francuskom pravu), a po model-pravilima PECL – ugovorna. Videti detaljno: Ranieri, 2008: 1345–1351 i d.

U engleskom pravu nema opšte dužnosti informisanja niti se ona može izvesti iz načela savesnosti i poštenja, jer takvo, kao opšti princip ugovornog prava, nikad nije ustanovljeno. Pravilo je da je svako dužan da se sâm obavesti o nameravanom ugovoru i da snosi posledice nedovoljnih, nepotpunih ili netačnih informacija. Dobrovoljno obaveštavanje o pravnoznačajnim činjenicama ne očekuje se, posebno ako se do njih došlo istraživanjem, zahvaljujući vlastitoj stručnosti i znanju, ili su one naručene i plaćene. Ovo pravilo, poznato kao *caveat emptor*, trebalo bi da očuva preduzetnički duh i da ljude podstiče na neprestano sticanje znanja i veština, jer je poznavalac stanja stvari uvek u (zasluženoj) prednosti (Kronman, 1978: 1–34). Pravilo *caveat emptor* ide naruku vrednim i pametnim, obezbeđenjem opravdano povoljnijeg pregovaračkog položaja.

Izuzeci od navedenog²⁵ ustanovljeni su zakonom za posebne kategorije subjekata i radi njihove zaštite (potrošači), ili zbog prirode ugovornog odnosa u kom postoji naročito poverenje i oslanjanje jedne, slabije, strane na savet i pomoć druge. Da bi se sprečila zloupotreba slabijeg, nametanjem mu nepovoljnih ugovornih uslova, poverenik je dužan da postupa sa povećanom pažnjom i štiti interese svog štićenika, pa i da svoje stručno znanje i iskustvo stavi u službu njegovih, ne vlastitih, interesa. Poverljiv odnos obavezuje i u pregovorima.²⁶ Neuslovljeno vrstom ugovora ili subjekata koji zaključuju ugovor, za svakog je obavezujuće i sankcionisano pravilo da sve što se kaže radi zaključenja ugovora mora biti istinito i potpuno (sankcionisana je i nenamerna laž), da upitana strana duguje odgovor, da je prodavac/vlasnik uvek dužan da saopšti pravnoznačajne činjenice o stvari poznate samo njemu (npr., o nedostacima stvari koje kupac ne može uočiti pri uobičajenom pregledu stvari²⁷).

7. Zaključak

Građanskopravnim odnosima, koji su odnosi razvijenog robno-novčanog prometa, nije svojstvena niti je očekivana opšta dužnost međusobnog obaveštavanja. Naprotiv, suprotno je pravilo: svako je dužan da se sâm

25 Pregovori su neobavezujući i svaka se strana iz njih može povući bez posledica, u bilo kom trenutku. *Caveat emptor* jednako važi u odnosima između poslovnih ljudi sa pojedincima i odnosima među trgovcima, što potvrđuje staru izreku da je englesko ugovorno pravo oduvek bilo pravo trgovaca, ne seljaka (*contract law for merchants, not for peasants*).

26 O zloupotrebi i iskorišćavanju odnosa zavisnosti ili naročito u ticaja na štićenika radi sopstvene ili u korist trećeg, veoma detaljno u: Birks, Chin, 2002: 57–97.

27 Videti i: Kötz, Flessner, 2002: 203–205.

dovoljno obavesti o sebi važnim činjenicama o nameravanom pravnom poslu i snosi rizik nedovoljnog ili netačnog obaveštenja.

Ne može se, s druge strane, ni poreći da se ipak nekakva obaveštenja duguju, jer dostupnost i jednostavnost njihovog pribavljanja nije jednaka za sve učesnike pravnog prometa. Neki su malo vičniji, obrazovaniji, u zaključenju pravnih poslova veštiji („verzirani“), za neophodnu informaciju spremni i da plate, o čemu građansko pravo, takođe, vodi računa i ustanovljava standarde ili posebna pravila o tome ko, koliko i šta treba da saopšti drugoj strani ne bi li joj pomogao u donošenju konačne ugovorne odluke. Pravila mogu biti izričito zakonom propisana ili izvedena iz načela savesnosti i poštenja, kojim se vođenje računa o interesima druge strane, iskrenost i međusobna lojalnost uspostavljaju kao očekivani standardi ponašanja za sve vreme trajanja obligacionog odnosa, počev od njegovog zasnivanja.

Na osnovu proučene literature, zakonâ, sudske prakse i u radu analizovanog, možemo zaključiti da se obaveštavanje (međusobno ili samo jednog ugovornika) zahteva u ovim tipičnim slučajevima:

U ugovornim odnosima sa (zakonom) pretpostavljenim neravnopravnim položajem saugovarača, radi potpunije zaštite slabijeg. Većinom, to su potrošački i ugovori između privrednih subjekata i pojedinaca, gde su potrošači i pojedinci (koji ugovor ne zaključuju u vršenju poslovne delatnosti) ta pretpostavljena slabija strana. Nejednakost ugovornih mogućnosti, između ostalog, ogleda se u nejednakom pristupu i dostupnosti informacija, u neimanju stručnog znanja i profesionalnog iskustva potrebnih za samostalnu kvalitetnu procenu ponuđenih ugovornih uslova. Ove, njima nedostajuće, prednosti su druge strane, profesionalnog trgovca i proizvođača, kojima zakonodavac nalaže davanje potrebne, potpune i, podrazumeva se, tačne informacije, po potrebi i stručnog saveta;

U drugim ugovornim odnosima, gde nema pretpostavljene nejednakosti, već rizika da tržišno dominantni subjekt zloupotrebi takav svoj položaj, nametanjem nepovoljnih ugovornih uslova, i u ugovorima u kojima je tačno i potpuno obaveštenje važno za procenu rizika i određivanje vrednosti činidaba (ugovori o osiguranju, gde takvu obavezu ima osiguraničnik)

Uvek o suštinski značajnim činjenicama, posebno o svojstvima predmeta činidbe. Ukoliko su svojstva stvari poznata samo jednoj strani ili lakše ih može utvrditi (npr., vlasnik koji prodaje svoju stvar), duguje odgovarajuće obaveštenje;

Dobrovoljno i bez pitanja treba saopštiti one činjenice i okolnosti u vezi sa nameravanim ugovorom sposobne da osujete postizanje svrhe i ugovornog rezultata koje je druga strana imala u vidu i suštinski su joj bile važne da odluči da ugovara;

Ukoliko je jedna strana do informacija došla slučajno, bez posebnog ispitivanja i besplatno, očekuje se da ih saopšti, jer ne trpi nikakav (materijalni) gubitak, a one su važne za konačnu ugovornu odluku zainteresovane strane i nije ih mogla sama pribaviti;

U odnosima naročitoг međusobnog poverenja i onim u kojima se jedna strana oslanja na drugu, koja ju je dužna štiti, kako odnos zavisnosti ne bi bio iskorišćen na štetu šticeenika.

Zakonom o obligacionim odnosima nisu predviđena posebna pravila o dužnosti obaveštavanja kao opšteobavezujuća za sve ugovore, već su samo kod pojedinih propisani vrsta, obim i sadržina informacija, kao obavezni minimum ispod kog se ne sme ići. Dispoziciji stranâ ostavljeno je međusobno obaveštavanje o drugim činjenicama, prema konkretnim okolnostima, poznatoj naročitoj upotrebi za koju zainteresovani nabavlja predmet činidbe i poznatim drugim opravdanim očekivanjima od ugovora. U odsustvu posebnih i sadržajnijih pravila (kakvih imamo za pojedine ugovore – potrošačke, ugovore o osiguranju, o pružanju finansijskih usluga, o kreditu i obezbeđenju kredita), zainteresovane strane treba da su u međusobnoj komunikaciji rukovođene savesnošću i poštenjem, svešću da će nameravani ugovor biti njihovo zajedničko i obavezujuće delo, i da će njegov nesmetan razvoj do obostrano željenog cilja – ispunjenja i ostvarenja nameravane svrhe – zavisiti i od njihove iskrenosti. Pregovarači, jednako kao i ugovornici, odgovorni su za izgovoreno (i prećutano koje je trebalo reći), naposljetku – pre svega u njihovom je obostranom interesu da budu uzajamno pažljivi, da vode računa o opravdanim interesima druge strane i štite je od rizika štete poteklog iz sfere koju oni sami kontrolišu. Savesnost i poštenje, koji se od njih ne samo očekuju, već i zahtevaju (čl. 12 ZOO), pokazuju se i ispunjenjem dužnosti obaveštavanja, a njena povreda sankcioniše se ili obavezivanjem na nadoknadu pričinjene štete zbog poverenja (kad ugovor nije zaključen) ili rušljivošću zaključenog ugovora zbog mana volje – zablude i prevare – proisteklih iz nedovoljnog, netačnog ili izostalog a potrebnog obaveštenja druge strane.

Literatura

Birks, P. Nyuk Chin, Y. (2002). On the Nature of Undue Influence. U Beatson, J. and Friedmann, D. (Eds.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press. 57–97.

Draškić, M. (1980). Pregovori. U Blagojević, B. i Krulj V. (Red.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I*. Beograd: Savremena administracija. 111–115.

Kötz, H. Flessner, A. (2002). *European Contract Law, Vol. One, Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties*. Oxford: Clarendon Press.

Kronman, A. (1978). Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts. *7 Journal of Legal Studies*. 1. 1-34 [Electronic version]. Preuzeto 22.7.2017. <http://heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs:2048/HOL/>

Krulj, V. (1956). Pojam savesnosti (bona fides) u građanskom pravu. *Jugoslovenska advokatura*. 1–2. 44–50

Perović, S. (1981). *Obligaciono pravo. Knjiga prva*. Beograd: Sl. list SFRJ.

Petrović, M. (1980). Načelo savesnosti i poštenja u uporednom i jugoslovenskom pravu. U Blagojević, B. i Krulj, V. (Red.) *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I*. Beograd: Savremena administracija.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Study Group on European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Eds. Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke. 2009.

Radišić, J. (2008). *Obligaciono pravo, Opšti deo*. Beograd: Nomos. Ranieri, F. (2008). *Europäisches Oligationrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien*. WienNewYork: Springer-Verlag.

Rossum, Von, M. (2000). The Duty of Disclosure in French, Dutch and English Law; Criteria, Differences and Similarities between Legal Systems. *7 Maastricht J. European and Company Law*. 300-304. [Electronic version] Preuzeto: 22.7.2017 <http://heinonline.org/>.

Simonović, I. (2017). Uticaj zablude na pravni posao – posebno o bitnim svojstvima predmeta činidbe. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 75(LVI). 161–182.

Stojanović, D. (1980). Načelo savesnosti i poštenja. U: Perović, S. i Blagojević, B. (Red.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Knjiga prva*. Gornji Milanovac: Kulturni centar. Kragujevac: Pravni fakultet. 107–131.

Stojanović, D. (1973). *Savesnost i poštenje u prometu*. Beograd. Savremena administracija.

Zweigert, K. Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr Siebeck.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. 1811 (Austrija).

Bürgerliches Gesetzbuch. 1900 (Nemačka).

Zakon o zaštiti potrošača. *Službeni glasnik RS*. Br. 62. 2014. Br. 6. 2016.

Zakon o obligacionim odnosima. *Sl. list SFRJ*. Br. 29. 1978. Br. 39. 1985. Br. 45. 1989 i Br. 57. 1989. *Sl. list SRJ*. Br. 31.1993.

Kodeks Cywilni. 1964 (Poljska).

Nieuw Buergerlijk Wetboek. 1992 (Holandija).

Schweizerisches Zivilgesetzbuch Buch II Obligationenrecht. 1912. (Švajcarska)

Code civil. 1804. (Francuska).

Codice civile. 1942. (Italija).

Código civil Espanol. 1996. (Španija).

Ivana Simonović, LL.D.,

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

DUTY TO INFORM AND LEGAL CONSEQUENCES OF BREACHING THIS DUTY

Summary

In the globalized world, the one who is in possession of information also possesses the power. In legal relations, a better informed party has a better bargaining position and opportunity to adjust the terms of contracts to its own interests and needs rather than the interests of the other party or their mutual interests. Reliance on this advantage does not necessarily mean that it will be abused, for there is no general legal duty of disclosure of information during pre-contractual or contractual stage. Quite contrary, each contracting party should obtain relevant information about the intended legal transaction, whereas the omission to do so may be interpreted as willingly taking the risk of discrepancy between what has been intended and what actually is.

The duty to disclose information during negotiation (as well as after the conclusion of the contract) may result from the characteristics of the contract, fiduciary relationship or the principle of good faith and fair dealing. Consequently, the omission to provide the other party with all relevant information may be sanctioned by giving the other party a chance to avoid the contract.

In this paper, the author analyzes the validity of contract in light of mistake or fraud, caused by failing to comply with contractual information duties or their abuse. The author poses the question whether the starting premise that there is no generalized duty of providing or disclosure of information is still applicable in the world changed by globalization. The author focuses on vital needs of individuals, such as housing, health security, education or basic economic needs, which are no longer provided by the state but by the private actors. Owing to his financial and economic power, the provider is better informed than the other contractual party. Thus, should we adapt the rules on information duties in the process of contract formation to these new circumstances? Or, should we perhaps leave the rules unchanged, for they prove to be efficient in protecting true contractual will, free from every defect?

Keywords: *duty to provide or disclose information, consent to a contract (agreement), mistake, fraud, contract.*

Dr Stanka Stjepanović,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta, Pale
Univerzitet u Istočnom Sarajevu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776413S

UDK: 347.62
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

GLOBALIZACIJA KAO UZROK DESEKULARIZACIJE BRAČNOG PRAVA

Apstrakt: Iz međunarodnih konvencija, sporazuma i odluka o zaštiti ljudskih prava i sloboda, provejava stav da je društvo sačinjeno od individua i da je individua samostalna celina kojoj ne treba nikakva dopuna. Ranije je ličnost bila predmet društvenog interesovanja i u osnovi idealističkih teorija o braku. One su smatrale da u braku muž i žena postaju jedna ličnost, a da je pleroma cilj braka. Bez obzira kojem religijskom stremljenju pripadale, civilizacije su smatrale brak nečim uzvišenim, božanskim. Tek kad se čovek oženio, u starim društvima on je postajao gospodar svog života. Danas su sve države koje su potpisale Konvenciju o ljudskim pravima i slobodama, ili su članice Saveta Evrope, dužne da usklađuju svoje zakonodavstvo sa proklamovanim načelima, pa i odredbe o braku i porodici. Definicija braka se menja i supružnici postaju partneri, ortaci, dve strane fluidne, niskofrekventne celine koja se lako rastače. Na taj način se briše brak kao osnov porodice i društva koje se razlaže na masu individua bez ličnosti. Kao odgovor na tu pojavu dešava se jedan potpuno neočekivani proces pribegavanja retrogradnom pravu koje je vladalo u odnosima u braku pre stotine godina. Tako se pojedine zajednice, čiji članovi ne žele da budu individua već ličnost koja živi u zajednici, ponašaju u skladu sa šerijatskim pravom, potpuno suprotnim onome što su zemlje u kojima oni žive prihvatile iz odredaba konvencija. Odbrana braka na ovakav način može biti uzrok drugih procesa u društvu, što je predmet razmatranja u ovom radu.

Ključne reči: sekularizacija, globalizacija, brak, religija, žena, ličnost.

*svsrsv@neobee.net

1. Uvod

Pripisuje se Modestinu čuvena definicija braka koja kaže da je brak savez muža i žene i to za celi život, sjedinjenje božanskog i čovečijeg prava (*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humani iuris communicatio*). Ova definicija ponavlja se i u Prohironu, gradskom zakonu koji je Sv. Sava uključio u svoje Zakonopravilo (Mitropolija Dabrobosanska, 2014, 252). Brak je bio predmet interesovanja svih religija, koje su mu davale uzvišeni smisao i smatrale ga božanskom tvorevinom. Kasnije je država preuzela ulogu sklapanja braka, ističući prvenstvo građanskog sklapanja braka, a ostavljajući fakultativnu mogućnost sklapanja braka bračnim supružnicima u religijskoj formi. U drugoj polovini 20. veka gotovo sve države su proglasile sekularni odnos prema religiji i sekularizacija je postala osnov funkcionisanja društva. Kako to ističe Volfhart Hanenberg u svom delu *Kako razmišljati o sekularizmu*, da je ideja slobode danas da svako ima pravo da čini šta želi, pa čak da nije ni povezano sa bilo kakvim pojmom dobra. Zbog nesavršenosti ljudske egzistencije u istoriji svaka ideja slobode rizikuje da bude zloupotrebljena. On smatra da je nepovezanost ideje slobode sa idejama istine i dobra najveća slabost sekularnog društva. Svedoci smo provale nasilja i nezadovoljstva koje je proizveo sekularizovani poredak, koji je iznedrio osećaj besmislenosti kod ljudi. Na takvim temeljima obesmišljenog sekularizovanog društva iznikla je era globalizacije. Pod pojmom ljudska prava, međunarodno pravo i sve institucije su krenule ka ostvarivanju ekonomskih interesa, a ne suštinske slobode za svako biće na našoj planeti. U moru konvencija o zaštiti ljudskih prava, s posebnim osvrtom na prava žena i dece, umire godišnje preko dva miliona dece zbog nedostatka vode, svakodnevno umire preko 25.000 dece od gladi, uredno Međunarodna organizacija rada dostavlja Ujedinjenim nacijama izveštaj o broju dece i žena robova, čiji se broj penje na 200.000.000. U ovom radu mi se nećemo baviti svim „dostignućima“ globalizacije u području ljudskih prava, već ćemo promatrajući regulisanje bračnog prava u eri globalizacije pokušati doći do zaključka kako se i zašto od sekularnog društva u današnje vreme neke religijske zajednice brane. Pokušavajući zadržati svakog svog pripadnika kao ličnost, za razliku od globalizacije koja je čoveka svela na individu u.

2. Sekularizacija i sekularizam

Većina autora smatra da su krvavi verski ratovi u Evropi bili odlučujući da se u drugoj polovini 17. veka počinje razmišljati da društveni mir, ako bi se mogao uspostaviti, dovodi do slabljenja vere i da samim tim sva sukobljavanja prestaju. Umesto da se društvo temelji na verskim načelima, ono počinje da se gradi kao sistem prirodnog zakona i morala i da je to u stvari osnov teorije društvenog dogovora. Maks Veber je smatrao da je kalvinistička duhovnost sekularizovana onog momenta kada je stavljena u službu uvećanja kapitala. Nauka je sekularizovala teološku ideju zakona pretvarajući je u ideju večnog zakona prirode, a ideja večnog univerzuma predstavljala je sekularizovanu verziju ranijeg vjerovanja u vječnog Boga (Gogarten, 2006, 213). Po mišljenju Fridriha Gogartena, pod pojmom sekularizacije se u početku razumevao prelazak određenih stvari koje su imale sakralnu i obrednu ulogu u područje svetovnog i sekularnog, kao što je to bio prelazak manastira i crkvenih prihoda u svetovne svrhe u vreme reformacije. On razlikuje pravno i kulturološko značenje sekularizacije. Kulturološko značenje pojma sekularizacije je oslobađanje kulturnog života, tj. politike, nauke, države, filosofije, književnosti i umetnosti od crkvenog tutorstva. U svom delu *Čovek između Boga i sveta*, on govori o „pogrešnoj sekularizaciji“, a u knjizi *Sudbina i nada savremenog doba* on za to upotrebljava izraz sekularizam. Mnogi smatraju da je osnov sekularizacije sloboda, ali i odgovornost za svet pred Bogom, a u slučaju sekularizma da je to raspuštena i samovoljna sloboda. Što bi značilo da se u slučaju sekularizma odgovara samo pred samim sobom za celi svet. Iako Gogarten smatra da je osnov sekularizacije sama hrišćanska vera, a da je izopačenje od sekularizacije, tj. sekularizam ono što seče svoje vlastite hrišćanske korene. Dr Zoran Krstić izdvaja takođe dva značenja pojma sekularizacije. Prvo shvatanje da je sekularizacija odsustvo religioznosti i udaljavanje od crkve, a drugo shvatanje je razdvajanje i razilaženje svakodnevnog načina života od zahteva hrišćanske vere (Krstić, 2003, str. 13). Odgovor na pitanje na čemu počiva kultura evropskog čoveka dao je i Ava Justin, koji u svom delu *Svetosavlje kao filosofija života* kaže da: „Evropska kultura počiva na čoveku kao na temelju. Čovekom se iscrpljuje njen program i cilj, njena sredstva i sadržina, humanizam je njen glavni arhitekt. Sva je izgrađena na sofističkom principu čovek je mera svih stvari, vidljivih i nevidljivih, i to evropski čovek. On je vrhovni stvaralac i davalac vrednosti. Istina je ono što on proglasi za istinu, smisao života je ono što on proglasi za smisao, dobro i zlo je ono što on proglasi za dobro i zlo. Kratko iskreno rečeno, evropski čovek je sebe proglasio za Boga.“ I

u području bračnog prava država je preuzela ulogu sklapanja braka od crkava i vjerskih zajednica. Članica evropske zajednice, Danska, koja je zadržala princip državne crkve, donosi u svom parlamentu zakon po kome u podru čiju bračnog prava mora postupati Narodna crkva. Sve veće isticanje egoizma, dovelo je do toga da se pripadnici tzv. hrišćanskih religija ponašaju kao idolopoklonici i nemaju uopšte u svojim ponašanjima izvorne principe vere, već su postali individua bez ličnosti, članovi nominalno sekularnog a istinski bezličnog globalizovanog društva. Sekularizacija je izgubila svoj značaj i pojedine grupe ljudi dižu bunt okrećući se pravu koje najmanje liči na to koje nominalno važi u državama u kojima žive.

Interesantna je pojava da se danas u „genetski modifikovanom“ sekularnom društvu, koje sve više mutira u sekularizam, obilno koristi pojam fundamentalizma. Olako se stavlja etiketa fundamentalizma za svaku kritiku pojava u sekularnom društvu od strane pripadnika religija i verskih zajednica. Svaka izjava kojom se ističu štetne posljedice programa projektovanja čovjeka, dočekuje se u medijima kao napad na „slobodu izbora“ i ugrožavanje ljudskih prava. Napadi koje sprovode mediji ne dozvoljavaju čovjeku kao razumnom biću da formira sopstveno mišljenje, a ne da bude obični provodnik medijski nametnutih stavova. Kada se ukazuje na neku pojavu ili neki zločin koji je izvršen u ime religije, koristi se pojam fundamentalizam, a vrlo često i pojam netolerancija. Koji su koreni takvog ponašanja koje se olako naziva fundamentalizmom mediji se ne bave, već samo prikazuju rezultat kao zločin, dok sami izvršioци to prikazuju kao nužnu odbranu od nametnutih „vrednosti“ sekularnog društva. Zbog česte zloupotrebe u medijima pojma fundamentalizma, taj pojam je u sadašnjem društvu potpuno maglovit i izgubio je svoj izvorni smisao. Kako je istakao Hanenberg, mnogima je dosta toga šta se pod pojmom kulture nudi u sekularizovanom društvu i upravo se u religiji traži ono što je sasvim suprotno toj „kulturi“. Po mišljenju Dina Kelija, ljudi u religiji traže to što bi bila prihvatljiva alternativa njihovom životu u sekularnom društvu. Krajem dvadesetog veka pojavilo se mnoštvo verskih zajednica koje nude religijski pristup sekularizovanom čoveku na sekularizovani način. To se pokazuje kao promašaj jer jedan drugi vid sekularizma postaje neprihvatljiv za sekularizovanog čovjeka. Zbog toga se čovjek u sekularizovanom društvu okreće nečemu tradicionalnom, odnosno religiji koja nema nikakve sličnosti sa sekularizovanim društvom. Ispostavilo se da je misao Jaroslava Pelikana da je tradicija živa vera mrtvih, dok je tradicionalizam mrtva vera živih danas ozbiljno dovedena

u pitanje, zbog traženja zaštite od nadolazećeg fundamentalizma sekularnog društva. Ako bi danas pokušali da definišemo pojam fundamentalizma, onda bi mogli reći da je fundamentalizam nametanje pravila načina života, mišljenja i stavova svakom ljudskom biću koje vrši sekularizovano globalizovano društvo.

2.1. Tolerancija

Tolerancija je još jedan medijski oformljen pojam u sekularnom društvu. Osnivaju se i pohađaju se škole tolerancije. Postavlja se pitanje koja je svrha upotrebe medicinskog termina tolerancija u sekularizovanom društvu? Kako je moguće da se toleranciji uči i u školi, a da poslije naučenog o toleranciji u tim istim školama se dešava takvo nasilje kakvo nije postojalo dok se nisu učili toleranciji? Moglo bi se pozvati u odgovoru na ova pitanja na samu analizu medicinskog pojma tolerancije. Medicina smatra da je tolerancija u organizmu čovjeka nereagovanje njegovog odbrambenog mehanizma na prisustvo strane materije u organizmu. Pravnim rečnikom rečeno, tolerišem određeno ljudsko biće ili grupu do određenog momenta, a kada mi to ne odgovara onda ga uništavam. Tolerancija nije sinonim za poštovanje i taj pojam tolerancije ne bi se mogao vezati za ličnost. Ispostavlja se da su mnogobrojne škole tolerancije i ljudskih prava u sekularizovanom društvu proizvele suprotan cilj od onog koga su proklamovali, a to je mir i jednakost svih ljudi pred zakonom. Ljudska prava su postala dogma sekularizovanog društva, koja je podignuta na nivo nepogrešivosti.

3. Pojam globalizacije

Na takvim temeljima obesmišljenog sekularizovanog društva iznikla je era globalizacije. Pod pojmom ljudska prava, međunarodno pravo i sve institucije su krenule ka ostvarivanju ekonomskih interesa, a ne suštinske slobode za svako biće na našoj planeti. Interesantna je definicija globalizacije koju je dao Danilo Zolo, koji pod tim pojmom podrazumeva rastuću ekspanziju društvenih odnosa između ljudskih bića izazvanu tehnološkim razvojem, brzinom saobraćaja i informatičkom revolucijom (Zolo, 2012: 10). Globalizacija nesumnjivo utiče na ogromnu razliku između proklamovanih i ostvarivih ljudskih prava, a što se može videti iz godišnjeg izveštaja Međunarodne organizacije rada o potpunom nesrazmeru od prihoda koje ostvaruju milijarde stanovnika naše planete i enormnog bogatstva malog dela stanovništva. Tako dvadeset najbogatijih ljudi na svetu raspolaže onim što poseduje

milijarada siromašnih ljudi. Gotovo milijarda i po ljudi nema pristupa vodi. Ponovo je aktuelna izreka rimskog prava *najveće pravo najveća nepravda* (summum ius summa iniuria).

4. Zaključak

Sekularizacija podrazumeva odvajanje crkve od države. Globalizacija je nametanje pravila ponašanja i onih vrednosti svim narodima i državama koje nisu bile zastupljene ni u jednoj državi. To sve sa proklamovanim ciljem zaštite ljudskih prava.

Braneći svoje pripadnike od plime razgradnje braka kao osnove svake porodice, ranije i društva, pripadnici islamske zajednice traže spas u šerijatskom pravu i vraćaju se i u bračnom pravu tim izvorima. Većina pripadnika islamske zajednice, poštujući svoje šerijatsko pravo, ne pokorava se zakonima bilo koje evropske države u kojoj pripadnici te zajednice žive. To znači da su se oni kao pripadnici sekularnog društva sasvim okrenuli religiji jer traže nešto sasvim drugo od onog što im ta sekularna, globalizovana država nudi. Nemile scene na ulicama evropskih gradova, nasilje u zaštiti prava, koje nasilnik misli da štiti na taj način, rezultat su globalnog poremećaja i uništavanja međunarodnog prava i prava ličnosti. Najveće pravo se na taj način pretvara u najveće nepravdo. Stradalnici u takvim bombaškim napadima nemaju nikakve veze sa donošenjem pravila o globalnom ponašanju. Ljudi imaju potrebu za brakom i treba omogućiti da se on iz globalnog negiranja vrati u okvire nacionalnih država i da se ne ometa i uništava bračno pravo svake države. Da država u skladu sa vjerskim slobodama uređuje odnose svake religije i vjerske zajednice u pogledu slobode bračnog prava. Tada neće biti potrebe za samozaštitom u bračnom pravu, koja se, nažalost, često vrši na neadekvatan način. Jer se zlo zlom ispraviti ne može.

Literatura

Hananberg, V. *Kako razmišljati o sekularizmu*, Logos, 2006.

Zolo, D. *Ljudska prava, demokratija i mir u eri globalizacije*, Strani pravni život 3/2012.

Krstić, Z. *Aktuelni proces sekularizacije*, Kalenić, 3–4, 2003. Mitropolija Dabrobosanska, Fototipija Sarajevskog prepisa Zakonopravila Svetog Save, IK Dabar, 2014.

Stanka Stjepanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of East Sarajevo,

Pale, Istočno Sarajevo, Republika Srpska, BH

GLOBALIZATION AS A REASON FOR DESECULARIZATION OF MARITAL LAW

Summary

International conventions, covenants and resolutions on protection of human rights and freedoms include the prevailing standpoint that society is composed of individuals, and that each individual is an independent being in one's own right. In the past, an individual used to be subject to different social interests and marital life was essentially based on idealistic theories of marriage. These theories considered that man and woman join in the holy matrimony to become one person, and that the aim of marriage was to reach pleroma (Greek: πλήρωμα). Regardless of their religious beliefs, all human civilisations considered marriage to be something elevated and divine. In ancient societies, man was considered to be fully free and the lord of his own life only after getting married.

Today, all countries that signed the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), or are State parties to the European Council, are obliged to adjust their legislation with the proclaimed principles, including the provisions on marriage and family. The definition of marriage is changing and spouses are becoming partners, cohabitants, two fluid and low-frequency sides of a whole, which is slowly being dissolved. In this way, marriage is gradually being obliterated as the foundation of family and social life, whereas the society is gradually dissolved into crowds of individuals without personality. In response to this global phenomenon, we bear witness of an absolutely unexpected process which includes recourse to retrograde law that governed marital relations hundreds years ago. Thus, some groups, whose members do not want to be individuals but members of the community, accept Sharia law, which is totally in contravention of the conventions accepted by the countries they live in. This way of defending the institute of marriage may induce some other processes in society, which are the subject matter of consideration in this paper.

Keywords: *sekularisation, globalisation, marriage, religion, woman, person.*

Dr Jelena Vidić-Trninić,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776421V

UDK: 347.67

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

USMENO ZAVEŠTANJE U PRAVU SRBIJE I OSTALIM SAVREMENIM PRAVIMA EVROPE

Apstrakt: Autor u radu sagledava pravni tretman usmenog zaveštanja u savremenim zakonodavstvima Evrope. Izjavljivanje poslednje volje u usmenoj formi u značajnom broju ovih zakonodavstava predstavlja pravno dozvoljeni način izražavanja slobode zaveštanja. U većini pravnih sistema, usmeno zaveštanje uređeno je kao poseban oblik izjave poslednje volje, pri čemu je mogućnost sačinjavanja zaveštanja usmenim putem, prihvaćena i u određenom broju prava u kojima ono ne predstavlja poseban oblik zaveštanja. U pojedinim od njih, zaveštanje u usmenoj formi, pravno je valjano samo kada je sačinjeno od strane privilegovanih zaveštalaca, pri čemu najveći broj zakonodavstava, mogućnost korišćenja ove forme uslovljava postojanjem izuzetnih okolnosti. Posebna pažnja posvećena je upravo načinu propisivanja uslova koji se tiče postojanja izuzetnih okolnosti u kojima može doći do sačinjavanja usmenog zaveštanja, kao i analizi ostalih formalnih elemenata njegove punovažnosti. Sagledavanjem navedenih pitanja, ukazuje se na prednosti i nedostatke postojećih normativnih solucija posvećenih usmenom zaveštanju u domaćem pravu i istovremeno uočavaju specifičnosti u njegovoj pravnoj regulativi, te osnovni principi kojima se ostala prava Evrope rukovode prilikom njegovog uređenja. U zaključku, predlažu se mogući pravci normativnog uobličenja usmenog zaveštanja u pravu Srbije de lege ferenda.

Ključne reči: usmeno zaveštanje, izuzetne okolnosti, usmena izjava poslednje volje, oblici zaveštanja.

*jvidic@pf.uns.ac.rs

1. Uvod

Dominantni trend u pogledu regulisanja oblika zaveštanja u kojima se može izjaviti poslednja volja u savremenim zakonodavstvima Evrope ogleda se u prihvatanju tzv. pluralizma forme. Međutim, mogućnosti za realizaciju slobode zaveštanja nisu iste, imajući u vidu prisutne razlike, kako u pogledu broja, tako i u pogledu konkretnih oblika zaveštanja koji su u njima pravno uređeni. Ove razlike dolaze do izražaja i kada je reč o mogućnosti sačinjavanja zaveštanja u usmenoj formi, s obzirom na to da ona nije prihvaćena u svim pravima. Ipak, u značajnom broju pravnih poredaka Evrope, usmeno zaveštanje, kao izuzetak od pravila da se zaveštanje sačinjava u pisanoj formi, predstavlja dopušteni način izražavanja slobode zaveštanja.

Rad ima za predmet pravni tretman usmenog zaveštanja u savremenim zakonodavstvima Evrope, odnosno konkretnu zakonsku regulativu ovog oblika izjave poslednje volje u pravnim sistemima onih zemalja koje ga uređuju. U današnje vreme, zaveštanje u usmenoj formi po pravilu predstavlja izuzetni oblik zaveštanja, odnosno takvu formu izjave poslednje volje čije je korišćenje dozvoljeno samo u izuzetnim situacijama. Posebna pažnja u radu biće posvećena upravo načinu propisivanja uslova koji se tiče postojanja izuzetnih okolnosti u kojima može doći do sačinjavanja usmenog zaveštanja, kao i analizi ostalih formalnih elemenata njegove punovažnosti. Sagledavanjem zakonske regulative navedenih pitanja u domaćem pravu, ukazaćemo na dobre solucije, kao i na izvesne nedostatke u postojećem načinu normiranja ovog oblika zaveštanja. Uporednopravnom analizom zakonskih rešenja posvećenih navedenim pitanjima,¹ nastojaćemo da uočimo specifičnosti u pravnoj regulativi usmenog zaveštanja, ali i osnovne principe kojima se savremena prava Evrope rukovode prilikom njegovog uređenja. Na temelju svega iznetog, razmotrićemo u kojoj meri su uslovi za punovažnost usmenog zaveštanja u pravu Srbije slični, odnosno koliko oni odstupaju od regulisanja ovih uslova u ostalim pravima Evrope, te dati odgovarajuće predloge u pogledu mogućeg načina normativnog uobličavanja usmenog zaveštanja *de lege ferenda* u domaćem pravu.

1 Analizom su obuhvaćena zakonodavstva Nemačke, Austrije, Švajcarske, Francuske, Belgije, Italije, Španije, Češke, Slovačke, Mađarske, Bugarske, Poljske, Rusije, Engleske, kao i svih zemalja nastalih na prostoru bivše SFRJ.

2. Usmeno zaveštanje u domaćem pravu

Zakon o nasleđivanju Srbije uređuje više oblika zaveštanja, pružajući na taj način široku mogućnost za realizaciju slobode zaveštanja. U izuzetnim okolnostima, nju zaveštalac može realizovati i izjavljivanjem poslednje volje u usmenoj formi. Naime, u našem naslednopravnom uređenju, ne postoji mogućnost da zaveštalac svoju poslednju volju usmenim putem izjavi u redovnim okolnostima, čak i ukoliko nije u stanju da čita i piše, u kom slučaju na raspolaganju ima oblike javnih zaveštanja. Sačinjavanje usmenog zaveštanja dozvoljeno je samo u slu čaju postojanja okolnosti opasnih po život, usled kojih ne postoji mogućnost sačinjavanja zaveštanja u nekom od ostalih Zakonom predviđenih oblika.² Imajući u vidu ove razloge, usmeno zaveštanje u doktrini se naziva i izuzetnim oblikom zaveštanja (Blagojević, 1969: 243).

2.1. Uslovi za punovažnost

Usmeno zaveštanje u domaćem zakonodavstvu predstavlja privatan i izuzetan oblik zaveštanja, čija punovažnost zavisi od ispunjenja određenih uslova. Prema Zakonu o nasleđivanju Srbije, zaveštalac svoju poslednju volju može izjaviti usmeno ukoliko zbog izuzetnih prilika ne može sačiniti zaveštanje u pisanoj formi, pri čemu prilikom usmenog izjavljivanja poslednje volje moraju istovremeno prisustvovati tri svedoka.³

Iz spomenute zakonske odredbe proizilazi da se prvobitan formalan element punovažnosti usmenog zaveštanja, koji ima za cilj da obezbedi autentičnost poslednje volje zaveštaoca (Đurđević, 2015: 145), odnosi na neophodnost postojanja izuzetnih okolnosti usled kojih on svoju poslednju volju može iskazati jedino usmenim putem.⁴ U širem smislu posmatrano, ove okolnosti postoje onda kada se zaveštalac nađe u

2 U redovnim okolnostima, odnosno u sit uacijama kada mog učnost sačinjavanja zaveštanja nije uslovljena nastupanjem posebnih okolnosti, poslednju volju moguće je izjaviti u obliku svojeru čnog i pismenog zaveštanja pred svedocima, kao privatnim oblicima zaveštanja, te sudskog, konzularnog, međunarodnog i javnobeležničkog zaveštanja, kao javnim oblicima zaveštanja. U vanrednim okolnostima, poslednju volju moguće je izjaviti putem javnih oblika zaveštanja: vojnog i brodskog. Videti: čl. 83–109 i čl. 111 a–113 Zakona o nasleđivanju Srbije, *Sl. glasnik RS*, 46/1995, 101/2003 – Odluka USRS i 6/2015 (dalje: ZNS).

3 Videti: čl. 110, st. 1 ZNS.

4 Usmeno zaveštanje ne mora neophodno biti izrečeno usmenim kazivanjem, jer može biti sačinjeno i od strane gluvonemog zaveštaoca, koji svoju poslednju volju može izraziti znakovima koje takva lica koriste (Đurđević, 2015: 148; Krstić, 2016: 200).

iznenadnoj i neposrednoj opasnosti da izgubi život ili aktivnu testamentarnu sposobnost (Zankl, 2008: 45, navedeno prema: Đurđević, 2015: 145). Pritom, punovažnost usmenog zaveštanja zavisi i od određenog subjektivnog momenta na strani zaveštaoca, koji se odnosi na njegovu nemogućnost da usled izuzetnih prilika u kojima se našao sačini neki od zakonom predviđenih pisanih oblika zaveštanja (Kreč, Pavić, 1964: 223). Ona se u sudskoj praksi tumači veoma strogo, tako da postojanje najmanje mogućnosti zaveštavanja u pisanoj formi dovodi do ništavosti usmenog zaveštanja (Đurđević, 2015: 147).

Situacije u kojima je moguće sačinjavanje usmenog zaveštanja zakonodavac, dakle, ne nabraja ni metodom enumeracije, niti primera radi, već jednom generalnom formulacijom, u vidu pravnog standarda daje mogućnost individualizacije za svaki konkretan slučaj (Kreč, Pavić, 1964: 223; Krstić, 2016: 212–213). Pod ovaj pravni standard mogu se podvesti raznovrsne iznenadne, nepredvidive ili neočekivane situacije, kako objektivne, tako i subjektivne prirode (Stojanović, 2011: 225).

Kada je reč o izuzetnim okolnostima objektivne prirode, one, po pravilu, pogađaju veći broj ljudi u nekom neotklonjivom i opštepoznatom događaju (npr. rat, poplava, požar, zemljotres, epidemija zarazne bolesti, rudarske i železničke nesreće, havarije brodova ili vazduhoplova i slično), a koje samim svojim postojanjem govore u prilog toga da se zaveštalac u konkretnom slučaju nalazio u prilikama koje njegovo usmeno zaveštanje čine punovažnim (Antić, Balinovac, 1996: 355). Dokazivanje ovih okolnosti u praksi ne predstavlja problem (Antić, 1979: 509). Ovo nije istovremeno slučaj i kada se radi o izuzetnim okolnostima subjektivne prirode, koje pogađaju isključivo ličnost zaveštaoca (npr. bolest, povrede ili neki drugi događaji u kojima se on našao), imajući u vidu činjenicu da zakonski tekst ne daje bilo kakve orijentire koji bi bili od pomoći sudovima prilikom ispitivanja njihovog postojanja. U doktrini se sugeriše da je prilikom ove ocene od odlučujućeg značaja ispitati prirodu i karakter konkretne prilike, njeno trajanje, kao i da li je ona nastupila naglo (Antić, Balinovac, 1996: 355–356). S obzirom na to da se u sudskoj praksi kao najčešći element subjektivne komponente pojavljuje bolest zaveštaoca, teorija je stava da se samo iznenadna teška bolest, te neočekivano, iznenadno i neotklonjivo pogoršanje već postojeće bolesti može smatrati izuzetnom okolnošću (Antić, Balinovac, 1996: 356; Krstić, 2016: 204); odnosno, da je zaveštalac s bilo kakvom mogućnošću predviđanja pogoršanja zdravstvenog stanja morao računati, te u skladu s tim blagovremeno raspolagati svojom imovinom za slu čaj smrti u nekoj drugoj formi (Đurđević, 2015: 145–146). Iako ovakvo zakonsko

rešenje predstavlja glavni razlog ne u potpunosti ujednačene sudske prakse prilikom njegove primene,⁵ imajući u vidu da usmeno zaveštanje predstavlja izuzetni oblik zaveštanja, a pojam izuzetnosti isključuje ekstenzivnu primenu (Kreč, Pavić, 1964: 224), domaći sudovi, barem po pravilu, izuzetne okolnosti tumače restriktivno.⁶ Uzimajući to u obzir, kao i činjenicu da ovakav način tumačenja spomenutih okolnosti dovodi do poništaja velikog broja usmenih zaveštanja, u delu doktrine iznet je predlog prema kojem bi u cilju proširenja mogućnosti sačinjavanja usmenog zaveštanja, a da pritom ono ne izgubi karakter izuzetnosti, njegovo sačinjavanje trebalo dopustiti u naročito opravdanim okolnostima koje su zaveštaoca sprečile da raspolaže svojom imovinom za slučaj smrti u nekom od pisanih oblika. Uvažavajući argumente iznete u prilog ovakvog shvatanja, istovremeno motivisanog i nastojanjem da poslednja volja izražena u usmenoj formi bude ispoštovana u što većem broju slučajeva,⁷ mišljenja smo da postojeći pravni standard *izuzetne prilike* pruža dovoljno široku mogućnost za rešavanje raznovrsnih situacija, koje se mogu pojaviti u stvarnom životu u vezi sa potrebom sačinjavanja usmenog zaveštanja. Ne čini nam se da bi propisivanje sadržinski šireg standarda u većoj meri garantovalo poštovanje usmeno izjavljene poslednje volje, s obzirom da bi on bio podložan još različitijim tumačenjima u sudskoj praksi, uz istovremeno postojanje opasnosti da na ovaj način usmeno zaveštanje faktički postane stvarno redovni oblik zaveštavanja. Po našem shvatanju i upotreba važećeg standarda *izuzetne prilike* predstavlja osnovni nedostatak u postojećoj

5 O različitom poimanju navedenog pravnog standarda od strane domaćih sudova, detaljno videti: Krstić, 2016: 205–209; Antić, Balinovac, 1996: 355–356.

6 U doktrini se navode pojedine okolnosti koje prema stavovima sudske prakse nedvosmisleno ne predstavljaju izuzetne prilike, u smislu koje je zakonodavac imao u vidu. Tako se godine starosti, dugotrajna teška bolest, odsustvo neposredne i iznenadne opasnosti po život, same po sebi ne mogu smatrati izuzetnim, iako je lice u kratkom vremenskom periodu nakon sačinjavanja zaveštanja preminulo, ako je prema mestu gde je ostavilac živeo i prema sredini u kojoj se kretao, objektivno i subjektivno mogao da sačini pismeni testament. U tom smislu, videti sudske odluke, navedene kod: Krstić, 2016: 207–208.

7 U prilog ovog shvatanja iznose se argumenti da se u praksi usmeno zaveštanje najčešće ne sačinjava u takvim izuzetnim okolnostima kakve Zakon traži, odnosno da ljudi koji se nalaze u neposrednoj smrtnoj opasnosti u tom momentu po pravilu ne razmišljaju o načinu raspodele svoje zaostavštine. Ukazu je se da, sveukupno posmatrano, koncepcija postojećih uslova za punovažnost usmenog zaveštanja praktično negira njegovo postojanje, jer gotovo uvek dovodi do nepunovažnosti istog, zbog čega zaveštaočeva usmeno izjavljena volja u velikom broju slučajeva ostaje neispoštovana. Detaljno videti: Krstić, 2016: 209–212.

pravnoj regulativi uslova za punovažnost usmenog zaveštanja, upravo iz razloga njegove nedovoljne određenosti. Naime, bez obzira na nameru zakonodavca da se punovažnost usmenom zaveštanju može priznati samo izuzetno, ovakvo zakonsko rešenje sa sobom potencijalno uvek nosi rizik njegovog nerestriktivnog tumačenja od strane sudova. Stoga smo stava da bi iz razloga pravne sigurnosti bilo poželjno da se karakteristike okolnosti u kojima je moguća realizacija slobode zaveštanja putem usmenog testamenta od strane zakonodavca bliže definišu, uz iznalaženje odgovarajućih kriterijuma u pravcu njihovog što većeg objektiviziranja. *De lege ferenda*, sačinjavanje usmenog zaveštanja, moglo bi biti uslovljeno okolnostima koje predstavljaju iznenadnu, konkretnu i neposrednu opasnost za život zaveštaoca, usled kojih on nije u mogućnosti da zaveštava u bilo kojoj drugoj formi.⁸

Drugi bitan formalni element za punovažnost usmenog zaveštanja, ogleda se u zahtevu prema kojem ono mora biti izjavljeno pred tri istovremeno prisutna zaveštajna svedoka (Đurđević, 2015: 145). Time su uslovi za punovažnost usmenog zaveštanja pooštreni u odnosu na ranije naslednopravne propise, prema kojima je prilikom njegovog sačinjavanja bilo dovoljno prisustvo dva svedoka.⁹ Svedoci usmenog zaveštanja, pored ispunjenja opštih uslova koji se odnose na punoletstvo i potpunu poslovnu sposobnost, moraju imati očuvano čulo sluha, te razumeti jezik na kojem zaveštalac izjavljuje svoju poslednju volju, ali za razliku od ostalih oblika zaveštanja u našem pravu, ne moraju biti pismeni.¹⁰S

8 U delu domaće doktrine, iznet je i predlog kojim se, pored bližeg definisanja karakteristika izuzetnih okolnosti, istovremeno sugeriše i izmena postojećeg pravnog režima u pravcu uvođenja javnog oblika usmenog zaveštanja u naše pravo. Prema njemu, zaveštaocu koji se nalazi u izuzetnim okolnostima kada mu je ugrožen život, pri čemu korišćenje pisane forme zaveštanja nije moguće, treba dopustiti da svoju poslednju volju izjavi pred određenim slu žbenim licem i dva svedoka. Mogućnost sačinjavanja usmenog privatnog zaveštanja pred tri svedoka trebalo bi dozvoliti u slu čaju kada bi smrtna opasnost bila toliko bliska da je nemoguće sačekati dolazak slu žbenog lica (Antić, Balinovac, 1996: 360–361).

9 Videti: čl. 78 Zakona o nasleđivanju FNRJ iz 1955. godine, *Sl. list FNRJ*, 20/55 i *Sl. list SFRJ*, 42/65 i 47/65; kao i čl. 73 Zakona o nasleđivanju SR Srbije iz 1974. godine, *Sl. glasnik SR Srbije*, 52/74 i 1/80.

10 Videti: čl. 112ZNS. U delu doktrine navodi se da svedoci moraju imati očuvano i čulo vida, imajući u vidu da oni svedoče kako o sadržini zaveštanja, tako i o postojanju izuzetnih okolnosti, te kako bi sa sigurnošću mogli potvrditi identitet zaveštaoca, osim u slučajevima kada se on može i na drugi način nesumnjivo utvrditi (Antić, Balinovac, 1996: 359; Kaščelan, 2006: 549). U slu čaju kada se zaveštanje sačinjava od strane gluvonemog zaveštaoca, svedoci moraju imati sposobnost da se sa njim sporazumevaju.

obzirom na činjenicu da je reč o izuzetnom obliku zaveštanja, prilikom čijeg sačinjavanja zaveštalac nije u mogućnosti da bira svedoke, u ovom svojstvu može se pojaviti bilo koje lice, bez obzira na njegov odnos prema zaveštaocu,¹¹ s tim što su u cilju sprečavanja mogućnosti zloupotreba, zaveštajna raspolaganja u korist svedoka, njihovih supružnika i krvnih srodnika, kao i supružnika krvnih srodnika, Zakonom sankcionisana.¹²

Zahtevom za obaveznim istovremenim prisustvom tri svedoka,¹³ nastoje se sprečiti zloupotrebe karakteristične za ovaj oblik zaveštanja, odnosno obezbediti autentičnost zaveštaoćeve usmeno izjavljene volje (Đurđević, 2015: 145). Veći broj svedoka nesumnjivo je poželjan u interesu pouzdanijeg utvrđivanja poslednje volje zaveštaoca i okolnosti u kojima je ona izjavljena (Svorcan, 2004: 252), odnosno u cilju pružanja veće garancije načelu pravne sigurnosti i sprečavanja ništavosti usmenog zaveštanja u slučaju nesaglasnih izjava svedoka, kada se, barem načelno, kao tačna, može uzeti izjava većine (Antić, Balinovac, 1996: 357). Ipak, čini nam se da je uslovljavanje punovažnosti usmenog zaveštanja prisustvom dva zaveštajna svedoka predstavljalo bolju zakonsku soluciju. Tako će pooštavanje spomenutog uslova, istovremeno otežati mogućnost realizacije slobode zaveštanja u izuzetnim okolnostima, s obzirom na činjenicu daje u ovakvim prilikama realno očekivati da on, imajući u vidu zahtevani broj svedoka, često neće moći biti ispunjen. Pored toga, zahtev za postojanje većeg broja svedoka može dovesti i do toga da zaveštanje koje ispunjava sve zakonske uslove ne proizvede pravno dejstvo, imajući u vidu otežanost u pogledu usaglašavanja svedoka u vezi sa svim bitnim pitanjima koja se tiču njegove punovažnosti. Naime,

11 U tom smislu, u svojstvu zaveštajnog svedoka prilikom sačinjavanja usmenog zaveštanja, može se pojaviti i svako ono lice (zaveštaoćev krvni srodnik u pravoj liniji, pobočni srodnik zaključno sa četvrtim stepenom srodstva, tazbinski srodnik zaključno sa drugim stepenom srodstva, adoptivni srodnik, supružnik, bivši supružnik, vanbračni partner, bivši vanbračni partner, staralac, bivši staralac, štićenik i bivši štićenik), koje ne može imati svojstvo zaveštajnog svedoka prilikom sačinjavanja ostalih formi zaveštanja, gde njihovo prisustvo predstavlja uslov punovažnosti testamenta. Videti: čl. 113 ZNS.

12 Ništave su odredbe usmenog zaveštanja kojima se nešto ostavlja zaveštajnim svedocima, njihovim bračnim drugovima, precima, potomcima i srođnicima u pobočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva, kao i bračnim drugovima svih tih lica. Videti: čl. 160, st. 3 ZNS.

13 U pretežnom delu domaće doktrine zauzet je stav da u određenim situacijama kada je istovremeno prisustvo svedoka teško ostvarljivo, treba priznati punovažnost i usmenom zaveštanju koje je zaveštalac izjavio u relativno kratkom vremenskom razmaku svedocima usmenog zaveštanja (Antić, Balinovac, 1996: 357; Svorcan, 2004: 253; Kaščelan, 2006: 550).

težeći očuvanju autentičnosti zaveštaočeve izjave u što je moguće većoj meri, zakonski tekst nalaže obavezu za svedoke koji su prisustvovali sačinjavanju usmenog zaveštanja da bez odlaganja obaveste sud o njegovoj sadržini, kao i o mestu i prilikama u kojima je zaveštalac izjavio svoju poslednju volju, s tim što izvršenje ove dužnosti ne predstavlja uslov punovažnosti usmenog zaveštanja. Navedenu obavezu svedoci mogu ispuniti sačinjavanjem pismena u kojem je sadržana izjava zaveštaoca ili usmenim saopštavanjem ove izjave pred sudom.¹⁴ Prema stavu teorije, svedoci, pritom, moraju postići saglasnost o pitanjima koja se odnose na: postojanje izuzetnih prilika koje su zaveštaoca onemogućile da sačini bilo koji od pisanih oblika zaveštanja, njihovo vremensko trajanje, zaveštaočevu sposobnost za rasuđivanje, kao i sadržinu njegove poslednje volje (Svorcan, 2004: 258). Imajući, međutim, u vidu različite kognitivne sposobnosti svedoka u izuzetnim okolnostima, usled čega oni mogu imati sasvim drugačiju percepciju o njima i na različit način razumeti i reprodukovati zaveštaočevu volju, zapažanje izneto u doktrini, prema kojem zahtev za postojanje većeg broja svedoka može dovesti u pitanje punovažnost usmenog zaveštanja (Stojanović, 2011: 226; Krstić, 2016: 202), čini nam se, sasvim ispravnim.

Usmeno zaveštanje ne važi neograničeno. Njegova važnost prestaje po isteku roka od trideset dana od dana kada su prestale izuzetne prilike u kojima je ono sačinjeno.¹⁵ Usmeno zaveštanje će, dakle, proizvesti pravno dejstvo ukoliko zaveštalac umre za vreme trajanja izuzetnih okolnosti ili pre isteka roka od trideset dana od njihovog prestanka. Međutim, iz zakonskog teksta nije u potpunosti jasno na koji način treba sagledavati trenutak prestanka ovih okolnosti. Kako je u interesu samog zaveštaoca povoljnije subjektivno sagledavanje trenutka prestanka izuzetnih okolnosti, to ovaj rok, prema shvatanju dela domaće doktrine kojem se pridružujemo, treba da počinje da teče od momenta kada je on stekao mogućnost da sačini bilo koji drugi oblik zaveštanja (Stojanović, 2011: 226–227; Krstić, 2016: 203). Usmeno zaveštanje ostaje na snazi ne samo kada zaveštalac umre tokom trajanja navedenog roka, već i kada pre njegovog isteka izgubi sposobnost za rasuđivanje, s obzirom na činjenicu da su u oba slučaja posledice iste, a ogledaju se u njegovoj nemogućnosti da raspolaže svojom imovinom za slučaj smrti.

14 Videti: čl. 111 ZNS.

15 Videti: čl. 110, st. 2 ZNS.

3. Usmeno zaveštanje u uporednom pravu

Sačinjavanje zaveštanja u usmenoj formi dopušteno je i u značajnom broju ostalih prava Evrope, što u najvećoj meri, kao što je to slučaj i u pravu Srbije, predstavlja posledicu prihvatanja sistema pluralizma forme zaveštanja i omogućavanja njene što šire slobode. Kada je reč o zakonodavstvima koja su obuhvaćena uporednopravnom analizom, usmeno zaveštanje kao poseban oblik izjave poslednje volje pravno je uređeno u Austriji, Švajcarskoj, Mađarskoj, Češkoj, Poljskoj, kao i u svim državama nastalim na prostoru bivše SFRJ – Sloveniji, Hrvatskoj, Makedoniji, Federaciji BiH i Crnoj Gori. Mogućnost usmenog izjavljivanja poslednje volje prihvaćena je i u Engleskoj, Španiji i Nemačkoj, iako zakonodavstva ovih zemalja ne regulišu usmeno zaveštanje kao poseban oblik zaveštanja.

S druge strane, u nešto manjem broju zakonodavstava koja su predmet naše analize, ovaj oblik zaveštanja nije prihvaćen ni u jednom vidu. Ovakav pravni tretman usmeno zaveštanje ima u Bugarskoj, Rusiji, Slovačkoj, Francuskoj, Belgiji i Italiji.

3.1. Usmeno zaveštanje kao poseban oblik izjave poslednje volje

U svim pravnim sistemima u kojima je usmeno zaveštanje regulisano kao poseban oblik izjave poslednje volje, njegovo sačinjavanje dozvoljeno je samo u izuzetnim, odnosno vanrednim okolnostima. Naime, usmeno zaveštanje ni u jednom od zakonodavstava Evrope koja su predstavljala predmet naše analize ne predstavlja redovnu formu poslednje naredbe volje, pri čemu je, i u istorijskom kontekstu posmatrano, zakonska mogućnost sačinjavanja usmenog zaveštanja u redovnim okolnostima predstavljala retkost.¹⁶

Međutim, konkretna pravna regulativa ovog privatnog oblika zaveštanja u njima razlikuje se u pogledu mnogobrojnih aspekata, kao što su: uslovi za njegovu punovažnost, definisanje situacija u kojima se ono može sačiniti, neophodan broj zaveštajnih svedoka pred kojima se izjava volje može saopštiti na usmeni način, kao i vremensko trajanje. Uzimajući u obzir uslove za punovažnost usmenog zaveštanja, pre svega onaj koji se

¹⁶ Mogućnost upotrebe usmenog zaveštanja ne samo kao izuzetne, već i kao redovne forme, postojala je u ranijem pravu Austrije. Usmeno zaveštanje moglo je biti izjavljeno u bilo kojoj prilici u prisustvu tri svedoka koji su bili u obavezi da potvrde identitet ostavioca, kao i da je poslednja volja izjavljena ozbiljno, bez odsustva prevare i zablude. Ovako sačinjeno zaveštanje bilo je punovažno ukoliko su izjave svedoka o sadržini zaveštanja bile saglasne u pogledu njenih bitnih elemenata (Antić, Balinovac, 1996: 361).

odnosi na konkretan način normiranja okolnosti kojima se uslovljava mogućnost njegovog sačinjavanja, zakonodavstva u kojima ono predstavlja poseban oblik izjave poslednje volje u osnovi se mogu podeliti u dve grupe.

U tom smislu, u određenom broju posmatranih zemalja, kao što su Švajcarska, Češka, Mađarska, Poljska i Austrija, izuzetne okolnosti u kojima se može sačiniti usmeno zaveštanje su bliže definisane, pri čemu se u nekim od njih koristi imetod enumeracije. Na ovaj način, zakonodavstva spomenutih zemalja pooštravaju uslove za njegovu punovažnost (Antić, Balinovac, 1996: 362).

Tako je Građanskim zakonikom Švajcarske predviđeno da zaveštalc može sačiniti usmeni testament pred dva istovremeno prisutna testamentarna svedoka ukoliko je zbog izuzetnih okolnosti, koje su taksativno nabrojane, kao što su: neposredna smrtna opasnost, prekid saobraćajne komunikacije, epidemija ili rat, onemogućen da sačinjava testament u bilo kojoj redovnoj formi.¹⁷ Zakonik propisuje obavezu jednog od svedoka da sačini pismeno o sadržini izjavljene poslednje volje, koje mora sadržati podatke o danu, mesecu, godini i mestu sačinjavanja testameta, te biti potpisano od strane oba svedoka. Ono se bez odlaganja mora predati sudu, pri čemu su svedoci u obavezi da pred sudom daju izjavu o postojanju testamentarne sposobnosti zaveštaoca, kao i o tome da su za njegovu poslednju volju saznali tokom trajanja izuzetnih okolnosti. O svemu navedenom, svedoci mogu obavestiti sud i usmeno na zapisnik.¹⁸

Usmeni testament prestaje da važi u kratkom roku, koji iznosi 14 dana od momenta kada je zaveštalc stekao mogućnost da sačini testament u nekoj drugoj zakonom propisanoj formi.¹⁹

U Građanskom zakoniku Češke precizirano je da se usmeni testament može sačiniti u takvim okolnostima koje predstavljaju iznenadnu, određenu i neposrednu opasnost za život. Osim toga, saopštavanje poslednje volje u usmenoj formi dozvoljeno je i ukoliko se zaveštalc nalazi na mestu gde je normalan, uobičajeni društveni kontakt onemogućen usled nekog iznenadnog, odnosno nepredviđenog događaja, zbog čega nije razumno očekivati da se testament može sačiniti u nekoj drugoj formi. Zakonik, kao uslov punovažnosti usmenog testameta, propisuje

17 Videti: čl. 506, st. 1 i 2 Građanskog zakonika Švajcarske (dalje: GZ Švajcarske) iz 1907. godine (preuzeto 01.05.2017. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>).

18 Videti: čl. 507, st. 1 i 2 GZ Švajcarske.

19 Videti: čl. 508 GZ Švajcarske. Pored usmenog testameta, kao izuzetne forme, članom 498 GZ Švajcarske propisana je i mogućnost sačinjavanja svojeručnog i javnog, kao redovnih formi testameta.

istovremeno prisustvo tri testamentarna svedoka, koji će, ukoliko ne sačine odgovarajuće pismeno o zaveštaočevoj poslednjoj volji, biti usmeno saslušani pred sudom.²⁰ Ukoliko je zaveštalac nadživeo prethodno navedene okolnosti, usmeni testament prestaje da važi, kao što je to slu čaj i u pravu Švajcarske, istekom roka od dve nedelje od njegovog sačinjavanja, pri čemu se u spomenuti rok ne uračunava vreme za koje je zaveštalac bio onemogućen da svoju poslednju volju izjavi u obliku javnog testamenta.²¹

Prema Građanskom zakoniku Mađarske, izuzetne okolnosti u kojima se može sačiniti usmeni testament moraju biti takve da su opasne po život zaveštaoca, usled kojih sačinjavanje testamenta u pisanoj formi nije moguće.²² U doktrini se ukazuje da se u sudskoj praksi ove okolnosti tumače restriktivno, te da se punovažnost usmenom testamentu najčešće priznaje u slučaju nesreća, srčanih udara i sličnih ozbiljnih okolnosti (Vékás, 2011: 266). Usmeni testament je punovažan ukoliko je zaveštalac usmeno izjavio volju pred dva istovremeno prisutna testamentarna svedoka, kao i pod pretpostavkom ispunjenja uslova da zaveštalac pred njima istovremeno izjavi da usmena izjava volje koju daje predstavlja njegov testament.²³ Zakonikom je propisano da usmeno sačinjen testament prestaje da važi ukoliko je zaveštalac tokom 30 uzastopnih dana od prestanka okolnosti koje su predstavljale opasnost po njegov život imao priliku da sačini testament u pisanoj formi.²⁴

U pravu Poljske, do sačinjavanja usmenog zaveštanja može doći pod pretpostavkom ispunjenja dva alternativno određena uslova. Naime, Građanskim zakonikom ove zemlje propisano je da se poslednja volja može izjaviti u usmenoj formi kada se lice nalazi u neminovnoj smrtnoj opasnosti. Usmeni testament moguće je sačiniti i kada, zbog postojanja izuzetnih okolnosti, sačinjavanje testamenta u nekoj od redovnih

20 Videti: § 1542 Građanskog zakonika Češke (dalje: GZ Češke) iz 2012. godine (preuzeto 18. 07. 2017. <http://www.czechlegislation.com/89-2012-sb>).

21 Videti: § 1549 GZ Češke. Osim usmenog testamenta, u § 1533-1550 GZ Češke kao redovne forme testamenata pravno u redu je svojeru čni, pisani testament pred svedocima i javni testament, a od vanrednih testament sačinjen pred predsednikom opštine, testament sačinjen na brodu i u avionu, kao i vojni testament.

22 Videti: 7:20§ Građanskog zakonika Mađarske (dalje: GZ Mađarske) iz 2013. godine (preuzeto 19. 07. 2017. http://net.jogtar.hu//jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV).

23 Videti: 7:21§ GZ Mađarske.

24 Videti: 7:45§ GZ Mađarske. Pored usmenog testamenta, GZ Mađarske u 7:13 § - 7:19 § uređuje i redovne oblike testamenata: svojeru čni, pisani testament pred svedocima, javni (javnobeležnički) i deponovani.

formi nije moguće ili je ono povezano sa preteranim teškoćama. Usmeni testament mora biti izjavljen pred tri istovremeno prisutna testamentarna svedoka, pri čemu je potrebno da njegova sadržina bude formalno utvrđena, čemu Zakonik posvećuje posebnu pažnju. Do utvrđivanja sadržine usmeno izjavljene poslednje volje može doći pre zaveštaočeve smrti, sačinjavanjem pismene isprave od strane jednog testamentarnog svedoka u roku od godinu dana od učinjene izjave poslednje volje. U njoj mora biti navedena sadržina usmenog testamenta, mesto i datum njegovog sačinjavanja, pri čemu i sama isprava mora sadržati podatke o mestu i datumu njenog sačinjavanja, te biti potpisana od strane zaveštaoca i dva testamentarna svedoka ili od strane sva tri svedoka. Do utvrđivanja sadržine usmenog testamenta može doći i nakon zaveštaočeve smrti, sudskom odlukom u roku od 6 meseci od otvaranja nasleđa, a na osnovu saglasne izjave svih testamentarnih svedoka. Kada je svedočenje jednog od testamentarnih svedoka nemoguće ili je izuzetno otežano, sudska odluka može biti zasnovana i na saglasnim izjavama preostala dva svedoka.²⁵

U doktrini se ukazuje da prvi način omogućuje zaveštaocu da izvrši kontrolu nad sačinjavanjem konkretnog pismena, dok se u prilog drugog metoda navodi činjenica da zahtev za saglasnim izjavama testamentarnih svedoka predstavlja prepreku falsifikovanju, odnosno zloupotrebi usmeno date izjave volje zaveštaoca (Zoll, 2011: 279). Usmeni testament prestaje da važi istekom roka od 6 meseci od prestanka okolnosti koje su dovele do njegovog sačinjavanja, s tim što se u spomenuti rok ne uračunava vreme za koje je zaveštalc bio onemogućen da sačini testament u nekoj od zakonom predviđenih redovnih formi.²⁶

Donekle slična regulativa prihvaćena je i u pravu Austrije, s tim što definisanje okolnosti u kojima je dozvoljeno sačinjavanje usmenog zaveštanja pruža širu mogućnost njegovog korišćenja u praksi. Naime, Građanskim zakonikom Austrije propisano je da lice kome preta neposredna opasnost da izgubi život ili zaveštajnu sposobnost, pre nego što bude u mogućnosti da sačini testament na drugi način, svoju poslednju volju može izjaviti usmeno. Da bi usmeno izjavljena volja bila punovažna, ona mora biti učinjena pred dva istovremeno prisutna

25 Videti: čl. 952 Građanskog zakonika Poljske (dalje: GZ Poljske) iz 1964. godine (preuzeto 18. 07. 2017. <https://supertrans2014.files.wordpress.com/2014/06/the-civil-code.pdf>).

26 Videti: čl. 955 GZ Poljske. Pored usmenog testamenta, GZ Poljske, kao vanredne oblike testamenta normira još i testament koji se sačinjava na brodu i u avionu, kao i vojni testament. Od redovnih formi, njime s u u ređeni svojeru čni, pisani testament pred svedocima i odgovarajućim slu žbenikom lokalne samouprave, kao i javni (javnobeležnički) testament. Videti: čl. 949–954 GZ Poljske.

testamentarna svedoka, koji je moraju svojim saglasnim izjavama potvrditi. Specifičnost austrijskog prava ogleda se u mogućnosti zaveštaoca da u navedenim izuzetnim okolnostima sačini i pisani testament pred svedocima. Ukoliko se zaveštalc koji zna da čita i piše opredeli za njegovo sačinjavanje, on mora pismeno u kome je sadržana njegova poslednja volja (čije je sastavljanje moguće kako od strane samog zaveštaoca, tako i od strane nekog drugog lica, s tim da ga zaveštalc ne može sačiniti sopstvenom rukom) svojeručno potpisati, i to ne pred tri testamentarna svedoka, kao što je to slučaj kod alografskog zaveštanja koje se sačinjava u redovnim okolnostima, već pred dva istovremeno prisutna svedoka (odnosno, kao i u slučaju kada se opredeli za sačinjavanje usmenog zaveštanja). Pored toga, on mora priznati testament, pod čim se podrazumeva njegova obaveza da pred testamentarnim svedocima svojeručno dopiše da je u sačinjenom pismenu sadržana njegova poslednja volja. Svedoci, čiji građanskopravni identitet (ime i prezime, datum rođenja i slično) mora biti jasan iz samog pismena, takođe se moraju svojeručno potpisati, uz obavezu da svojeručno dopišu ovo njihovo svojstvo. Usmeni testament prestaje da važi u roku od 3 meseca od prestanka napred navedenih okolnosti.²⁷U odnosu na ranije važeću regulativu, koja je u pravu Austrije važila do 2005. godine, prema kojoj se privilegovani testament mogao koristiti samo prilikom putovanja brodom, u mestima u kojima vladaju zarazne bolesti, kao i u određenim situacijama od strane lica na vojnoj dužnosti, novo zakonsko rešenje proširuje mogućnost njegovog sačinjavanja svim licima kod kojih postoji bojazan, makar ona bila i subjektivne prirode, od smrti ili gubitka zaveštajne sposobnosti pre nego što budu u stanju da sačine testament na neki drugi način,²⁸ čime se sudovima otvara prostor za priznavanje njegove punovažnosti i u okolnostima koje nisu vanredne (Wendehorst, 2011: 248).

U drugu grupu zakonodavstava, svrstavaju se ona koja, nasuprot prethodno spomenutim, prilikom normiranja situacija u kojima je moguće sačinjavanje usmenog zaveštanja koriste široku formulaciju, odnosno pravni standard *izuzetne okolnosti*. Ovo je slučaj u svim zemljama koje se nalaze u našem neposrednom okruženju – Makedoniji, Sloveniji, Hrvatskoj, Federaciji BiH i Crnoj Gori, gde je, kao posledica dugog perioda zajedničkog razvijanja naslednog prava, pravna regulativa usmenog

27 Videti: § 584 u vezi sa § 579 Građanskog zakonika Austrije (dalje: GZ Austrije) iz 1811. godine (preuzeto 20. 07. 2017. [https://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_\(ABGB\).html](https://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_(ABGB).html)).

28 Prema GZ Austrije, testament se može još sačiniti i kao svojeručni ili javni (sudski ili javnobeležnički). Videti: § 577-584 GZ Austrije.

zaveštanja u pogledu većine aspekata identična onoj koja je prihvaćena i u Srbiji. Tako je naslednopravnim propisima svih spomenutih zemalja propisano da zaveštalac može izjaviti poslednju volju usmenim putem onda kada se nalazi u izuzetnim okolnostima usled kojih nije u mogućnosti da sačini testament u pisanoj formi, odnosno ni u jednom drugom obliku.²⁹

Izuzetne okolnosti, kao uslov za punovažnost usmenog testamenta nisu definisane, pri čemu se situacije u kojima se ovaj oblik testamenta može sačiniti, ni primera radi, ne navode. S obzirom na to da je mogućnost sačinjavanja usmenog testamenta uslovljena postojanjem spomenutog pravnog standarda, to se sudovima u ovim zemljama, kao što je to slučaj i u Srbiji, ostavlja mogućnost da u svakom konkretnom slučaju procene da li je usmeno izjavljivanje poslednje volje zaista predstavljalo jedinu mogućnost za realizaciju slobode zaveštanja. Međutim, za razliku od domaćeg prava, punovažnost usmenog testamenta u ovim zakonodavstvima uslovljena je neophodnošću prisustva manjeg broja testamentarnih svedoka, te je tako prilikom njegovog sačinjavanja neophodno istovremeno prisustvo dva svedoka. Svedoci imaju obavezu da obaveste sud (ili javnog beležnika u pravu Hrvatske) o sadržini usmenog testamenta, kao i o mestu i prilikama u kojima je zaveštalac izjavio svoju poslednju volju,

29 U spomenu toj grupi zakonodavstava, kada je reč o brojnosti oblika zaveštanja, naročito je izražen sistem pluralizma forme. Pored usmenog, kao izuzetnog oblika zaveštanja, u svima njima normirano je i nekoliko redovnih, a u većini njih i vanrednih oblika zaveštanja. U tom smislu, u pravu Makedonije, kao redovni oblici testamenata uređeni su svojeru čni, sudski, konzularno-diplomatski i međunarodni, te vojni, kao vanredni oblik. U pravu Slovenije, kao redovni oblici predviđeni su svojeru čni, pisani testament pred svedocima, sudski, notarski, konzularno-diplomatski i međunarodni, a od vanrednih vojni i brodski. Zakonodavstvo Hrvatske reguliše svojeru čni, pisani testament pred svedocima, javni i međunarodni, kao redovne oblike testamenta. Pravo Federacije BiH, kao redovne oblike testamenta uređuje svojeru čni, pismeni testament pred svedocima, sudski, konzularno-diplomatski, međunarodni i javnobeležnički, a od vanrednih vojni i testament koji se sačinjava na brodu i u avionu. Zakonodavstvo Crne Gore reguliše svojeru čni, pisani testament pred svedocima, sudski, konzularno-diplomatski i međunarodni, kao redovne oblike, te vojni i brodski, kao vanredne oblike. Videti: čl. 66–93 Zakona za nasleđivanje Makedonije iz 1996. godine, *Sl. vesnikna RM*, 47/1996 i 18/2001 – dr. zakon (dalje: ZNM); čl. 63–75 Zakona o dedovanju Slovenije iz 1976. godine, *Ur. list SRS*, 15/1976, 23/1978 i *Ur. list RS*, 13/1994 – ZN, 40/1994 – odl. US, 117/2000 – odl. US, 67/2001, 83/2001 – OZ, 73/2004–ZN-C, 31/2013 – odl. US i 63/2016 (dalje: ZDS); čl. 46 Zakona o notariatu Slovenije iz 1994. godine, *Ur. list RS*, 13/1994, 48/1994, 82/1994, 83/2001, 73/2004, 98/2005, 17/2006, 115/2006, 2/2007 – uradno prečišćeno besedilo, 33/2007, 45/2008 i 91/2013; čl. 30–40 i čl. 151–166 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske iz 2003. godine, *Narodne novine*, 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 i 33/2015 (dalje: ZNH); čl. 66–98 Zakona o nasljeđivanju u Federaciji BiH iz 2014. godine, *Sl. Novine Federacije BiH*, 80/2014 (dalje: ZNFBIH); kao i čl. 66–91 Zakona o nasljeđivanju Crne Gore iz 2008. godine, *Sl. list CG*, 74/2008 (dalje: ZNCG).

što mogu učiniti bilo u pisanoj formi, bilo usmeno na zapisnik, s tim što propuštanje svedoka da izvrše ovu dužnost nije uslov za njegovu punovažnost. Usvim ovim pravima, usmeni testament prestaje da važi istekom roka od 30 dana od prestanka izuzetnih okolnosti u kojima je on sačinjen.³⁰

3.2. Usmena izjava poslednje volje kao pravno dozvoljeni način izražavanja slobode zaveštanja

U pojedinim zakonodavstvima Evrope usmeno zaveštanje nije normirano kao poseban oblik izjave poslednje volje, s tim što je sačinjavanje zaveštanja usmenim putem moguće i u njima. Upravnim sistemima u kojima je prihvaćena ovakva regulativa, priroda zaveštanja sačinjenog usmenom izjavom nije ista. Osim toga, razlikuje se inačič normiranja kriterijuma kojima se uslovljava mogućnost usmenog saopštavanja poslednje volje, kao i konkretnih okolnosti u kojima je istu moguće izjaviti na ovaj način.

Ovo predstavlja slučaj u pravu Engleske, u kojem je mogućnost usmenog izjavljivanja poslednje volje priznata samo određenim kategorijama lica, pri čemu zaveštanje sačinjeno na ovaj način ima privatni karakter. Naime, Wills Act iz 1837. godine predviđa da testament mora biti sastavljen u pisanoj formi,³¹ od kog pravila izuzetak predstavlja mogućnost sačinjavanja zaveštanja od strane tzv. privilegovanih zaveštalaca. U ovu kategoriju ulaze vojnici koji se nalaze u aktivnoj vojnoj službi, pri čemu se pod njima podrazumevaju i pripadnici ratnog vazduhoplovstva, kao i mornari, odnosno pomorci kada se nalaze na moru, a naposljetku i bilo koji članovi kraljevskih morskih, odnosno pomorskih snaga, ne samo kada se nalaze na moru, već i onda kada bi se, da su sticajem okolnosti bili vojnici, nalazili u aktivnoj vojnoj službi. Spomenuta lica mogu sačiniti testament bez ikakvih formalnosti, usled čega izjavu poslednje volje mogu dati i usmenim putem.³² Jedini uslov koji mora biti ispunjen,

30 Videti: čl. 90 i čl. 92 ZNM; čl. 72 i čl. 74 ZDS; čl. 37 i čl. 39 ZNH; čl. 77 i čl. 79 ZNFBiH; kao i čl. 88 i čl. 90 ZNCG.

31 Videti: s. 9 Wills Act iz 1837. godine (preuzeto 14. 06. 2017.<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/contents>). Iako ne predstavlja niti svojeručno, niti pisano zaveštanje pred svedocima kao poseban oblik zaveštanja, privatno zaveštanje u redovnim okolnostima u pravu Engleske, uzimajući u obzir način njegovog sačinjavanja i uslove za njegovu punovažnost, sadrži elemente i jednog i drugog oblika zaveštanja. Ovo ga čini specifičnim oblikom zaveštanja u odnosu na privatne redovne oblike zaveštanja u državama evropsko-kontinentalnog sistema.

32 Videti: s. 11 Wills Act u vezi sa Wills (Soldiers and Sailors) Act iz 1918. godine (preuzeto 15. 06. 2017.<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/7-8/58/section/5>).

ogleda se u tome da se postojanje i sadržina testamenta mogu utvrditi sigurnim dokazima.³³

Za razliku od pravne regulative u Engleskoj, mogućnost sačinjavanja zaveštanja putem usmeno izjavljene volje u pravima Španije i Nemačke nije predviđena samo u pogledu pojedinih kategorija zaveštalaca, već je, kao što je to slu čaj i u većini ostalih zemalja Evrope, uslovljena postojanjem određenih izuzetnih okolnosti. Pritom, zahtevi forme kojima se uslovljava punovažnost poslednje volje izjavljene na usmeni način, ovako sačinjeno zaveštanje konceptualno svrstava u javne oblike, koji u ovim zakonodavstvima postoje paralelno sa javnim zaveštanjem, koje se u njima sačinjava u redovnim okolnostima.

Tako su Građanskim zakonikom Španije, kao redovni oblici zaveštanja pravno uređeni svojeručno i javno zaveštanje, koje može biti otvoreno i zatvoreno.³⁴ Testament koji se sačinjava u izuzetnim prilikama predstavlja zapravo jednu vrstu javnog otvorenog testamenta, koji se u redovnim okolnostima sačinjava u prisustvu javnog beležnika, a samo u posebnim situacijama i uz učešće dva testamentarna svedoka i to na osnovu usmenog kazivanja zaveštaoca ili njegovog već unapred sačinjenog pismena.³⁵ Naime, zaveštalac na isti način, bilo usmenom izjavom, bilo u pisanom obliku, svoju poslednju volju može izjaviti i u izuzetnim okolnostima, koje su Zakonikom precizirane i odnose se na neposrednu smrtnu opasnost ili stanje epidemije.³⁶ U ovom slučaju, zahtevi forme, s jedne strane su ublaženi, imajući u vidu činjenicu da se testament tada ne mora sačiniti uz učešće javnog beležnika, a s druge strane pooštreni, zahtevom za obaveznim prisustvom testamentarnih svedoka. Pored toga, punovažnost testamenta u slučaju postojanja ovakvih okolnosti uslovljena je i prisustvom većeg broja svedoka. Tako je uslučaju neposredne smrtno opasnosti neophodno istovremeno prisustvo pet svedoka, starijih

Explanation of s. II of 7 Will. 4 & 1 Vict. c. 26), (Extension of s. II of Wills Act, 1837); (Short title and interpretation).

33 O tome, detaljnije videti: Kerridge, 2011: 322–325.

34 Videti: čl. 676 Građanskog zakonika Španije (dalje: GZ Španije) iz 1889. godine (preuzeto 24. 08. 2017. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>).

35 Videti: čl. 694–697 GZ Španije. Pored spomenu tih, GZ Španije reguliše i tri vanredna oblika zaveštanja: vojno, pomorsko i zaveštanje sačinjeno u inostranstvu. Videti: čl. 677 Građanskog zakonika Španije.

36 Stanje epidemije kao mog uća komponenta izu zetnih okolnosti, u doktrini predstavlja predmet kritike, iz razloga njene uske određenosti, odnosno činjenice da njome nisu pokriveni ostali slu čajevi, kao što su nesreće, nepogode, te prirodne katastrofe, usled čega se sugeriše što šire tumačenje spomenute odredbe (navedeno prema: Lapuente, 2011: 82).

od 18 godina, dok je u slu čaju stanja epidemije potrebno istovremeno prisustvo tri svedoka, starijih od 16 godina, koji su, kada god je to moguće, dužni da o sadržini poslednje volje sačine odgovarajuće pismeno. Testament sačinjen usled postojanja spomenutih izuzetnih okolnosti prestaje da važi u slučaju kada je zaveštalac živ i nakon isteka roka od dva meseca od njihovog prestanka. Međutim, testament ostaje bez pravnog dejstva i ukoliko zaveštalac umre pre isteka spomenutog roka, ukoliko se testamentarni svedoci u roku od tri meseca od zaveštaočeve smrti ne pojave pred sudom u cilju njegovog obaveštavanja o poslednjoj volji zaveštaoca. Ovaj postupak, naime, služi da potvrdi postojanje i tačnu sadržinu zaveštaočeve volje, koja na taj način istovremeno dobija svojstvo javne isprave.³⁷

Građanski zakonik Nemačke, pored svojeru čnog i javnobeležničkog zaveštanja, kao redovnih formi,³⁸ uređuje i zaveštanja u izuzetnim okolnostima koja se sačinjavaju usmenom izjavom, pri čemu su zahtevi forme posebno strogi. Jedno od njih je izuzetno zaveštanje pred predsednikom opštine, koje se može sačiniti kada se zaveštalac nalazi u takvim okolnostima usled kojih postoji opravdana bojazan da će umreti pre nego što bude u mogućnosti da sačini testament pred javnim beležnikom, u kom slučaju može usmeno saopštiti svoju volju pred predsednikom opštine gde mu se nalazi boravište ili eventualno pred nekim drugim ovlašćenim licem opštine, uz istovremeno prisustvo dva testamentarna svedoka.³⁹ Lice koje se pak nađe u mestu gde mu je usled izuzetnih okolnosti onemogućeno ili znatno otežano sačinjavanje javnobeležničkog testameta, svoju poslednju volju može usmeno izjaviti, kao i u prethodno navedenom slučaju – pred predsednikom opštine i dva testamentarna svedoka, s tim što je u ovom slu čaju može usmeno saopštiti i pred tri svedoka.⁴⁰ Zaveštalac koji se nalazi u toliko neposrednoj smrtnoj opasnosti da je verovatno da se ispunjenje uslova u pogledu prisustva predsednika opštine ne može ostvariti, može usmeno izjaviti svoju poslednju volju pred tri testamentarna svedoka.⁴¹

37 Videti čl. 700–704 GZ Španije.

38 Videti: čl. 2231 Građanskog zakonika Nemačke (dalje: GZ Nemačke) iz 1896. Godine (preuzeto 19. 08. 2017.<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>). Konzularno zaveštanje, kao poseban oblik zaveštanja, u pravu Nemačke regulisano je u Konsulargesetz iz 1974. godine (preuzeto 19. 08. 2017. <http://www.gesetze-im-internet.de/konsulg/>).

39 Videti: čl. 2249, st. 1 i st. 5 GZ Nemačke.

40 Videti: čl. 2250, st. 1 GZ Nemačke.

41 Videti: čl. 2250, st. 2 GZ Nemačke. U čl. 2251 GZ Nemačke normira i pomorsko zaveštanje, koje se u slučaju kada se zaveštalac nalazi na putovanju morem na nemačkom brodu, takođe sačinjava usmenom izjavom volje pred tri istovremeno prisutna svedoka.

Prilikom regulisanja načina sačinjavanja izuzetnog zaveštanja pred predsednikom opštine ili pred tri testamentarna svedoka, GZ Nemačke upućuje na primenu kako odgovarajućih odredaba samog Zakonika, tako i odredaba Zakona o potvrđivanju isprava, koje se odnose na sačinjavanje javnobeležničkog zaveštanja,⁴² uz neophodne modifikacije.⁴³ Tako, testament koji je u prethodno navedenim okolnostima sačinjen usmenom izjavom zaveštaoca, mora biti pismeno redigovan, pri čemu je potrebno da se zabeležena izjava pred zaveštaocem pročita, kao i da je on nakon toga potvrdi i potpiše. U zapisniku o sačinjenom testamentu, potrebno je navesti okolnosti koje opravdavaju sastavljanje testamenta, s tim što njihova neosnovanost ne utiče na punovažnost testamenta.⁴⁴ Takođe, ni formalni propusti u sačinjavanju zapisnika ne utiču na njegovu punovažnost, pod uslovom da se sa sigurnošću može pretpostaviti da je u njemu sadržana pouzdana reprodukcija zaveštaočeve volje.⁴⁵

Testament sačinjen usled postojanja spomenutih izuzetnih okolnosti prestaje da važi u slučaju kada zaveštalac nadživi istek roka od tri meseca od momenta njegovog sačinjavanja, pri čemu rok ne teče sve dok se ne stekne mogućnost za sačinjavanje javnobeležničkog testamenta.⁴⁶ Na ovovremensko ograničenje važnosti testamenta, predsednik opštine, odnosno drugo ovlašćeno lice, kada je reč o izuzetnom testamentu koji se sačinjava pred navedenim licima, treba da upozori zaveštaoca, te da unese u zapisnik da je spomenuta napomena učinjena.⁴⁷

Iako se reguliše kao posebna vrsta izuzetnog zaveštanja, teorija je stava da potreba za time realno ne postoji, s obzirom na činjenicu da zaveštalac kada god se nalazi u izuzetnim prilikama, ima mogućnost da sačini zaveštanje pred tri testamentarna svedoka (Zimmermann, 2011: 218).

42 Do 01. 01. 1970. godine, javno zaveštanje u pravu Nemačke moglo se sačiniti ili pred sudijom osnovnog suda ili pred javnim beležnikom. Stupanjem na snagu Zakona o potvrđivanju isprava iz 1969. godine (Beurkundungsgesetz, preuzeto 19. 08. 2017. <https://www.gesetze-im-internet.de/beurkg/>), sastavljanje javnog zaveštanja u pravu Nemačke prešlo je u isključivu nadležnost javnog beležnika (Đurđević, 2011: 429).

43 Videti: čl. 2249, st. 1 i čl. 2250, st. 3 GZ Nemačke.

44 Videti: čl. 2249, st. 2 i čl. 2250, st. 3 GZ Nemačke.

45 Videti: čl. 2249, st. 6 i čl. 2250, st. 3 GZ Nemačke. Tako, primera radi, nenaznačavanje datuma sačinjavanja zapisnika ne mora nužno dovesti do nepunovažnosti zaveštanja. Među tim, ovo se ne odnosi na formalne uslove za sačinjavanje samog zaveštanja, koji se odnose na neophodan broj svedoka, nužnost sačinjavanja samog zapisnika, njegovog čitanja zaveštaocu, te neophodnost priznavanja i potpisivanja od strane zaveštaoca (Zimmermann, 2011: 215).

46 Videti čl. 2252, st. 1 i 2 GZ Nemačke.

47 Videti: čl. 2249, st. 3 GZ Nemačke.

U doktrini se ukazuje da spomenute zakonske odredbe otvaraju mogućnost postojanja velikog broja nepunovažnih zaveštanja sačinjenih u izuzetnim okolnostima (posebno onih koji se izjavljuju pred tri svedoka) i pored toga što sudska praksa pokazuje tendenciju da ih ne tumači restriktivno. Kao razlog za to, navodi se strogost propisanih formalnih uslova za njihovu punovažnost, kao i činjenica da je teško očekivati od testamentarnih svedoka, ali i od predsednika opštine da iste poznaju. Prema ovom shvatanju, odredbe o mogućnosti sačinjavanja zaveštanja pred predsednikom opštine, kao nepotrebne, bilo bi poželjno u potpunosti izostaviti iz teksta Zakonika, a postojeće uslove za punovažnost izuzetnog zaveštanja pred tri svedoka izmeniti u pravcu usvajanja liberalnijeg režima (Zimmermann, 2011: 217–218).

3.3. Usmeno zaveštanje kao pravno nedozvoljeni način izražavanja slobode zaveštanja

U određenom broju pravnih poredaka Evrope, mogućnost usmenog izjavljivanja poslednje volje nije prihvaćena ni u jednom vidu. Uzimajući u obzir zakonodavstva zemalja koje su obuhvaćene uporednopravnom analizom, ovakav pravni tretman, usmeno zaveštanje, generalno posmatrano, ima u bivšim socijalističkim zemljama (Bugarska, Češka i Rusija), kao iu zemljama romanske pravne tradicije (Francuska, Belgija i Italija).

Zakonsku regulativu u pojedinim od nabrojanih zemalja, kao što su Bugarska, Češka i Rusija, inače karakteriše manji broj oblika zaveštanja putem kojih je moguće izjaviti poslednju volju. Tako su u nekim od njih normirani isključivo redovni oblici zaveštanja, što znači da mogućnost zaveštajnog raspolaganja u vanrednim ili izuzetnim okolnostima ne postoji. Ovo je slučaj u pravu Bugarske, u kojem su od oblika testamenata uređeni samo svojeručni i javnobeležnički testament,⁴⁸ kao i u pravu Slovačke, koje pored prethodno navedenih, poznaje još i pisani testament pred svedocima.⁴⁹ Za razliku od njih, pravo Rusije, pored javnobeležnički potvrđenog testamenta, kao jedine forme testamenta koja se može sačiniti u redovnim okolnostima,⁵⁰ predviđai mogućnost

48 Videti: čl. 23 Zakona o nasleđivanju Bugarske iz 1949. godine (preuzeto 12. 05. 2017. <http://lex.bg/laws/ldoc/2121542657>).

49 Videti: čl. 476, st. 1 Građanskog zakonika Slovačke iz 1964. godine (preuzeto 14. 05. 2017. <http://www.zakonyupreludi.sk/zz/1964-40>).

50 Videti: čl. 1124–1128 Građanskog kodeksa Ruske Federacije (dalje: GKRF) iz 2001. godine (preuzeto 03. 05. 2017. <http://base.garant.ru/10164072/>).

izjavljivanja poslednje volje u izuzetnim okolnostima, s tim što se testament u ovakvim okolnostima sačinjava u prosto pisanoj formi.⁵¹

Nasuprot prethodno spomenutim, zemlje koje pripadaju romanskom pravnom krugu odlikuju se brojnošću oblika u kojima se može izjaviti poslednja volja. Međutim, karakteristika sistema forme zaveštanja i u pravima koja pripadaju ovoj grupi zemalja ogleda se u tome da ona ne poznaju usmeno zaveštanje. Tako su u zakonodavstvu Francuske, pored redovnih oblika testamenata – svojeručnog, javnobeležničkog, te međunarodnog testamenta, kao privilegovani oblici uređeni: vojni testament, testament sačinjen u izolaciji, kao i pomorski testament. Poslednje spomenuti testamenti sačinjavaju se u prisustvu nekog od ovlašćenih službenih lica i dva testamentarna svedoka, pri čemu se o njima sačinjava pismena isprava koju potpisuju zaveštalac i svedoci.⁵² Isti oblici zaveštanja, kao i pravila vezana za način sačinjavanja privilegovanih testamenata, propisani su i u pravu Belgije.⁵³ Slična regulativa prihvaćena je i u pravu Italije, koje uređuje iste one redovne oblike zaveštanja koji su prihvaćeni i u Francuskoj i Belgiji. Građanski zakonik Italije reguliše i nekoliko vrsta specijalnih, odnosno vanrednih zaveštanja. Tako se testament u slučaju zaraznih bolesti, javnih nepogoda ili nesreća mora saopštiti pred javnim beležnikom, sudijom, gradonačelnikom, odnosno njegovim zamenikom ili pred ministrom, kao i pred dva svedoka, o čemu se sačinjava pismena isprava koju potpisuju ovlašćeno lice, zaveštalac i svedoci. Spomenuta pravila propisana su i u pogledu postupka sačinjavanja ostalih vanrednih zaveštanja, kao što su testament na brodu ili vazduhoplovu i vojni testament, s tim što se ovi testamenti saopštavaju pred ovlašćenim službenim licem na brodu ili vazduhoplovu, odnosno pred određenim vojnim starešinom.⁵⁴

51 Videti: čl. 1129 GKR.F.O navedenim oblicima zaveštanja, detaljnije videti: Abova, Boguslavskiñ, Svetlanov, 2004: 28–31; Bulaevskiñ, Vinogradova, Efimov, Levšina, Pavlova, Panteleeva, Su čkova, Šeljotto, Šilohvost, Jrošenko, 2007: 47–64.

52 Videti: čl. 969 i čl. 981–1001 Građanskog zakonika Francuske (dalje: GZ Francuske) iz 1804. godine (preuzeto 16. 05. 2017. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>). O postupku sačinjavanja navedenih privilegovanih zaveštanja, videti: Terré, Lequette, 1997: 317–318.

53 Videti: čl. 969 i čl. 981–1001 Građanskog zakonika Belgije (preuzeto 16. 05. 2017. <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>).

54 Videti: čl. 601 i čl. 609–619 Građanskog zakonika Italije iz 1942. godine (preuzeto 19. 05. 2017. http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm).

4. Zaključna razmatranja

Dva osnovna zahteva kojima se svaki pravni poredak mora rukovoditi prilikom pravne regulative forme zaveštanja su, najpre, da ona treba da omogući istinitost poslednje volje, što se postiže objektiviziranjem volje na način koji podrazumeva njeno fiksiranje pisanim putem, kao i da zaveštavanje treba omogućiti u svakom slučaju. Stoga je nesumnjivo da je obuhvatanje usmenog zaveštanja sistemom oblika zaveštanja opravdano, imajući u vidu da ono omogućuje realizaciju slobode zaveštanja kada to nije moguće učiniti korišćenjem nijedne druge forme. Iako opravdanost pravnog regulisanja usmenog zaveštanja nije prepoznata u svim savremenim zakonodavstvima Evrope, u značajnom broju ovih zakonodavstava, u koje se svrstava i naše, ono je pravno uređeno kao poseban privatni oblik izjave poslednje volje. Mogućnost sačinjavanja zaveštanja usmenim putem prihvaćena je i u pravima pojedinih zemalja u kojima usmeno zaveštanje nije regulisano kao poseban oblik izjave poslednje volje, pri čemu se zaveštanje sačinjeno na ovaj način, shodno propisanim uslovima forme, u njima, po pravilu, svrstava u javne oblike zaveštanja. Imajući u vidu da izjavljivanje poslednje volje na usmeni način otvara mogućnost za zloupotrebe i sa sobom nosi manjak pravne sigurnosti, pravni sistemi u kojima je prihvaćena mogućnost ovakvog načina zaveštavanja predviđaju manje ili više stroge uslove za njenu punovažnost.

Kada je reč o zahtevu za postojanje izuzetnih (ili vanrednih) okolnosti, kojim se u pravima evropsko-kontinentalnog tipa uslovljava mogućnost izjave poslednje volje usmenim putem, korišćenje širokog standarda *izuzetnih prilika*, koje ni *exempli causa* nisu nabrojane, pravo Srbije, kao i prava svih zemalja koje se nalaze u našem neposrednom okruženju, svrstava u red najliberalnijih pravnih poredaka. Iako domaća sudska praksa, po pravilu, postupa u skladu sa intencijom zakonodavca da se punovažnost usmenom zaveštanju može priznati samo izuzetno, zbog pravne nesigurnosti koju nosi sa sobom, ovakvo zakonsko rešenje ne smatramo poželjnim. Stoga smo stava da bi, po ugledu na pravnu regulativu ovog pitanja koja je prihvaćena u ostalim pojedinim savremenim zakonodavstvima Evrope koja su predstavljala predmet naše analize, ovaj uslov punovažnosti usmenog zaveštanja trebalo pooštriti u pravcu bližeg definisanja karakteristika okolnosti u kojima je slobodu zaveštanja moguće realizovati na ovaj način. Njegovo sačinjavanje, *de lege ferenda*, moglo bi se usloviti okolnostima koje predstavljaju iznenadnu, konkretnu i neposrednu opasnost za život zaveštaoca, usled kojih on nije u mogućnosti da zaveštava u bilo kojoj drugoj formi.

Korekcije u normativnom uobličanju usmenog zaveštanja u domaćem pravu poželjne su i upogledu elementa njegove punovažnosti, koji se ogleda u zahtevu za istovremenim prisustvom tri zaveštajna svedoka prilikom njegovog sačinjavanja. Utisak je da je zakonodavac rukovođen nastojanjem obezbeđivanja autentičnosti zaveštaočeve usmeno izjavljene volje, propisivanjem zahteva za većim brojem svedoka zanemario dve negativne konsekvence ovakvog načina pravne regulative spomenutog pitanja. Njime se, naime, bitno otežava mogućnost realizacije slobode zaveštanja u izuzetnim okolnostima. Istovremeno, ovakvim rešenjem potencijalno se dovodi u pitanje pravno dejstvo i onih zaveštanja prilikom čijeg sačinjavanja je ovaj zakonski uslov bio ispunjen, imajući u vidu činjenicu otežanog usaglašavanja većeg broja svedoka zbog njihove različite mogućnosti percepcije spoljašnjih događaja i drugačijeg razumevanja izjave poslednje volje zaveštaoca. Iz navedenih razloga, rešenje prema kojem je punovažnost usmenog zaveštanja uslovljena prisustvom dva zaveštajna svedoka, koje je kao takvo bilo predviđeno našim ranijim naslednopravnim propisima, a u današnje vreme i u većini ostalih pravnih poredaka Evrope (Švajcarska, Mađarska, Austrija, Hrvatska, BiH, Crna Gora, Slovenija, Makedonija, te, u određenim slučajevima i Nemačka), smatramo boljom zakonskom solucijom.

Naposletku, u cilju podizanja nivoa pravne sigurnosti, mišljenja smo da je postojeće normativno rešenje koje se odnosi na vremensko važenje usmenog zaveštanja u domaćem pravu potrebno precizirati. Usmeno zaveštanje, imajući u vidu njegovu prirodu, ni u jednom od savremenih pravnih poredaka Evrope ne važi neograničeno, pri čemu je njegovo važenje, bez obzira na konkretne razlike u pogledu načina regulisanja ovog pitanja, u svima njima kratko. Kao konkretan nedostatak domaće regulative, istakli bismo činjenicu da je iz same formulacije zakonskog teksta sporan način sagledavanja trenutka prestanka izuzetnih okolnosti za koje se vezuje početak roka važnosti usmenog zaveštanja. Kako je u interesu samog zaveštaoca povoljnije subjektivno sagledavanje ovog trenutka, smatramo da je, u cilju pojašnjavanja intencije zakonodavca, neophodno zakonom izričito predvideti da rok počinje da teče od momenta kada je zaveštalac stekao mogućnost da sačini zaveštanje u nekom drugom obliku, a ne od same činjenice prestanka izuzetnih okolnosti. Uporednopravna analiza je pokazala da je ovakvo zakonsko rešenje prihvaćeno i u pretežnom broju ostalih zakonodavstava Evrope.

Napred spomenutim korekcijama, te preciziranjima postojećih zakonskih rešenja, nesumnjivo bi se doprinelo unapređenju kvaliteta postojeće zakonske regulative usmenog zaveštanja. Njima bi se, s jedne

strane, pružile veće garancije za realizaciju slobode zaveštanja, a s druge strane, makar u određenoj meri, prevazišli određeni nedostaci, naročito u pomanjkanju pravne sigurnosti koju sa sobom nosi sadašnji režim usmenog zaveštanja.

Literatura

- Abova, T. E., Boguslavskiĭ, M. M., Svetlanov, A. G. (2004). *Komentariĭ k Graždanskomu kodeksu Rossiĭskoĭ Federacii. Časti tretĭeĭ.* Moskva.
- Antić, O. (1979). Usmeni testament u savremenom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu.* 5–6. 506–519.
- Antić, O., Balinovac, Z. (1996). *Komentar Zakona o nasleđivanju.* Beograd: Izdavačko preduzeće „Nomos.“
- Blagojević, B. (1969). *Nasledno pravo SFRJ.* Beograd.
- Bulaevskiĭ, B.A., Vinogradova, R.I., Efimov, A. F., Levšina, T.L., Pavlova, E.A., Panteleeva, I. V., Sučkova, N.V., Šelĭotto, M.L., Šilohvost, O.Ĭ., Jrošenko, K.B. (2007). *Komentariĭ k Graždanskomu kodeksu Rossiĭskoĭ Federacii. Časti tretĭeĭ.* Moskva.
- Vékás, L. (2011). Testamentary Formalities in Hungary. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law.* Vol. 1. Oxford University Press. 254–269.
- Vidić Trninić, J. (2015). Uloga notara u sačinjavanju zaveštanja u uporednom pravu. *Srpska politička misao.* 4. 207–227.
- Đurđević, D. (2011). Notarski testament u nemačkom pravu. U: M. Vasiljević, V. Čolović (Ured.), *Uvod u pravo Nemačke.* Beograd. 427–454.
- Đurđević, D. (2015). *Institucije naslednog prava.* Beograd.
- Zimmermann, R.(2011). Testamentary Formalities in Germany. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law.* Vol. 1. Oxford University Press. 175–220.
- Zoll, F.(2011). Testamentary Formalities in Poland. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law.* Vol. 1. Oxford University Press. 270–281.
- Kaščelan, B. (2006). Izuzetni oblik zaveštanja. *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu.* Istočno Sarajevo. II. 539–554.

Kerridge, R. (2011). Testamentary Formalities in England and Wales. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press. 305–328.

Kreč, M., Pavić, Đ. (1964). *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*. Zagreb: Narodne novine.

Krstić, N. (2016). Izuzetne prilike kao uslov punovažnosti usmenog zaveštanja. *Zbornik radova – Dvadeset godina Zakona o nasljeđivanju Republike Srbije*. Pravni fakultet Univerziteta u Nišu. Centar za publikacije. 195–217.

Lapiente, S. C. (2011). Testamentary Formalities in Spain. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press. 71–95.

Svorcan, S. (2004). *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*. Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu.

Stojanović, N. (2011). *Nasledno pravo*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu. Centar za publikacije.

Terré, F., Lequette, Y. (1997). *Droit civil, les successions, les libéralités*. Paris.

Wendehorst, C. (2011). Testamentary Formalities in Austria. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press. 221–253.

Propisi

Beurkundungsgesetz iz 1969. godine (preuzeto 19. 08. 2017. <https://www.gesetze-im-internet.de/keurkg/>).

Građanski zakonik Austrije iz 1811. godine (preuzeto 20. 07. 2017. [https://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_\(ABGB\).html](https://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_(ABGB).html)).

Građanski zakonik Belgije (preuzeto 16. 05. 2017. <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>).

Građanski zakonik Italije iz 1942. godine (preuzeto 19. 05. 2017. http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm).

Građanski zakonik Mađarske iz 2013. godine (preuzeto 19. 07. 2017. http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV).

Građanski Zakonik Nemačke iz 1896. Godine (preuzeto 19. 08. 2017. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>).

Građanski zakonik Poljske iz 1964. godine (preuzeto 18. 07. 2017. <https://supertrans2014.files.wordpress.com/2014/06/the-civil-code.pdf>).

Građanski zakonik Slovačke iz 1964. godine (preuzeto 14. 05. 2017. <http://www.zakonypreludi.sk/zz/1964-40>).

Građanski zakonik Francuske iz 1804. godine (preuzeto 16. 05. 2017. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>).

Građanski zakonik Češke iz 2012. godine (preuzeto 18. 07. 2017. <http://www.czechlegislation.com/89-2012-sb>).

Građanski zakonik Švajcarske iz 1907. Godine (preuzeto 01. 05. 2017. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>).

Građanski zakonik Španije iz 1889. godine (preuzeto 24. 08. 2017. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>).

Građanski kodeks Ruske Federacije iz 2001. godine (preuzeto 15. 05. 2017. <http://base.garant.ru/10164072/>).

Zakon za nasleđivanje Makedonije. *Služben vesnik na RM*. Br. 47 (1996) i 18 (2001) – dr. zakon.

Zakon o dedovanju Slovenije. *Uradni list SRS*. Br. 15 (1976), 23 (1978); *Uradni list RS*. Br. 13 (1994) – ZN, 40 (1994) – odl. US, 117 (2000) – odl. US, 67 (2001), 83 (2001) – OZ, 73 (2004) – ZN-C, 31 (2013) – odl. US i 63 (2016).

Zakon o nasleđivanju Bugarske iz 1949. godine (preuzeto 12. 05. 2017. <http://lex.bg/laws/ldoc/2121542657>).

Zakon o nasleđivanju Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 46 (1995), 101 (2003) – odluka USRS i 6 (2015).

Zakon o nasleđivanju SR Srbije. *Sl. glasnik SR Srbije*. Br. 52 (1974) i 1 (1980).

Zakon o nasleđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine. *Službene novine Federacije BiH*. Br. 80 (2014).

Zakon o nasleđivanju FNRJ. *Sl. list FNRJ*. Br. 20 (1955); *Sl. list SFRJ*. Br. 42 (1965) i 47 (1965).

Zakon o nasleđivanju Hrvatske. *Narodne novine*. Br. 48 (2003), 163 (2003), 35 (2005), 127 (2013) i 33 (2015).

Zakon o nasleđivanju Crne Gore. *Službeni list CG*. Br. 74 (2008).

Zakon o notariatu Slovenije. *Uradni list RS*. Br. 13 (1994), 48 (1994), 82 (1994), 83 (2001), 73 (2004), 98 (2005), 17 (2006), 115 (2006), 2 (2007) – uradno prečišćeno besedilo, 33 (2007), 45 (2008) i 91 (2013).

Konsulargesetz iz 1974. godine (preuzeto 19.08.2017. <http://www.gesetze-im-internet.de/konsg/>).

Wills Act iz 1837. godine (preuzeto 14. 06. 2017. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/contents>).

Jelena Vidić-Trninić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Novi Sad

**ORAL TESTAMENT IN SERBIAN LAW AND OTHER
MODERN EUROPEAN LEGISLATIONS**

Summary

Relying on a comparative analysis of contemporary European laws, the author analyzes the existing normative framework and positions of modern European legislations on the institute of oral testament. In a number of legal systems, oral testament is not recognized as a form of testation but, in most jurisdictions, it is a legally allowed form of expressing the freedom of testation. In some jurisdictions, it is a regular form of exercising testamentary freedom but, in most European legislations that recognize it, oral testament (will) is an exceptional form of testation which is valid only if it is made under extraordinary circumstances. The provided analysis of legal requirements pertaining to the validity of oral testament in Serbian legislation focuses on the good normative solutions as well as the observed weaknesses in the domestic legislation, especially from the aspect of exercising the protective and probative function of this form of testament. By reviewing the legislative solutions on this form of testamentary disposition in other European laws, the author points to the differences as well as to common solutions and basic principles that modern European legislations are governed by in regulating this matter. Finally, the author suggests possible directions for its regulation de lege ferenda in domestic law, especially considering the advantages of certain statutory provisions observed in comparative law.

Keywords: oral testament, freedom of testation, comparative law, Serbia.

Dr Đorđe L. Nikolić,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776447N

UDK: 347.5:61
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

PRAVNA PRIRODA GRAĐANSKOPRAVNE ODGOVORNOSTI MEDICINSKIH POSLENIKA

Apstrakt: U analizi pravne prirode građanskopravne odgovornosti medicinskih poslenika naglašava se najpre da je to jedan od najstarijih oblika građanskopravne profesionalne odgovornosti, pri čemu se ukazuje i na neke od tipičnih odlika takve odgovornosti. U nastavku se analiziraju različiti oblici u kojima se građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika ispoljava ili se može ispoljiti. U tom pogledu ona je veoma heterogena, zbog čega su u okviru posebnih poglavlja razmotreni ugovorna i neugovorna odgovornost, odgovornost za svoje radnje i odgovornost za radnje drugog, kao i subjektivna i objektivna odgovornost. Na kraju je i zaključak u kojem se autor zalaže za "ozakonjenje" ugovora o lekarskim uslugama.

Ključne reči: medicinski poslenici, odgovornost za drugog, ugovorna, neugovorna, subjektivna i objektivna odgovornost.

1. Uvodne napomene

Sveukupna odgovornost medicinskih poslenika veoma je složena, što je opšta odlika profesionalne odgovornosti. Ipak, složenost građanskopravne odgovornosti medicinskih poslenika neuporediva je sa ostalim vidovima njihove odgovornosti.

Građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika je jedan od najstarijih primera profesionalne odgovornosti. Raznovrsni oblici u kojima se ona ispoljava pokazuju da je i priroda građanskopravne odgovornosti medicinskih poslenika veoma raznovrsna. Na prvi pogled, ona je primer ugovorne odgovornosti, ali se često zasniva i kao

* djonik@prafak.ni.ac.rs

neugovorna. To je odgovornost za svoje radnje, ali se u novije doba daleko češće javlja kao odgovornost za drugog. Redovan osnov odgovornosti medicinskih poslenika je krivica, što je svrstava u subjektivnu, s tim što je, bar u pravu zemalja tzv. otvorenog sistema, moguća i njihova objektivna odgovornost.

U radu će se najpre izložiti osobenosti profesionalne odgovornosti medicinskih poslenika. Zatim će se razmotriti ugovorna i neugovorna odgovornost medicinskih poslenika, odgovornost medicinskih poslenika za svoje radnje, kao i njihova odgovornost za drugog, da bi se na kraju ukazalo i na dominantnu subjektivnu, ali i na moguću objektivnu odgovornost medicinskih poslenika.

2. Profesionalna građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika

Profesionalna građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika je poseban oblik odgovornosti pripadnika tzv. slobodnih (Dabić, 2009: 13), odnosno posebno pravno uređenih ili intelektualnih profesija (Petrić, 2012: 222), koja nastaje u vršenju neke od takvih profesija. Posebna pravila po kojima pripadnici slobodnih profesija odgovaraju za štetu korisnicima njihovih usluga i trećim licima obrazuju se u manjoj meri u zakonskom, a u većoj meri u obliku sudske prakse (Radišić, 1992: 1759; Mujović-Zornić, 1999: 109; Petrić, 2012: 222). Tako se vremenom profesionalna odgovornost izdvaja u poseban pravni institut koji je, kada su u pitanju medicinski poslenici, jedan od najznačajnijih problema medicinskog prava (Radišić, 1986: 15).

Profesionalna građanskopravna odgovornost se teško može uklopiti u klasičnu sistematiku građanskopravne odgovornosti, jer se kod nje isprepliću elementi deliktne i ugovorne odgovornosti. Zbog toga su retka pravila kojima se ona uređuje (Radišić, 1992: 1759; Mujović-Zornić, 1999: 109; Petrić, 2012: 223). Uz to, s obzirom da svaka profesija sadrži izvesne posebnosti, to se i pitanje profesionalne odgovornosti njenih pripadnika diferencirano postavlja (Dabić, 2009: 14), pri čemu ni za pojedine profesije ona nije celovito i sistematski uređena (Petrić, 2012:223).

Osobena pravila o odgovornosti za štetu koju prouzrokuju pripadnici slobodnih profesija opravdavaju se prvenstveno posebnim položajem pripadnika ovih profesija, ali i specifičnim karakteristikama njihove obaveze prema stranci i prema trećima (Petrić, 2012: 223).

Osim toga, ova odstupanja često su posledica nastojanja svakog pravnog poretka da izvrši pravednu alokaciju rizika od štete između pripadnika profesije i oštećenika (Petrić, 2012: 223).

Do profesionalne građanskopravne odgovornosti dolazi zbog povrede zakonskih ili ugovornih obaveza pripadnika slobodnih profesija u toku pružanja profesionalnih usluga njihovim korisnicima. Pri tome, ne postoji lista slobodnih profesija, već se o slobodnom karakteru neke profesije sudi na osnovu njihovih izvesnih odnosa, po kojima se one razlikuju od drugih profesija (Dabić, 2009:13).

Iako su njihovi nosioci prvenstveno fizička lica, nosioci slobodnih profesija mogu biti i pravna lica sa posebnim statusom, što znači da se one mogu obavljati ne samo u pravno organizacionim oblicima za individualno, već i u pravno organizacionim oblicima za kolektivno preduzetništvo.

Nosioci slobodnih profesija stupaju u odnose sa suptilnim partnerima (pacijentima, klijentima, strankama) (Dabić, 2009: 14) kojima je, zbog neposedovanja odgovarajućih stručnih znanja ili veština, potreban savet, rešenje problema, pomoć ili neka druga profesionalna usluga. S obzirom na to, nosioci slobodnih profesija, kao profesionalci, pružaju svoje usluge koristeći svoje znanje, veštinu i povećanu pažnju, koja se upravo i naziva profesionalnom ili pažnjom dobrog stručnjaka.

Odredbe građanskih zakonika ne sadrže posebne odredbe o profesionalnoj odgovornosti. Izuzetak je, u tom pogledu, italijanski Građanski zakonik, koji sadrži odeljak o tzv. intelektualnim profesijama.¹ Međutim, iako se pojam intelektualne profesije ne definiše, niti se, primera radi, navodi njihova lista, profesionalni ugovor mogao bi se definisati kao ugovor koji za predmet ima "intelektualno delo".²

Srpski Zakon o obligacionim odnosima (ZOO),³ kao i odgovarajući zakoni svih bivših jugoslovenskih republika, ne sadrži posebne odredbe o profesionalnoj odgovornosti. Jedina njegova odredba koja u tom pogledu predstavlja izuzetak je pravilo koje propisuje stepen pažnje dobrog stručnjaka. Naime, prema odredbi iz čl. 18, st. 2 ZOO, strane u obligacionom

1 Čl. 2229–2238 italijanskog Građanskog zakonika.

2 Takav zaključak proizlazi iz odredbe čl. 2230 italijanskog Građanskog zakonika kojom se propisuje da se odredbe tog odeljka primenjuju na ugovore u kojima je predmet činidbe dužnika "intelektualno delo".

3 Zakon o obligacionim odnosima, „Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „Službeni list SRJ“, 31/93 i „Službeni list SCG“, 1/03 – Ustavna povelja.

odnosu dužne su da u izvršavanju obaveza iz svoje profesionalne delatnosti postupaju s "povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka)". Iako je pažnja dobrog stručnjaka za jedan stepen viša od pažnje dobrog privrednika (Kapor, 1980: 89; Jankovec (1985: 387), može biti sporno da li je neko lice privrednik ili stručnjak (Petrić, 2012: 224).

Pored ZOO, pojedine segmente profesionalne građanskopravne odgovornosti medicinskih poslenika uređuje i Zakon o pravima pacijenata (ZPP).⁴ Naime, iako nedvosmisleno proizlazi iz povrede obaveze lekara iz ugovora koji on zaključuje sa pacijentom, ali i iz opšte zabrane prouzrokovanja štete drugome (neminem laedere),⁵ odnosno iz ustavnih garancija o nepovredivosti čovekovog prava na život, kao i njegovog fizičkog i psihičkog integriteta,⁶ pravo pacijenta na naknadu štete koja mu je prouzrokovana lečenjem predviđa se i kao jedno od osnovnih pacijentovih prava. Međutim, propisi kojima se predviđa to pravo ne sadrže detaljnije odredbe za njegovo ostvarenje, već redovno upućuju na primenu opštih pravila o odgovornosti za prouzrokovanu štetu. To znači da odgovornost za štetu koju pacijent pretrpi prilikom lečenja nije posebno regulisana, tako da se gotovo u svim pravnim sistemima odvija prema opštim pravilima o odgovornosti za prouzrokovanu štetu (Radišić, 1992: 1759; Mujović-Zornić, 1999: 109; Klarić, 2001a: 13; Klarić, 2003: 389; Radišić, 2007: 24; Petrić, 2008: 56), koja se negde više negde manje dopunjavaju i prilagođavaju kroz sudsku praksu.⁷ To je slučaj i sa pravom Republike Srbije u kojem se samo načelnom odredbom ZPP propisuje: „Pacijent koji zbog stručne greške zdravstvenog radnika, odnosno zdravstvenog saradnika, u ostvarivanju zdravstvene zaštite pretrpi štetu na svom telu, ili se stručnom greškom prouzrokuje pogoršanje njegovog zdravstvenog stanja, ima pravo na naknadu štete prema opštim pravilima odgovornosti za štetu“.⁸ Ova odredba, pre svega, upućuje na primenu pravila o odgovornosti za štetu koja sadrži ZOO, koja bi se, inače, i bez nje primenjivala. Samo ta pravila, u odnosu na pravila koja sadrže drugi zakoni, imaju karakter opštih pravila. Ali njome se istovremeno iskazuje i težnja da se celokupna odgovornost medicinskih

4 Zakon o pravima pacijenata, „Službeni glasnik RS“, br. 45/2013.

5 Čl. 16 ZOO.

6 Čl. 24 i 25 Ustava Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, br. 98/2006).

7 U tom smislu se i navodi (Radišić, 2009: 11) da je moderno pravo o odgovornosti lekara, u suštini, "tekovina sudske prakse, koja je u nekim zemljama veoma bogata i raznovrsna".

8 Čl. 31 ZPP.

poslenika ograniči samo na štete prouzrokovane njihovim "stručnim greškama". Osim što je pravno-teorijski i jezički nekorektan, taj deo zakonske odredbe očigledno favorizuje medicinske poslenike.⁹

3. Ugovorna i neugovorna odgovornost

Opšta pravila o odgovornosti za štetu koja sadrži ZOO nisu jedinstvena (Klarić, 2001a: 13), jer on predviđa više vrsta odgovornosti za štetu i svaka od njih ima svoja posebna pravila. S obzirom na to da je osnovna podela odgovornosti za štetu podela na neugovornu (deliktnu) i ugovornu odgovornost, postavlja se pitanje kakva je pravna priroda građanskopravne odgovornosti medicinskih poslenika, tj. pitanje da li se ona odvija prema pravilima ugovorne ili neugovorne odgovornosti. Odgovor na to pitanje nema samo pravno-teorijski, već i praktičan značaj, jer u svim pravnim sistemima postoje izvesne razlike između njih (Radišić, 1992: 1759; Mujović-Zornić, 1999: 110; Klarić, 2001a: 14; Petrić, 2012: 232).

Čini se, bar na prvi pogled, da ugovorna priroda odgovornosti medicinskih poslenika uopšte nije sporna, jer se medicinske usluge u najvećem broju slučaja pružaju na osnovu neformalnog ugovora koji se između medicinskih poslenika i pacijenata obično zaključuje konkludentnim radnjama (Radišić, 1986: 67; Radišić, 2004: 60; Klarić, 2001a: 10; Klarić, 2003: 386; Petrić, 2008: 57). Ugovorni karakter takve odgovornosti potpuno je logičan i nesporan (Klarić, 2001: 13). Jedino kod hitnih medicinskih intervencija, kad lekar pruža pomoć licu koje se nalazi u besvesnom stanju ili u stanju teškog šoka, ne može biti reči o odnosu koji se zasniva ugovorom. U tom slučaju medicinski poslenik istupa u svojstvu nezvanog vršioca tuđih poslova (Klarić, 2001a: 8; Klarić, 2003: 384), uz uslov da je preduzeta medicinska radnja objektivno u interesu pacijenta i da odgovara njegovoj stvarnoj ili pretpostavljenoj volji (Radišić, 1992: 1763; Deutsch, 1999: 47). Nema ugovornog odnosa sa pacijentom ni kad lekar obavlja njegov pregled u svojstvu sudskog veštaka (Radišić, 1986: 65).

Nedoumicu, međutim, izaziva to što je kod građanskopravne odgovornosti medicinskih poslenika povreda njihove ugovorne obaveze istovremeno i povreda opšte zakonske obaveze (Klarić, 2001a: 13; Klarić, 2003: 390). Naime, povredom ugovorne obaveze, medicinski poslenici najčešće narušavaju i pravo na život, zdravlje i telesni integritet pacijenta, što su pravna

⁹ Hrvatski Zakon o zaštiti prava pacijenata („*Narodne novine*“, br. 169/04, 37/08) sadrži mnogo korektnije rešenje, jer propisuje da pacijent „ima pravo na naknadu štete u skladu sa opštim pravilima obligacionog prava“ (čl. 29).

dobra koja uživaju apsolutnu zaštitu (Radišić, 1992: 1760; Mujović-Zornić, 1999: 111-112; Klarić, 2001a: 13; Dabić, 2009: 18). Medicinski poslenici dužni su da takva dobra pacijenata čuvaju od svake povrede, na šta ih obavezuje Ustav,¹⁰ zakon,¹¹ kao i pravila medicinske struke – *primum nil nocere* (Stojčević-Romac, 1989: 399),¹² bez obzira na to da li između njih i pacijenata postoji ugovor (Deutsch, 1991: 83; Radišić, 1992: 1761; Klarić, 2001a: 19; Dabić, 2009: 18).

Starija jugoslovenska pravna teorija različito se izjašnjavala o pravnoj prirodi građanskopravne odgovornosti medicinskih poslenika. Jedni autori su smatrali da je to deliktna odgovornost (Milošević, 1967: 5), drugi da je ugovorna (Toroman, 1967: 10), a treći da može biti i deliktna i ugovorna (Šeparović, 1980: 260). Novija jugoslovenska pravna teorija, kao i pravna teorija bivših jugoslovenskih republika, polazeći od opredeljenja da su život, zdravlje i telesni integritet čoveka dobra koja uživaju apsolutnu zaštitu, stoji na stanovištu da se građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika može lakše shvatiti kao neugovorna (Radišić, 1986: 102; Radišić, 1992: 1760; Mujović-Zornić, 1999: 112; Klarić, 2001a: 13; Dabić, 2009: 18). Međutim, ne isključuje se ni njihova ugovorna odgovornost, jer preovlađuje stav da oštećeni pacijent može da bira zahtev po osnovu ugovorne ili po osnovu neugovorne odgovornosti (Radišić, 1992: 1771; Mujović-Zornić, 1999: 111; Klarić, 2001a: 13; Petrić, 2008: 58; Crnić, 2009: 38).¹³ Takva je situacija i po nemačkom, austrijskom i švajcarskom pravu (Giesen, 1991: 1). Nasuprot tome, francuska pravna teorija, polazeći od načela *non cumul*, stoji na stanovištu da ugovorna odgovornost isključuje neugovornu (Pennau, 1977: 17–26; Deutsch-Geigel, 1981: 1085).

Jugoslovenska sudska praksa, ali i sudska praksa bivših jugoslovenskih republika, iako se o tome nisu izričito izjašnjavale, redovno su na odštetne zahteve prema medicinskim poslenicima primenjivale pravila neugovorne odgovornosti (Radišić, 1986: 102; Petrić, 2008: 58; Crnić, 2009: 38). Veći broj autora smatra da su se pacijenti najčešće opredeljivali za neugovorni zahtev iz praktičnih razloga, tj. zbog toga što im se takav zahtev više isplati (Radišić, 1992: 1762; Klarić, 2001a: 13–14; Petrić, 2008: 58). Ipak, prof. Radišić smatra da odnos lekar-pacijent treba pojmiti kao ugovorni odnos, jer se tako podržava element poverenja

10 Čl. 24 i 25 Ustava Republike Srbije, "Službeni glasnik RS", br. 98/2006.

11 Čl. 16 ZOO – načelo zabrane prouzrokovanja štete.

12 Prvo je ne škoditi.

13 Više o tome: Radišić (2016: 201–206), Šulejić (1991) i Jankovec (1998).

i element vernosti koji su mu potrebni (Radišić, 1986: 285). Ako se navedeni odnos, po pravilu, uspostavlja ugovorom, onda je sasvim logično da i povreda obaveza iz tog ugovora vodi ka ugovornoj odgovornosti, što bi ukazivalo na određeniju i čvršću vezu između strana u tom odnosu, a kod medicinskih poslenika podsticalo veće osećanje odgovornosti za svoj profesionalni rad (Radišić, 1986: 285; Radišić, 1992: 1771). Istovremeno, on gledište o neugovornom karakteru odnosa između medicinskih poslenika i pacijenata ocenjuje kao pravno neutemeljeno, jer nudi nekakve neodređene veze među ljudima u kojima se konkretna subjektivna prava teško raspoznaju (Radišić, 1986: 285; Radišić, 1992: 1771). Uz to, u tim neugovornim ili kvaziugovornim odnosima i lekarevo osećanje odgovornosti je manje (Radišić, 1986: 285).

Izloženo stanovište prof. Radišića ima svoje puno opravdanje, jer su posebna pravila ugovorne odgovornosti, po logici stvari, primerenija takvoj odgovornosti. Kao *lex specialis*, takva pravila imaju prednost u odnosu na pravila neugovorne odgovornosti, što nesumnjivo proizlazi i iz zakonske odredbe koja propisuje da se, ukoliko odredbama o naknadi ugovorne štete nije drukčije propisano, "na naknadu ove štete shodno primenjuju odredbe ovog zakona o naknadi vanugovorne štete".¹⁴

Prioritet pravila ugovorne nad pravilima neugovorne odgovornosti ne bi trebalo da bude sporan. Problem, u stvari, i nije u samom prioritetu, već u činjenici da ugovorna odgovornost, nasuprot neugovornoj, ima svoje osobenosti koje iziskuju i posebnu pravnu regulativu. Ta posebna regulativa oslanja se na regulativu neugovorne, tako da se posebno uređuje samo ono što je osobeno za ugovornu odgovornost uopšte,¹⁵ ili za pojedine ugovore. I tu je, upravo, i suština problema. Naime, ugovor o pružanju medicinskih usluga u najvećem broju pravnih sistema nije uređen kao poseban imenovani ugovor, iako njegova ogromna učestalost to nužno zahteva.¹⁶ Uz to, problem se komplikuje i zbog toga što nedostaju odgovarajuća opšta pravila ugovorne odgovornosti ili su takva pravila neprimerena ugovoru o pružanju medicinskih usluga pa, samim tim, i građanskopravnoj odgovornosti medicinskih poslenika. Tako, na primer, opštim pravilima ugovorne odgovornosti nije posebno uređena

14 Čl. 269 ZOO.

15 Čl. 262–269 ZOO.

16 Izuzetak je holandski Građanski zakonik (Act of medical treatment of 17 November 1994 amending the Civil Code, *Bultetin of acts and decreas of the Kingdom of the Netherlands*, 1994) i nemački Građanski zakonik, koji je dopunjen Zakonom o poboljšanju prava pacijentkinja i pacijenata (*Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 2013, Teil I, Nr. 9, ausgegeben zu Bonn am 25. Februar 2013).

odgovornost za drugog, kao ni odgovornost za štetu od opasnih stvari ili opasnih delatnosti, tako da ostaje da se na takve štete primenjuju odgovarajuća pravila neugovorne odgovornosti. Isto tako, opšta pravila ugovorne odgovornosti iz ZOO ne predviđaju posebna pravila za obaveze sredstva kakve, po pravilu,¹⁷ preuzimaju medicinski poslenici (Radišić, 1986: 66; Radišić, 1992: 1764; Radišić, 2004: 71; Mujović- Zornić, 1999: 114; Klarić, 2001a: 9; Petrić, 2012: 234). Naprotiv, s obzirom da u ugovornom pravu preovlađuju obaveze rezultata (Perović, 1980: 91), opšta pravila ugovorne odgovornosti formulisana su tako da odgovaraju prvenstveno takvim obavezama. To najbolje pokazuje zakonska odredba o oslobođenju dužnika od ugovorne odgovornosti, koja je "skrojena" za obaveze rezultata i samo je na njih primenljiva.¹⁸ Dužnik se, prema toj odredbi, "oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći".¹⁹ Za obaveze sredstva ZOO nema posebnu odredbu, ali se na osnovu njegovih načelnih odredbi o dužnosti ispunjenja obaveze i o ponašanju u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava,²⁰ može zaključiti da se medicinski poslenik oslobađa odgovornosti za štetu ako je u vezi sa ispunjenjem obaveze sredstva u svemu postupio onako kako je trebalo, tj. sa povećanom pažnjom, prema pravilima medicinske struke i običajima. Pri tome se, u pogledu snošenja tereta navedenog dokaza, ispoljava nesaglasnost. Pojedini autori smatraju da teret dokaza da medicinski poslenik nije postupao onako kako je trebalo snosi oštećeni pacijent,²¹ jer dužna pažnja (uz poštovanje pravila struke) čini sadržaj obaveze sredstva (Petrić, 2012: 235). Takav stav nije u skladu sa opšteprihvaćenim pravilom da se dužnikova krivica kod ugovorne odgovornosti pretpostavlja,²² tako da bi izuzetak od tog

17 Samo za pojedine vrste medicinskih usluga uobičajena je obaveza rezultata, jer ih ne prati rizik (izrada zubne proteze ili ortopedskog pomagala, analiza krvi ili urina, rentgenski snimak i dr.), ili su obaveze rezultata zbog toga što medicinski poslenik rezultat garantuje (kozmetičke operacije).

18 Pojedini autori (Samec-Berghaus, Felicijan Pristovšek, 2016: 118) smatraju da se navedena odredba primenjuje na sve vrste obaveza, uklju čujući tu i obaveze sredstva.

19 Čl. 263 ZOO.

20 Čl. 17 i 18 ZOO.

21 I Perović (1980: 94) se poziva na stav da je kod obaveze sredstva pretpostavka dužnikove krivice isključena, a isti stav zastupaju i Đorđević-Stanković (1980: 100).

22 To izričito predviđaju franc uski Građanski zakonik (čl. 1147), nemački Građanski zakonik (parag. 282) i švajcarski Zakonik o obligacijama (čl. 97); U tom smislu je i čl. 263 ZOO.

pravila morao biti posebno propisan. Još manje je takav stav opravdan u kontekstu ZOO u kojem se štetnikova krivica pretpostavlja čak i kod neugovorne odgovornosti (Klarić, 2001a: 15 i 23; Samec-Berghaus, Felicijan Pristovšek, 2016: 118).²³ Protiv takvog stava govore i praktični razlozi. Pacijent kao laik ne poznaje pravila medicinske struke i medicinske standarde, tako da je potpuno iluzorno očekivanje da će on biti u stanju da dokaže da medicinski poslenik nije postupao onako kako je trebalo. Uz sve to, pacijent je upućen i na medicinske poslenike-veštace čija je nepristrasnost, zbog staleške solidarnosti, veoma problematična (Klarić, 2001a: 15).²⁴ S obzirom na to, u slučaju obaveze sredstva, kakvu po pravilu preuzimaju medicinski poslenici, dovoljno je da pacijent dokaže svoje poverilačko svojstvo, tj. da se medicinski poslenik obavezao da ga leči, štetu koja mu je pri izvršenju te obaveze prouzrokovana i uzročnu vezu. Time se uspostavlja pretpostavka krivice medicinskog poslenika, a na njemu je teret dokaza da nije kriv, tj. da je pri ispunjenju obaveze postupao sa povećanom pažnjom, prema pravilima medicinske struke i običajima. Slična je situacija i sa opštim pravilom o ugovornom ograničenju ili isključenju dužnikove odgovornosti.²⁵ Ni ono nije primenljivo kod odgovornosti medicinskih poslenika, jer bi se takvom odredbom dovodio u pitanje odnos poverenja koji između medicinskog poslenika i pacijenta mora postojati (Šulejić, 1991: 344–345; Dabić, 2009: 22). Zato se i propisuje da se pravo pacijenta na naknadu štete ne može unapred ograničiti, ni isključiti.²⁶

Sve to upućuje na zaključak da je sudska praksa, upravo zbog nedostatka adekvatne pravne regulative, odgovornost medicinskih poslenika najčešće prosuđivala prema pravilima neugovorne odgovornosti. Ta pravila su u većini pravnih sistema za pacijente, ipak, nepovoljnija, jer oni snose i teret dokazivanja štetnikove krivice. Međutim, u srpskom ZOO, kao i u odgovarajućim zakonima bivših jugoslovenskih republika, krivica štetnikova se pretpostavlja i kod neugovorne odgovornosti,²⁷ ali nije izvesno da su sudovi tu pretpostavku primenjivali i u odnosu na medicinske poslenike.

23 Čl. 154, st.1 ZOO.

24 U tom smislu Radišić (1986: 95) pominje “kolegijalna veštačenja na štet u pacijenata”, odnosno njihovu primedbu da je “pogrešno i pristrasno veštačenje postalo pravilo”, te da se do krajnosti neguje princip da “vrana vrani oči ne vadi”.

25 Čl. 265 ZOO.

26 Čl. 31, st. 2 ZPP.

27 Čl. 154, st. 1 ZOO.

Građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika predstavlja, u stvari, jednu oblast u okviru koje se presecaju pravila ugovorne i neugovorne odgovornosti (Mujović-Zornić, 1999: 111), što ovu podelu donekle relativizuje (Petrić, 2012: 232) i umanjuje njen značaj (Dabić, 2009: 20). Međutim, s obzirom na ogroman broj ugovora o medicinskim uslugama koji se svakodnevno zaključuju, čini se da su sazreli uslovi da se u pravu Srbije ugovor o pružanju medicinskih usluga uredi kao poseban imenovani ugovor. Odredbama koje uređuju građanskopravnu odgovornost medicinskih poslenika formirao bi se jedan poseban pravni režim odgovornosti (Šulejić, 1991: 350), koji bi isključivao mogućnost izbora između zahteva po osnovu ugovorne i zahteva po osnovu neugovorne odgovornosti, jer zaista nije logično da postoje dva različita pravna režima za istu građanskopravnu odgovornost (Šulejić, 1991: 349).

4. Odgovornost za svoje radnje i odgovornost za drugog

Medicinske usluge pružaju medicinski poslenici, tako da su oni odgovorni za štete koje prouzrokuju pacijentima. Izraz "medicinski poslenik" ne koristi zakonodavac, niti je uobičajen u svakodnevnom govoru. Njime se u teoriji označavaju fizička i pravna lica koja se profesionalno, tj. kao svojim stalnim zanimanjem, bave zdravstvenom delatnošću. To su, u stvari, ona lica koja zakon označava izrazima zdravstvena ustanova, privatna praksa, zdravstveni radnik i zdravstveni saradnik.²⁸

Međutim, iako svi medicinski poslenici mogu, pod određenim uslovima, odgovarati za štetu koja se prouzrokuje pacijentima, njihova odgovornost je različita. Zdravstvena ustanova i privatna praksa odgovaraju za drugog, tj. za štetu koju prouzrokuju njihovi zaposleni zdravstveni radnici i saradnici, dok zdravstveni radnici i saradnici odgovaraju za svoje radnje. Iako je odgovornost za svoje radnje pravilo, a odgovornost za drugog izuzetak, građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika najčešće se ispoljava u vidu odgovornosti za drugog, a mnogo ređe kao odgovornost zdravstvenih radnika i saradnika za svoje radnje.

4.1. Odgovornost zdravstvene ustanove i privatne prakse

Zdravstvena ustanova i privatna praksa su glavni nosioci zdravstvene delatnosti, koju obavljaju preko zdravstvenih radnika i zdravstvenih

28 Čl. 6 Zakona o zdravstvenoj zaštiti – ZZZ, "Službeni glasnik RS", br. 107/2005, 72/2009 – dr. zakon, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2212, 45/2013 – dr. zakon, 93/2014, 96/2015 i 106/2005.

saradnika koje zapošljavaju. Zdravstveni radnici i saradnici neposredno obavljaju zdravstvenu delatnost u zdravstvenim ustanovama i privatnoj praksi i upravo se njihovim ponašanjem pacijentima prouzrokuje šteta. Međutim, saglasno "Pravilima o odgovornosti preduzeća i drugih pravnih lica prema trećem", za štetu koju zaposleni (zdravstveni radnik ili saradnik) u radu ili u vezi sa radom prouzrokuje trećem licu odgovara preduzeće ili drugo pravno lice (zdravstvena ustanova) u kojima je zaposleni radio u trenutku prouzrokovanja štete.²⁹ I pravila o "Odgovornosti drugih lica" propisuju da se odredbe o odgovornosti preduzeća i drugih pravnih lica primenjuju i na druge poslodavce u pogledu odgovornosti za štetu koju zaposleni koji kod njih rade prouzrokuju u radu ili u vezi sa radom.³⁰ U te druge poslodavce svrstava se i privatna praksa, s tim što imalac privatne prakse odgovara i za svoje pomoćnike u ispunjenju obaveze (Klarić, 2001a: 19), a u slučaju kad odredi zamenika, odgovara samo za njegov izbor i uputstva koja mu je dao (Klarić, 2001a: 19). Prema tome, odgovornost zdravstvene ustanove i privatne prakse za štetu koju njihovi zaposleni prouzrokuju pacijentu je primarna (Crnić, 2009a: 44), čime se ojačava položaj oštećenog pacijenta, jer on dobija kao dužnika lice koje je ekonomski snažnije, tako da može lakše da ostvari pravo na naknadu štete (Crnić, 2009a: 44).

Zdravstvena ustanova ili privatna praksa čiji je zaposleni, na radu ili u vezi sa radom, pacijentu prouzrokovao štetu, može se osloboditi odgovornosti ako dokaže da je zaposleni "u datim okolnostima postupao onako kako je trebalo".³¹ Ocena o tome da li je zaposleni u datim okolnostima postupao onako kako je trebalo izaziva izvesne nedoumice, mada je sasvim logično da se navedena ocena daje s obzirom na pažnju koja se zahteva od zdravstvene ustanove, odnosno privatne prakse, jer ne postoji posebna pažnja zdravstvene ustanove, odnosno privatne prakse koja je različita od pažnje koja se zahteva od njenih zaposlenih (Klarić, 2001b: 12–13). Prema tome, dokaz da je zaposleni postupao onako kako je trebalo svodi se, u stvari, na dokaz da je on postupao u skladu sa pažnjom dobrog stručnjaka. Takvim dokazom otpada odgovornost zaposlenog, što je dovoljno da otpadne i odgovornost njegovog poslodavca.

29 Čl. 170, st. 1 ZOO.

30 Čl. 171, st. 1 ZOO.

31 Čl. 170, st. 1 ZOO.

4.2. Odgovornost zdravstvenih radnika

Neposredna odgovornost zdravstvene ustanove i privatne prakse za štetu koju njeni zaposleni prouzrokuju pacijentu ne isključuje svaku odgovornost zaposlenog. Naprotiv, ZZZ izričito propisuje da za svoj rad zdravstveni radnici preuzimaju "stručnu, etičku, kaznenu i materijalnu odgovornost".³² Njihova materijalna odgovornost je, međutim, veoma sužena, jer je oštećeni pacijent ovlašćen da zahteva naknadu štete neposredno od zaposlenog samo ako je ovaj štetu prouzrokovao namerno.³³ U tom slučaju bi odgovornost zdravstvene ustanove ili privatne prakse i njenog zaposlenog bila solidarna (Crnić, 2009: 28).

Odgovornost zaposlenog mogla bi doći do izražaja i u regresnom postupku, tj. pošto je odgovorna zdravstvena ustanova ili privatna praksa pacijentu nadoknadila štetu. Odgovorno lice bi u tom slučaju imalo pravo da zahteva naknadu isplaćenog iznosa od zaposlenog zdravstvenog radnika koji je štetu prouzrokovao namerno ili krajnjom nepažnjom. To pravo zdravstvene ustanove, kao pravnog lica, uređuje se odredbama Zakona o radu (ZOR),³⁴ dok se, u odnosu na privatnu praksu, koja dolazi u krug drugih lica (poslodavaca), uređuje ZOO.³⁵

5. Subjektivna i objektivna odgovornost

Odgovornost za štetu koju pacijent pretrpi prilikom lečenja odvijala se, a i danas se u skoro svim pravnim sistemima odvija, prema pravilima subjektivne odgovornosti, što znači da je zasnovana na principu krivice. Prema tom principu medicinski poslenici ne odgovaraju za svaki rđav ishod lečenja, već samo u slučaju kad je njihova medicinska intervencija bila pogrešna i kad su oni za to krivi (Radišić, 1986: 104–105; Radišić, 2004: 169). Zahvat u cilju lečenja koji je bio medicinski indikovani, ukoliko je obavljen prema medicinskom standardu i uz punovažan pristanak pacijenta, ostaje pravno besprekora i kad ne pođe za rukom (Radišić, 1986: 105; Radišić, 2004: 169–170), jer pacijent snosi rizik svog neuspešnog lečenja ili pogoršanja stanja svog zdravlja.

32 Čl. 169, st. 2 ZZZ.

33 Čl. 170, st. 2 ZOO.

34 Čl. 163, st. 7 Zakon o radu, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14. propisuje: "Zaposleni koji je na radu ili u vezi sa radim namerno ili krajnjom nepažnjom prouzrokovao štetu trećem licu, a koju je naknadio poslodavac, dužan je da poslodavcu naknadi iznos isplaćene štete".

35 Čl. 171, st. 2 ZOO.

Princip krivice je, inače, svojstven i svim drugim slobodnim profesijama. One su slobodne zbog toga što uvek pretpostavljaju slobodu delanja i odlučivanja njihovih pripadnika, preko koje se obezbeđuje i sloboda od odgovornosti, ukoliko se oni pridržavaju pravila svoje struke i postupaju pažljivo.

Dužnikova krivica se kod ugovorne odgovornosti pretpostavlja, dok se kod neugovorne odgovornosti dokazuje, osim u srpskom pravu,³⁶ kao i u pravu bivših jugoslovenskih republika, gde se štetnikova krivica pretpostavlja i kod neugovorne odgovornosti.³⁷ U savremenom pravu, ipak, još uvek prevladuje stav da je krivica ne samo podesan, već i dovoljan osnov za odgovornost medicinskih poslenika (Radišić, 2000: 65).

S druge strane, objektivna odgovornost medicinskih poslenika moguća je samo izuzetno, tj. samo u zakonom predviđenim slučajevima. Jedan od takvih slučajeva je i šteta prouzrokovana pacijentima koji učestvuju u medicinskim ogleđima. Za takve štete, koje pretrpe na svom telu ili zdravlju, pacijenti imaju pravo na naknadu, "u skladu sa zakonom, bez obzira na krivicu".³⁸ Izvan zakonom predviđenih slučajeva, u većini pravnih sistema nije moguća objektivna odgovornost medicinskih poslenika, što je posledica usvajanja tzv. sistema zatvorene objektivne odgovornosti. Međutim, u srpskom ZOO, kao i u odgovarajućim zakonima svih bivših jugoslovenskih republika, usvojen je tzv. sistem otvorene objektivne odgovornosti, što znači da je ona predviđena na opšti način i to tako što se vezuje za štetu od stvari ili delatnosti od kojih potiče povećana opasnost štete za okolinu.³⁹ Koncept objektivne odgovornosti usvojen u ZOO ima široko polje primene, tako da i medicinska sredstva pa i medicinski zahvati mogu imati karakter opasnih stvari, odnosno opasnih delatnosti, ako od njih potiče povećana opasnost štete za okolinu. To posebno važi za ona medicinska sredstva koja, s obzirom na

36 Čl. 154, st. 1 ZOO.

37 Medicinski poslenici se žestoko protive sistemu pretpostavljene krivice čak i kod ugovorne odgovornosti, jer smatraju da odgovornost na osnovu pretpostavljene krivice ne pasuje za medicinske usluge lekara. Zbog toga je u okviru Evropske unije propao pokušaj da se "harmonizuju" pravna pravila o građanskopravnoj odgovornosti lekara sadržana u Predlog u smernica Saveta o odgovornosti za usluge iz 1990. godine. On je povučen 1994. godine najviše zbog odredbe da svi vršioci usluga (pa i lekari) odgovaraju za štetu prouzrokovanu svojim pogrešnim uslugama po principu pretpostavljene krivice, kojoj su se najviše protivili nemački lekari (Radišić, 2009: 11).

38 Čl. 25, tač. 8 ZPP.

39 Čl. 154, sz. 2 ZOO.

stepen rizika za korisnika, dolaze u klasu medicinskih sredstava sa visokim (IIb) i najvišim stepenom rizika (III).⁴⁰

Iako su se u jugoslovenskoj sudskoj praksi i pravnoj teoriji afirmisala još pre donošenja ZOO, pravila objektivne odgovornosti se nisu primenjivala i na štete prouzrokovane pacijentima primenom opasnih medicinskih sredstava. Jedino su se u pojedinim slučajevima iz hrvatske sudske prakse i na medicinske poslenike primenjivala pravila objektivne odgovornosti.⁴¹ Međutim, takva praksa hrvatskih sudova prekinuta je jednom odlukom Saveznog suda SFRJ iz 1978. godine,⁴² kojom su, povodom zahteva za zaštitu zakonitosti, ukinute odluke Okružnog suda u Zagrebu i Vrhovnog suda Hrvatske⁴³ kojima je pacijentu priznato pravo na obeštećenje zbog teške telesne povrede koja mu je bila prouzrokovana lečenjem elektrošokovima. U obrazloženjima svojih odluka nižestepeni sudovi su stali na stanovište da je lečenje elektrošokovima "toliko opasno da bolnica, kao imalac opasne stvari, odgovara za štetu po načelima objektivne odgovornosti". Nasuprot stavu nižestepenih, Savezni sud je smatrao da "bolnica, kao imalac opasne stvari, odgovara kauzalno za štetu koju pretrpi radnik bolnice ili neko treće lice, osim lica u čijem se lečenju koristi ta opasna stvar". Sud je, dakle, stao na stanovište da bolnica pacijentu može odgovarati samo po osnovu krivice.

Za razliku od hrvatske, sudska praksa u Srbiji i ostalim jugoslovenskim republikama čvrsto je stajala na stanovištu da medicinski poslenici mogu odgovarati pacijentima za štetu samo po osnovu krivice.⁴⁴ Ipak,

40 Čl. 175, st. 1, tač. 1 Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima-ZLMS, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 30/2010 i 107/2012, predviđa da se opšta medicinska sredstva, prema stepenu rizika za korisnika, dele na medicinska sredstva sa niskim (I k lasa), višim (IIa k lasa), visokim (IIb k lasa) i najvišim stepenom rizika za korisnika (III klasa).

41 Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Gž. 3112/66 od 23. 02. 1967. godine, *Privreda i pravo*, br. 11/1968, 47; Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Gž. 5320/1972 od 28. 05. 1974. godine, *Pregled sudske prakse u godini 1974*, br. 6, Zagreb 1975, 37.

42 Presuda Saveznog suda Gzs-62/77 od 26. 01. 1978. godine, *Pravni život*, 3/1978, 73-74.

43 Odluka Okružnog suda u Zagrebu P. 1322/75 od 22. 09. 1975. godine, kao i Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 119/76. godine od 11. 01. 1977. godine, *Pregled sudske prakse u godini 1977*, br. 11, Zagreb 1977, 28-29.

44 Tako se u jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije iz 1969. godine navodi da "lice koje se podvrgne medicinskoj intervenciji snosi rizik objektivnih posledica te intervencije", kao i da "zdravstvena ustanova koja izvodi medicinsku intervenciju odgovara samo ... za posledice koje joj se mogu pripisati u krivicu" (Presuda Vrhovnog

izuzetak je odluka Vrhovnog suda Srbije u kojoj sud ukazuje i na moguću objektivnu odgovornost za štetu od opasne medicinske delatnosti.⁴⁵

Pošto je i Hrvatska, kao i sve bivše jugoslovenske republike, zadržala sistem otvorene objektivne odgovornosti, njena sudska praksa je posle raspada SFRJ počela ponovo da primenjuje pravila objektivne odgovornosti na štete prouzrokovane pacijentima opasnim medicinskim sredstvima ili zahvatima, ali u tom pogledu nije jedinstvena. U jednom slučaju sud je zaključio da za komplikovani porođaj bolnica odgovara po načelu objektivne odgovornosti, jer je reč o opasnoj delatnosti,⁴⁶ dok je u slučaju štete koja je pacijentu prouzrokovana koronarografijom, sud stao na stanovište da medicinski poslenik odgovara po načelu krivice.⁴⁷

Poseban značaj ima, ipak, jedan slučaj u kojem je odlučivao i Ustavni sud Republike Hrvatske, koji je odbio ustavnu tužbu tužene bolnice, pri čemu je posebno podvukao da je "objektivna odgovornost predviđena generalno za sve štete od stvari i delatnosti s povećanom opasnosti za okolinu".⁴⁸ Međutim, stanovište izraženo u pomenutoj odluci Ustavnog suda, koje se smatra „upućujućim i za buduću praksu redovnih sudova“ (Crnić, 2009a: 41), nije sledio i Vrhovni sud Republike Hrvatske. On je odbio reviziju tužilje u kojoj je tvrdila da je pogrešno primenjeno materijalno pravo, jer povodom štete koja je prouzrokovana primenom kolonoskopa, kao opasne stvari, nisu primenjena pravila o odgovornosti za opasne

suda Srbije – Novi Sad, Gž. 356/69 od 15. 05. 1969. godine, *Bilten Vrhovnog suda Srbije*, br. 16, Beograd 1969, str. 15). Skoro isto obrazloženje ponovio je Vrhovni sud Srbije i povodom zahteva da zdravstvena ustanova nadoknadi štetu koja je izazvana primanjem žive vakcine protiv gripa kroz nos pacijentkinje, usled kojeg je došlo do gripoznog oboljenja mozga i potpunog gubitka čula mirisa (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2066/1980 od 14. 01. 1981. godine, *Pravni život*, 11/1981, 121). Interesantno je da su u ovom slučaju nižestepeni sudovi obavezali zdravstvenu ustanovu da pacijentkinji nadoknadi štetu, ne upuštajući se u objašnjenje osnova njene odgovornosti.

45 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1048/98 od 18. marta 1997. godine, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 1, Beograd 1998, 23–24. Povodom revizije tužene kao lekara – ginekologa kojom osporava svoju isključivu krivicu za štetu prouzrokovanu smrću pacijentkinje, Vrhovni sud je, uz stav da je ona isključivo kriva za nastalu štetu, dodao da je tu žena odgovorna i prema pravilima o odgovornosti za opasne stvari i opasne delatnosti, jer je „prekid trudnoće u dvanaestoj nedelji opasna delatnost“.

46 Presuda Županijskog suda u Zagrebu, Gžn-1669/02 od 14. 10. 2003. godine (Odluka dostupna na: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>).

47 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Rev-540/03 od 17. 12. 2003. Godine (Odluka dostupna na: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>).

48 Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-III-1062/2005 od 15. 11. 2007. godine (Dostupna na: www.usud.hr); Vid. Hrvoje Kačer, Jedna novija odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske o objektivnoj odgovornosti u medicini, *Hrvatska pravna revija*, 4/2008.

stvari. Vrhovni sud se saglasio sa stavom nižestepenih sudova da je kod primene kolonoskopa „reč o standardnoj medicinskoj pretrazi doduše invazivnoj, koja u svojoj biti uključuje i moguće komplikacije“,⁴⁹ što je, inače, stav koji je veoma problematičan.

Za razliku od hrvatskih, srpski sudovi nisu podržavali objektivnu odgovornost medicinskih poslenika, jer je kod njih dominiralo opredeljenje da je krivica sasvim dovoljna da pokrije sve slu čajeve šteta prouzrokovanih medicinskim sredstvima (Radišić, 2007: 211). Međutim, odstupanje od navedenog opredeljenja, kao i začetak mogućeg preokreta u srpskoj sudskoj praksi, mogla bi da predstavlja odluka Prvog osnovnog suda u Beogradu,⁵⁰ koja je potvrđena odlukom Apelacionog suda u Beogradu.⁵¹ Pacijentu je, tokom operativnog lečenja kalkulozne žučne kese niskonaponskim strujama, naneta teška telesna povreda u vidu opekotina. Pri tome, iako su postojali pismeni dokazi da je šteta nastala kao posledica neispravnog uređaja, što u velikoj meri indicira i krivicu zdravstvene ustanove, sud je, ipak, stao na stanovište da je šteta prouzrokovana uređajem koji predstavlja opasnu stvar, tako da je zdravstvenu ustanovu, kao imaoca te stvari, obavezao na naknadu štete prema pravilima o odgovornosti za opasne stvari. Pri tome, naglašavajući neispravnost medicinskog sredstva sud je potencirao njegovu opasnost, ali i krivicu medicinskog poslenika, za slučaj da viši sud ne prihvati stav o njegovoj objektivnoj odgovornosti.

S obzirom na izloženo, objektivna odgovornost medicinskih poslenika, bar za štete koje su pacijentima prouzrokovane primenom opasnih medicinskih sredstava ili zahvata, u srpskom pravu, kao i u pravu svih bivših jugoslovenskih republika, moguća je i nije sporna, bar u legislativnom smislu. Kod odštetnog zahteva zasnovanog na pravilima neugovorne odgovornosti, pravila o odgovornosti za opasne stvari i opasne delatnosti su njen integralni deo. Ali, ista je situacija i kod zahteva koji je zasnovan na pravilima ugovorne odgovornosti, jer se, s obzirom na to da ne postoje posebna pravila o odgovornosti medicinskih poslenika za štetu prouzrokovanu pacijentima primenom opasnih medicinskih sredstava, shodno primenjuju zakonske odredbe o naknadi

49 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Rev-x 588/09-2 od 10. 02. 2010. Godine (Odluka dostupna na: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>).

50 Presuda P. br. 79409/10 od 11. 03. 2013. godine (neobjavljena).

51 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 7912/13 od 12. 12. 2014. godine <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/medicinsko-pravo/gz-7912-13.html>.

vanugovorne štete.⁵² S druge strane, sudska praksa i pravna teorija su još uvek podeljene, iako se čini da su argumenti pobornika moguće objektivne odgovornosti medicinskih poslenika ubedljiviji.

6. Zaključak

Građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika jedan je od najstarijih primera profesionalne odgovornosti, koja je uvek veoma složena. Osim složenosti, građanskopravnu odgovornost medicinskih poslenika odlikuje i izuzetna heterogenost, jer se ispoljava u skoro svim mogućim vrstama i oblicima odgovornosti.

Dilemu da li je građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika ugovorna ili neugovorna treba razrešiti pravnim regulisanjem ugovora o lekarskim uslugama, kao i propisivanjem posebnog režima, odnosno posebnih pravila koja bi bila primerena građanskopravnoj odgovornosti medicinskih poslenika. U tom slučaju bi pravo poverioca da vrši izbor zahteva po osnovu ugovorne ili neugovorne odgovornosti bilo bez značaja.

Objektivna odgovornost medicinskih poslenika za štetu prouzrokovanu pacijentima primenom opasnih medicinskih sredstava je opravdana i u srpskom pravu načelno moguća, ali će vreme pokazati da li je jedna novija sudska odluka o objektivnoj odgovornosti medicinskog poslenika u tom pogledu označila preokret.

Literatura

- Giesen, D. (1990). *Arzhaftungsrecht*. Tübingen.
- Dabić, Lj. (2009). Građanskopravna odgovornost nosilaca slobodnih profesija, *Vox iuris*, 14.
- Deutsch-Geigel. (1981). *Medizinische Behandlungsvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, Band II*, Köln.
- Deutsch, E. (1991). *Arztrecht und Arzneimittelrecht*. Berlin.
- Deutsch, E. (1999). *Medizinrecht*. Berlin.
- Jankovec, I. (1985). Marginalije uz odredbu o dužnoj pažnji u privrednim odnosima. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3–4.
- Kapor, V. (1980). Komentar čl. 18 Zakona o obligacionim odnosima. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I*. (red. B. T. Blagojević, V. Krullj). Savremena administracija. Beograd.

52 Čl. 269 ZOO.

- Kačer, H. (2008). Jedna novija odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske o objektivnoj odgovornosti u medicini. *Hrvatska pravna revija*, 4.
- Klarić, P. (2001a). Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu (Prvi dio). *Hrvatska pravna revija*, 8.
- Klarić, P. (2001b). Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu (Drugi dio). *Hrvatska pravna revija*, 9.
- Klarić, P. (2003). *Odštetno pravo*. Narodne novine. Zagreb.
- Milošević, Lj. (1967). Odgovornost zdravstvene ustanove za štetu prouzrokovanu obolelom licu. *Pravni život*, 6.
- Mujović-Zornić, H. (1999). Pravna priroda lekarske odgovornosti za štetu. *Strani pravni život*, 1–2.
- Mujović-Zornić, H. (2011). Odgovornost za medicinske štete, *Osiguranje, naknada štete i novi građanski sudski postupci*. Zdravko Petrović (ur.). Beograd.
- Pennau, J. (1977). *La responsabilité médicale*. Paris.
- Perović, S. (1980). *Obligaciono pravo – Knjiga prva*, Beograd.
- Petrić, S. (2012). O nekim problemima profesionalne odgovornosti za štetu, *Osiguranje, naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku*. Petrović, Mrvić-Petrović (ur.). Intermex. Zlatibor.
- Petrić, S. (2008). Osnove građanskopravne odgovornosti za štete u medicini. *Materia socio medica*, 1.
- Radišić, J. (1986). *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*. Institut društvenih nauka u Beogradu, Beograd.
- Radišić, J. (1992). Pravna priroda odgovornosti medicinskih poslenika i njihovog odnosa s pacijentima. *Pravni život*, 9–10.
- Radišić, J. (2000). O odgovornosti lekara uopšte. *Pravo*, 3–4. Radišić, J. (2004). *Medicinsko pravo*. Beograd.
- Radišić, J. (2007). *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta*. Nomos. Beograd.
- Radišić, J. (2009). Građanska odgovornost lekara koja proističe iz njihovog zanimanja. *Revija za pravo osiguranja*, 1.
- Samec Berghaus, N., Felicijan Pristovšek F. (2016). Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika. *Razmerje med pacientom in zdravnikom*. Maribor.
- Toroman, M. (1967). Profesionalna odgovornost u pravu socijalističkih zemalja. *Strani pravni život*, 56–57.
- Crnić, I. (2009a) Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova s prikazom sudske prakse (Prvi dio). *Hrvatska pravna revija*, 1.

Crnić, I. (2009b) Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova s prikazom sudske prakse (Drugi dio). *Hrvatska pravna revija*, 2.

Šulejić, P. (1991). Konkurencija deliktne i ugovorne odgovornosti (problem izbora odštetnog zahteva). *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–3.

Đorđe Nikolić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

LEGAL NATURE OF CIVIL LIABILITY OF MEDICAL PROFESSIONALS

Summary

The liability of medical professionals is a very complex and complicated issue as they may be subject not only to civil liability but also to criminal liability, misdemeanor liability and disciplinary liability. Yet, the complexity of civil liability of medical professionals is incomparable with the complexity of other aspects of their liability. Thus, medical professionals may be held liable for their own activities or actions but, nowadays, they are much more frequently held liable for actions of another person. Prima facie, their civil liability is indisputably an example of contractual liability but it may frequently involve a non-contractual liability in tort, which is the most common case in practice. As a rule, the legal ground for establishing civil liability of medical professionals is fault (culpability), which implies their personal responsibility. However, in the legislation of some countries which envisaged an open system of objective (strict) liability, the legislator has not excluded the strict liability of medical professionals for damage, injury or harm caused to patients by using dangerous medical instruments and devices. Although it may not be regulated in a straightforward and comprehensive manner due to its heterogeneous legal nature, civil responsibility of medical professionals should be given more consideration not only in the process of enacting legislation but also in the process of rendering much more creative judicial decisions.

Keywords: *medical professionals, civil liability, liability for another, contractual liability, non-contractual liability, subjective liability, objective liability.*

Dr Srđan Radulović,* Docent
Pravnog fakulteta, Univerzitet
u Prištini
sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776467R

UDK: 347.56:614.25

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

AUTONOMNI KONCEPT ODNOSA LEKARA I PACIJENTA KAO PRODUKT DRUGOG TALASA GLOBALIZACIJE

„Nacionalne ograde sve više nestaju, a po meri njihovog nestajanja nastaje viša forma društvene zajednice, nastaje čovečanstvo, kao jedinstveno društvo“.

(Marković, Bulatović, 2014: 143)

Apstrakt: *Pravilna upotreba tako složenog pojma kao što je pojam globalizacija zahteva, pre svega, pravilno razlikovanje globalizacije kao tendencije od globalizma kao ideje i globalnosti kao dostignutog nivoa u procesu globalizacije. Pravilna upotreba, ništa manje, zahteva i visok stepen svesti o tome da globalizacija nije jedinstven, već višefazan proces koji kao takav svakako ima svoju periodizaciju. Ukoliko se pođe od najjednostavnije periodizacije koja prepoznaje tri faze, to jest tri „talasa“ globalizacije, istorijski i uporednopravno posmatrano, može se uočiti da je upravo drugi talas doneo verovatno i najznačajniju novinu u oblasti odštetnog prava. Naime, pod udarima ovog talasa izazvanog krupnim naučnim i tehnološkim napretkom, do tada važeći paternalistički, biva zamenjen autonomnim konceptom u odnosu između lekara i pacijenta. Sa stanovišta odštetnog prava to znači, čak i u onim pravnim poretcima koji ne poznaju kao zaseban institut protivpravnosti u građanskopravnom smislu, de facto, a čini se i de iure uvođenje jednog od razloga isključenja protivpravnosti – pristanka oštećenog, i to u obliku pristanka pacijenta na medicinsku intervenciju.*

Ključne reči: *globalizacija, drugi talas globalizacije, globalizam, globalnost, pristanak oštećenog, pristanak pacijenta, autonomni koncept, paternalistički koncept.*

* srdjan.radulovic@pr.ac.rs

1. Uvod

Svest o postojanju tendencije sveopšteg intenziviranja društvenih odnosa počela je da sazreva ubrzo nakon završetka Drugog svetskog rata¹. Sam izraz globalizacija koji imenuje tendenciju, međutim, skovan je znatno kasnije. Konkretno, u naučnoj literaturi počeo je da dobija na popularnosti tek s padom Berlinskog zida i „nestankom“ blokovske podele sveta. Danas je, međutim, nezaobilazan, kako u naučnim radovima, tako i u svakodnevnim razgovorima. U tom kontekstu, Antoni Giddens u svojim predavanjima ispravno je konstatovao da je ovaj pojam došao niotkuda, a da je za kratko vreme postao neizostavni deo naše svakodnevice (Giddens, 1999). Takođe, nije preterivanje ni ako ovaj pojam zbog toga označimo kao „pomodan“ (Jovanović, 2007: 317).

Svi, pa čak i oni koji nisu eksperti za globalizaciju, izuzev ukoliko se u tom smislu ne izjašnjavaju kao skeptici², slažu se da se pod uticajem ovog fenomena ljudsko društvo menja. Ako se društvo menja, jednačina je jasna – ni pravo kao neodvojiv i ujedno najdinamičniji segment društva ne može biti imuno na globalizaciju i udare njenih talasa. Budući da pravo, tako barem deluje, trenutno doživljava svojevrstu krizu ili barem vrednosnu metamorfozu, i te kako je bitno istražiti i doprinosa globalizacije takvom stanju.

Zanimljivo je, s druge strane, da konture globalizacijom oblikovanog društva nama danas nisu ništa jasnije vidljive nego Gidensovoj „prvoj generaciji“ koja je u tom društvu živela (Giddens, 1999). I zaista, nedoumce koje u vezi ovog fenomena postoje su brojne, naročito ukoliko se uvaži

1 S tim u vezi, najpre, osećamo potrebu da, s pozivanjem na nešto novija saznanja (Marković, 2008: 7; Marković, Bulatović, 2014: 145; Popić, Šuvaković, 2014: 377–390), istaknemo da je naš velikan, profesor Radomir Lukić, zapravo „pionir“ proučavanja te tendencije, istina ne s osloncem na izraz globalizacija, već kroz svoju ideju o „ujedinjeno-razjedinjenom svetu“.

2 Obilje različitih koncepcija o globalizaciji, načelno, može se svesti na sukob između hiperglobalizma i skepticizma (Vuletić, 2003, Peču jlić, 2003). Tako, hiperglobalisti nastupaju sa stanovišta da je moderno društvo homogeno i da počiva na globalnoj ekonomiji i politici koje dovode do odumiranja nacionalnih država, pri čemu se ove i druge posledice osećaju u svakom segmentu društvenog bitisanja (Vuletić, 2003). Svim autorima koji pripadaju ovoj grupi, dakle, zajedničko je stanovište da je globalizacija stvarnost. Skeptici, među tim, imaju sasvim drugačiju percepciju društvenih trendova. Predstavnici ovog pravca smatraju da globalizacija nije ništa drugo do mit ili eventualno eksperiment. Oni smatraju da se danas u stepenu društvene integracije i približavanja, barem na globalnom nivou, nije promenilo baš ništa u odnosu na prethodne periode (Vuletić, 2003).

stav da globalizacija ima i svoju pravnu dimenziju. Međutim, svesni smo i dobronamerne kritike upućene onim autorima koji pretenduju da jednim člankom obuhvate sva pitanja koja se na globalizaciju odnose (Šuvaković, 2011: 648). U skladu s tim napominjemo da ovaj rad prezentuje tek lični stav i argumentaciju autora o onim pitanjima koja su od neposredne važnosti za dovođenje u vezu odštetnog prava, to jest konkretnog odštetnog pravnog instituta sa tendencijom globalizacije.

Ipak, pre nego se u nastavku upustimo u analizu pojedinačnih sociološko-pravnih problema, prezentovaćemo našu definiciju globalizacije, s napomenom da istu ne smatramo konačnom, već više jednokratnim opredeljenjem kategorijalno-pojmovne aparature. Ovo opredeljenje uvažava stav da je definicija globalizacije jedino moguća u formi ideje o globalizaciji kao procesu (de Sousa Santos, 2006: 396). Naime, nama se čini da o globalizaciji valja misliti kao o procesu ili bolje reći tendenciji transformacije pojedinačnih društvenih zajednica sa jasno određenim državnim, kulturnim, ekonomskim, političkim, socijalnim i drugim granicama, u jedinstveno, unifikovano društvo koje unutar sebe ne poznaje nijednu od pomenutih granica, pa čak ni one prirodne.

2. (Eventualne) terminološke nedoumice

U radovima koji se globalizacijom bave postoji tendencija svođenja čitavog niza pojmova na sinonime globalizaciji. To je nešto sa čime se nikako ne slažemo. Naime, brojni pojmovi³, navedeni i ništa manje oni koji to nisu, jesu srodni pojmu globalizacije. Najčešće su nešto uži ili širi od pojma globalizacije, pa su kao takvi sadržani u njemu ili su *genus proximum* u njegovoj definiciji, ali svakako nisu sinonimi.

Terminološka zbrka, samim tim i pogodno tle za različite vrste zloupotreba na koje društvene nauke nipošto nisu imune, naš je utisak, najlakše se stvaraju pri upotrebi pojma globalizacija, sa jedne, i globalizam ili globalnost, sa druge strane. Ovi pojmovi, nesporno, jesu srodni. No, njihova srodnost ne opravdava i njihovu upotrebu u istom značenju, a ponekad ni u istom kontekstu.

Naime, ako globalizacija predstavlja tendenciju povezivanja društva kroz brisanje granica koje u njemu postoje, onda globalnost možemo opredeliti kao trenutno distignuti nivo povezanosti (Cifrić, 2009:

³ Najčešće ćemo s retati izraz kao što su integracija, modernizacija, evropeizacija, ekumenizam, vesterizacija, kapitalizacija, tehnologizacija, hegemonizacija, imperijalizam, (neo)kolonijalizam i druge.

260). Dakle, ukoliko globalizaciju opredelimo kao cilj, globalnost bi bila stepen ostvarenosti tog cilja. Utoliko je pogrešna upotreba pojma „globalno“ za označavanje procesa globalizacije, ali i njegovog trenutnog dometa (de Sousa Santos, 2006: 393).

Globalizam je, međutim, ideja, mada ne bismo pogrešili ni ako bismo rekli ideologija. Na njoj se globalizacija temelji i ona joj suštinski omogućava opstanak (Bušljeta, 2010: 127–128). Globalizam je, zapravo, snažno ukorenjeno uverenje nastalo kombinovanjem niza različitih ideja (Bušljeta, 2010: 127–147) o tome da je ljudsko društvo predodređeno da funkcioniše kao složena nadnacionalna struktura oslobođena svih ograničenja. Dakle, globalizacija je tendencija unifikacije društva, dok je globalizam idealizovana predstava o unifikovanom društvu.

3. Periodizacija globalizacije

Ljudsko društvo nikada nije bilo potpuno jedinstveno (Marković, Bulatović, 2014: 143)⁴. Sa druge strane, gotovo da je izvesno da ono nikada ranije nije dostiglo ovakav nivo jedinstvenosti (Marković, Bulatović, 2014: 143). Ukoliko bismo iz toga zaključili da tendencija približavanja u ljudskom društvu postoji, takav zaključak bio bi ispravan. Međutim, bilo bi potpuno pogrešno zaključiti iz toga da je proces ujedinjavanja ljudskog društva okončan. Podjednako pogrešno bilo bi zaključiti i da je proces globalizacije uniformna pojava.

Naime, za globalizaciju kakva je definisana devedesetih godina 20. veka može se reći da ima nejasne korene i istorijsku dimenziju (Antić, 2003). Međutim, ne bi, po našem mišljenju, bilo ispravno reći da je ona ekskluzivitet ovog dela istorije čovečanstva. Globalističke težnje stare su koliko i ljudski rod, pa su kao takve, čini se, imanentne ljudskoj prirodi. Tendencija približavanja oduvek je postojala, s tim što su jednom dominantni razlozi globalizacije vremenom potiskivani od drugih (Antić, 2003). Drugim rečima, ideološka komponenta globalizacije se menjala kroz istoriju, dok je sam proces suštinski vekovima ostao isti,

4 U teoriji, istina, postoji doza umerenog optimizma da će proces stvaranja globalnog društva biti okončan i to čak na humanistički način koji je Radimir Lukić imao u vidu (Popić, Šuvaković, 2014: 388). Nama se, ipak, čini da je malo verovatno da će ljudsko društvo ikada biti u toj meri jedinstveno. Globalizacija je težnja i ona će to uvek ostati. U radu je zato i označavamo kao tendenciju, a ne kao proces. Naime, kada kažemo proces, takvo izjašnjavanje podrazumeva i mogućnost okončanja procesa. Sa tog stanovišta, prirodnije je globalizaciju opredeliti kao tendenciju, budući da ljudsko društvo, koliko god jedinstveno bilo u datom trenu tku, uvek može biti intenzivnije povezano.

praktično sve do 20. veka (Antić, 2003). U skladu s tim je i tvrdnja da se globalizacija može posmatrati kao ciklični istorijski proces koji se tokom vremena, prolazeći kroz različite faze, postepeno usložnjavao i postajao sveobuhvatniji (Antić, 2003). Sa iznetog stanovišta, nastojanja sociološke teorije da se izvrši periodizacija globalizacije postaju prirodna.

Za potrebe ovog rada kao polaznu osnovu uzećemo postojeću ideju o tri „talasa“ globalizacije (Pečujlić, 2002: 27 i dalje), ali uz dva odstupanja. Najpre, sa predloženom periodizacijom ćemo se složiti oko vremenskih koordinata, svakako i intenziteta trećeg talasa „turboglobalizacije“. Nailazak ovog talasa korespondira sa završetkom „hladnog rata“, to jest sa padom Berlinskog zida.

Prvo odstupanje u odnosu na predloženu periodizaciju odnosi se na tzv. protoglobalne poretke. Nama ostaje nejasno zašto se postojanje, a naročito širenje starih civilizacija poput Asira, drevne Kine, starog Egipta, Makedonske države za vreme Filipa i Aleksandra Makedonskog ili Rimske imperije, kasnije i Otomanskog carstva, ne posmatra kao prvi talas globalizacije (Pečujlić, 2002: 27 i dalje). Mi u ovom radu nismo u stanju da negiramo podsticaj brisanju granica od strane ovih civilizacija. Verujemo da bi previše odvažno bilo odreći globalistički uticaj tzv. protoglobalnim civilizacijama. Dakle, period od nastanka najstarijih poznatih civilizacija do 16. veka smatramo prvim talasom globalizacije.

U teoriji se, dalje, smatra kako u periodu od 16. veka pa sve do pada Berlinskog zida, možemo razlikovati dva talasa globalizacije – prvi koji obuhvata tzv. dugi 16. vek i drugi koji započinje „industrijskom revolucijom“, to jest ekspanzijom industrijalizma (Pečujlić, 2002: 27 i dalje). Sa idejom o razdvajanju ova dva talasa globalizacije bismo se mogli složiti. Smatramo da je ona potpuno prihvatljiva, čak i neophodna iz perspektive ekonomskih, političkih i socioloških istraživanja. Međutim, za potrebe našeg istraživanja smatramo da nema neke naročite potrebe za razdvajanjem ova dva talasa. Najpre zbog toga što i jedan i drugi počivaju na ubrzanom naučnom i tehnološkom napretku koji se može posmatrati u kontinuitetu⁵, a koji je pak ključni faktor za prelazak sa paternalističkog na autonomni koncept u obavljanju medicinske delatnosti. Dakle, 16. vek i pad Berlinskog zida smatramo vremenskim koordinatama drugog talasa globalizacije.

⁵ Ovim uopšte ne dovodimo u pitanje stav da su nastanak i razvoj protoglobalnih civilizacija, a naročito njihovo širenje i težnja za u nifikacijom, odnosno hegemonizacijom društva, rezultat tehničkih otkrića i unapređenja procesa proizvodnje, pre svega oružja, ali i oruđa (Antić, 2003).

4. Kako je odnos lekar-pacijent preoblikovan udarima drugog talasa globalizacije

I današnje generacije medicinskih poslenika svečano izgovaraju reči Hipokratove zakletve koja, u originalnom tekstu barem, ne poznaje bilo kakav oblik učestvovanja pacijenta u donošenju odluka koje se tretmana tiču (Veatch, M. R. 1995: 5–6). Oni se, međutim, u svom radu vode upravo odlukama samog pacijenta, neretko i onda kada su one u suprotnosti najboljem ubeđenju lekara (Radulović, 2016: 182). Preciznije, generacije lekara koje ordiniraju danas svoj rad moraju zasnovati, po pravilu, na aktivnom učešću pacijenta u tretmanu koji se prepoznaje kroz njegov (informisani) pristanak.

Nama je teško da poverujemo u to da je pacijent ikada stvarno bio apsolutno podređen proceni i volji medicinskog poslenika. Drugim rečima, sem možda u najdaljoj prošlosti, o kojoj inače nemamo dovoljno pouzdanih podataka, iskreno verujemo da paternalizam u svom najčistijem obliku nikada nije bio praktikovan.

Sa druge strane, medicinski poslenik i pacijent, izvesno je, nisu oduvek imali ovakav, slobodno možemo reći partnerski odnos. Dakle, možda paternalizam u svom čistom obliku nikada nije postojao, ali je izvesno i to da pristanak informisanog pacijenta nije oduvek figurirao kao pravno relevantna činjenica. Kako je onda pristanak pacijenta prerastao, ne samo u pravno relevantnu činjenicu, već i opšteprihvaćenu vrednost, koja istovremeno promovise i protivpravnost kao uslov odgovornosti za štetu? Kako interpretirati ovaj preobražaj u kontekstu konkretnih društvenih okolnosti na relaciji globalno-lokalno?

Odgovor na ovo pitanje, čini nam se, najpre treba potražiti u ekspanziji nauke koja je u činila da za relativno kratko vreme predemo iz sveta fantazije u svet realnosti (Carić, S, 2000: 3). Vrtoglav razvoj nauke, koji je i inicirao drugi talas globalizacije, doneo je nebrojeno mnogo pozitivnih novina. Nisu, međutim, sve te novine „oberučke prihvaćene“. Naprotiv, na mnoge od njih gledalo se sa podozrenjem. Na mnoge od njih sa podozrenjem gleda se i danas. Jednostavno, značajan deo pronalazaka učinio je da se društvo, zapravo, oseti manje sigurnim u njihovom prisustvu⁶.

⁶ Upravo to je i razlog zašto je, recimo, u oblasti odštetnog prava, do ta da dominantna i neprikosnovena, s subjektivna odgovornost postepeno g ubila svoj primat i prepustala regulisanje najvećeg broja slu čajeva pravilima o objektivnoj odgovornosti, najčešće kombinovanom sa pravilima o osiguranju. Nalet drugog talasa globalizacije definitivno je označio kraj „vlдавине“ subjektivne odgovornosti.

Može, u tom kontekstu, biti posebno interesantna činjenica da su dostignuća u oblasti medicine – a deluje kao da su ona bila i najbrojnija⁷ – uz upliv sve invazivnijih metoda lečenja, otvorila brojna osetljiva pitanja vezana za zaštitu života i zdravlja. U takvoj situaciji, medicinski poslenici, naročito ne sami, nisu uspevali da zaštite svoj i integritet poziva koji obavljaju. Njega je naročito teško bilo očuvati bez istovremenog kompromitovanja integriteta pacijenta.

U pokušaju da izađu iz začaranog kruga, medicinski poslenici su u svom radu nužno morali da potraže oslonac. Našli su ga, najpre, u pravu koje je, za razliku od pravila medicinske struke, prostorno, vremenski i situaciono značajno stabilnije (Radulović, 2016: 168–169). Pravna nauka, oslušujući puls pacijenata i predstavnika medicinske delatnosti, kao najefikasniji model ponudila je pristanak prethodno dovoljno obaveštenog pacijenta na medicinsku intervenciju.

Medicinski poslenici su oslonac paralelno tražili i pronašli i u osnivanju staleških organizacija, najpre nacionalnih. Međutim, pronalaženju potrebnog oslonca, a naročito promociji ideje o autonomiji pacijenta, pogodovalo je intenziviranje društvenih odnosa i brisanje prostornih i vremenskih granica kroz drugi talas globalizacije.

Naime, vrlo brzo osetila se potreba izlaženja iz nacionalnih okvira. To jasno pokazuje i „Studija o tri globalizacije prava i pravne misli“ (Kennedy, 2006: 21). Promena shvatanja, naročito prava, jednakosti, osnova prava, osnovne društvene jedinice i pravne tehnike, prosto je zahtevala prevazilaženje suviše uskih nacionalnih okvira. Posledica toga je stvaranje, najpre regionalnih, a kasnije i globalnih organizacija koje okupljaju predstavnike medicinske delatnosti⁸. I upravo kroz rad ovih i drugih organizacija koje u napomeni nisu navedene, ideja o

7 Pomenimo neka od otkrića značajnih za razvoj medicine. Postavljanje temelja modernoj anatomiji od strane Andreasa Vesalijusa, Van Lavenh u kovu otkriće mikroorganizama, Harvijev otkriće krvotoka i cirkulacije, Malpigijevo otkriće kapilara i potvrda Harvijev „teorije krvotoka“, Darvinova teorija evolucije i prirodne selekcije, Tompsonovo otkriće elektrona, Lavoziijeovo obaranje vladajuće „folgistsonske teorije“ i otkriće oskidacije kao procesa, a li i formulisanje zakona održanja mase (paralelno sa Lomonosovljevim), otkriće X-zraka i mogućnosti njihove primene, uspešni eksperimenti sa različitim anestetičkim agensima, Pasterova „teorija mikroba“, Hopkinsovo i Eijkmnovo otkriće vitamina i njihove uloge, Flemingovo otkriće penicilina (Radulović, 2016: 181).

8 Pored Svetske zdravstvene organizacije koja zasigurno ima odličnu ulogu danas kada se govori o kreiranju svetske zdravstvene politike, kao najznačajnije organizacije koje su joj prethodile izdvojimo Constantinopole Senior Board of Health, osnovanu 1838. godine, The Maritime Sanitary and Quarantine Board of Egypt, osnovanu

potrebi partnerskog pristupa lečenju pacijenta počela je da poprima karakteristike opšte prihvaćenog standarda. Jedna, uslovno rečeno, lokalna ideja, biva globalizovana.

Naravno, ne treba napraviti grešku pa iz navedenog zaključiti da je prelazak sa paternalističkog na autonomni odnos između medicinskih poslenika i pacijenata bio revolucionaran (Jeremić, 2013: 525–526). Istina, deluje kao da jeste. Čitav niz razloga skoro da opravdava takav zaklju čak. Ipak, preteče pristanka informisanog pacijenta, poput deliberativnog, interpretativnog i deoničarsko-partnerskog modela u odnosu između medicinskih poslenika i pacijenata, pokazuju da je prelasku sa paternalističkog na autonomni koncept prethodio pokušaj mirenja ove dve koncepcije. To, dalje, znači da je pomenuti prelazak bio, zapravo, višefazan proces. On je bio nošen „plimama i oseka“ globalizacije, koja je omogućavala promociju jednih i pravazilaženje drugih ideja i modela funkcionisanja.

Čitav taj proces zaokružen je znatno kasnije, praktično poslednjim udarom drugog talasa globalizacije. Reč je, naime, o periodu u toku, a naročito nakon Drugog svetskog rata. Po nama, definitivno pretvaranje pristanka pacijenta u pravno relevantnu činjenicu, a autonomnog koncepta u vladajuću, i to na međunarodnom nivou, dogodilo se kroz rad Nirnberškog tribunala. Pored ostalog, stalo se tom prilikom na stanovište da medicinska intervencija, a naročito eksperiment, ne sme biti preduzet ukoliko nije baziran na slobodno izraženom pristanku pacijenta, to jest ispitanika. Jednom oblikovano pravilo, u svetu ujedinjenom u ideji da se nacistički zločini ne ponove, praktično bez ikakvih prepreka je ustanovljeno kao vrhovni princip obavljanja medicinskih intervencija. Konkretnije, kroz čitav niz međunarodnih aktivnosti⁹, postalo je temelj najpre svih medicinskih istraživanja, a kasnije i medicinskih intervencija uopšte.

Međutim, vrlo je interesantno, tendencija u ovoj oblasti nije išla samo u pravcu globalizacije lokalnog, već i lokalizacije globalnog. Naime, opšteprihvaćena vrednost pristanka pacijenta na medicinsku intervenciju promovisana u međunarodnim aktima, morala je biti zaštićena. Ona, u postavci savremenog međunarodnog privatnog prava,

1831. godine, The Pan American Sanitary Bureau, osnovanu 1902. godine, i The Office International d'Hygiène Publique, osnovanu 1907. godine (Radulović, 2016: 172).

⁹ Pogledajmo u tom smislu Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i niz akata koji su doneti na temelju ove Konvencije koji kao osnovnu vrednost promovisu au tonomiju i samoodređenje kroz nedvosmis leno izra žen pristanak obaveštenog pacijenta ili ispitanika.

može se štiti primarno kroz konkretno nacionalno zakonodavstvo i sudstvo koje je određeno kroz tačke vezivanja. Dakle, jedan globalni fenomen opstaje pretežno, mada ne i isključivo, kroz „lokalne“, to jest nacionalne pravne poretke koji izražavaju svoj stav prema njemu kroz ratifikaciju ili odbijanje ratifikacije međunarodnih akata. Ipak, napominjemo još jednom, u svetu zgroženom nacističkim zločinima, kasnije i saznanjem o Tuskegee eksperimentu¹⁰, inkorporacija ove ideje nije nailazila na veće prepreke, tako da je pristanak informisanog pacijenta na medicinsku intervenciju ne samo globalni, već i lokalni fenomen, što je u pravnom smislu posebno značajno.

4. Zaključna razmatranja (o promociji protivpravnosti kao uslova odgovornosti)

U svetlu vrlo podeljenih, pa čak i suprotstavljenih stavova o globalizaciji koji se negde kreću od radikalnih hiperglobalističkih, preko umerenih, do skeptičkih, nimalo nije jednostavno odrediti domete globalizacije. Njih je osobito teško odrediti u pravu, to jest u okviru pojedinih pravnih disciplina.

Ukoliko posmatramo globalizaciju u kontekstu naučne i tehničke revolucije kao preduslova za smanjenje vremenske i prostorne distance, najpre ćemo uočiti da ona nije uvek imala tendenciju rasta. Naprotiv, ona je imala i te kako periode stagnacije, ali i opadanja. To nam je omogućilo da u okviru globalizacije prepoznamo tzv. talase globalizacije. To nam je, dalje, omogućilo da analizu uticaja globalizacije na pojedine društvene pojave, u našem slučaju pravne, smestimo u nešto uži vremenski okvir. Svakako, mogućnost ovakvog pristupa problematici otvara širom vrata za analizu neopterećenu obimom fenomena globalizacije.

Za potrebe ovog rada pošli smo od periodizacije koja prepoznaje tri talasa globalizacije, pri čemu je drugi u žiži našeg interesovanja. On počinje, grubo rečeno, sredinom 16. veka i traje sve do pada Berlinskog zida. Ovaj period obeležio je kontinuirani, praktično neprekinuti naučni razvoj u svim oblastima, a čini se naročito u medicini. Brojna naučna otkrića i tehničke inovacije, iako nije sporan njihov doprinos efikasnosti medicine, nisu bila uvek samo pozitivno iskustvo. Naprotiv, ona su omogućila upliv sve invazivnijih metoda lečenja, koje

¹⁰ Reč je o jezivom eksperimentu u kojem je istraživana prirodna progresija sifilisa na grupi od 600 ispitanika afroameričkog porekla neinformisanih o postojanju jednostavne i vrlo uspešne terapije penicilinom u periodu od 1932. do 1972. godine (Thomas, Crouse Quinn, 2000: 234–237).

Su, iako nekad neizbežne, potkopavale integritet i sigurnost pacijenata. Integritet medicinske profesije, takođe, bio je ugrožen.

Intenziviranje društvenih odnosa, smanjenje vremenske i prostorne distance kroz drugi talas globalizacije pogodovalo je prevazilaženju ovog problema. Naime, kroz rad brojnih regionalnih i internacionalnih organizacija, svakako i s osloncem na saznanja pravne teorije, došlo se do jednog od najznačajnijih dostignuća odštetnog prava. Reč je pristanku informisanog pacijenta na medicinsku intervenciju.

Ovaj institut, zapravo, poima se kao oblik pristanka oštećenog. Pristanak oštećenog, teoretski, budući da čini dozvoljenim radnje i posledice koje to inače nisu u njegovom odsustvu, može se poimati i poima se kao jedan od razloga isključenja protivpravnosti.

Institut pristanka pacijenta je, ne samo izgrađen, već i gotovo opšteprihvaćen u različitim modalitetima od strane modernih pravnih poredaka zahvaljujući prethodnoj globalizaciji jedne vrednosti. Kasnije je uspešno zaštićen zahvaljujući njenoj lokalizaciji. Ako zaista pođemo od toga da je pristanak pacijenta produkt sveopšteg intenziviranja društvenih odnosa i složenih relacija globalno-lokalno, sledi, dalje, da je pod uticajem drugog talasa globalizacije, protivpravnost (kroz pristanak pacijenta kao razloga njenog isključenja), postala uslov odgovornosti za štetu čak i u onim pravnim poretcima koji je tradicionalno kao takvu ne poznaju.

Literatura

Antić, Č. (2003). *Globalizacija i istorija*. [Electronic version]. Retrieved 2, January 2017. from <http://www.bos.rs/materijali/aspekti.pdf>.

Bušljeta, A. (2010). Globalizam – ideologija globalizacije. *Socijalna ekologija*. 2(19). 127–150.

Veatch, M. R. (1995). Abandoning informed consent. *Hastings Center Report*. 2(25). 5–12.

Vuletić, V. (2003). *Rivalski pristupi u izučavanju globalizacije*. [Electronic version]. Retrieved 2, January 2017, from <http://www.bos.rs/materijali/aspekti.pdf>.

Giddens, A. (1999). *Runaway world, Globalization (London – Lecture 1)*. [Text and audio version] Retrieved 18, January 2017, from http://news.bbc.co.uk/hi/english/static/events/reith_99/.

- de Sousa Santos, B. (2006). Globalizations. *Theory Culture Society*. 23. 393–399.
- Jeremić, V. (2013). Informirani pristanak: komunikacija između liječnika i bolesnika. *JAHR*. 4(7). 525–433
- Jovanović, N. M. (2007). Globalizacija se približava: dočekati je sa cvećem ili naoštriti sablje?. *Nova srpska politička misao*. (3–4). 317–343
- Kennedy, D. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. The New Law and Economic Development. *A Critical Appraisal*, David Trubek and Alvaro Santos, eds. 19–73.
- Marković, D. Ž. (2008). *Globalna ekonomija (prilog sociološkom proučavanju globalizacije)*. Niš: Ekonomski fakultet Univerziteta u Nišu
- Marković, D. Ž., Bulatović, I. Ž. (2014). *Sociologija – osnovni pojmovi i savremeno društvo*, Beograd: Beogradska poslovna škola – Visoka škola strukovnih studija
- Pečujlić, M. (2003). *Globalizacija – dva lika sveta*. [Electronic version]. Retrieved 2,
- Pečujlić, M. (2002). *Globalizacija – dva lika sveta*. Beograd: Gutenbergova galaksija January 2017, from <http://www.bos.rs/materijali/aspekti.pdf>.
- Popić, S. S., Šuvaković, U. V. (2014). Akademik Radomir D. Lukić – preteča proučavanja globalizacije u Srbiji. *Teme*. 1(38). 377–390.
- Radulović, S. (2016). *Činjenice odlučujuće za isključenje protivpravnosti pri medicinskoj intervenciji i njihov međusobni odnos*. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici
- Thomas, S. B., Crouse Quinn, S. (2000). Light on the Shadow of the Syphilis Study at Tuskegee. *Health Promotion Practice*. 1(3). 234–237.
- Hart, H. L. A. (1994). *Pojam prava*, Podgorica-Cetinje: Cid
- Carić, S. (2000). Multidisciplinarno proučavanje zdravstva i društveni razvoj. *Pravo – teorija i praksa*. 17(3–4). 3–6.
- Cifrić, I. (2009). *Kultura i okoliš*. Zaprešić: VŠPU „Baltazar Adam Krčelić“
- Šuvaković, U. (2011). Zoran Vidojević – pitanje: Kuda vodi globalizacija – odgovor: Demokratija na zalasku. *Zbornik radova Filozofskog fakulteta u Prištini*. 41. 647–656.

Srdan Radulović, LL.D.

Assistant Professor,

Law Faculty in Kosovska Mitrovica,

University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)

**AUTONOMY-BASED DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIP AS A
PRODUCT OF THE SECOND WAVE OF GLOBALIZATION**

Summary

A proper use of such a complex term as globalization, first, calls for making a proper distinction between globalization (as a process) and globalism (as an idea) and globality (as a attained level of globalization). Its proper use also requires a high degree of awareness that globalization is not a single process but rather a multi-faceted process which certainly entails different periods and phases in its development. Considering the simplest form of “periodization”, there are three distinct phases or “waves” of globalization, which are the starting point of this research. Both in historical and comparative law terms, it is quite obvious that it was the second wave of globalization that probably brought the most important novelty in tort law. Namely, the second wave of globalization was triggered by rapid scientific and technological progress. Under the impact of this progress, the paternalistic concept in doctor-patient relations has been replaced by an autonomy-based concept which inter alia promotes autonomy-based doctor-patient relations. From the standpoint of tort law, even in those legal systems that do not recognize unlawfulness (de facto and often de jure) as an individual legal institute, it implies incorporation of one of the legal grounds for exclusion of unlawfulness: the informed consent of the injured party or the patient’s consent to medical treatment.

Keywords: *globalization, globalism, globality, injured party/patient consent, paternalism, autonomy-based concept, doctor-patient relation, tort law.*

Milica Vučković,*
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776479V

UDK: 347.51:618.33

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST ZA NEŽELJENI ŽIVOT**

Apstrakt: Pitanje da li nasuprot čovekovom pravu na život stoji njegovo pravo na smrt, u pravnoj teoriji i praksi predmet je žive analize (kroz pitanja samoubistva, koje podleže moralno- religioznom sankcionisanju, i pravno već uobličene eutanazije). Pravniku je neuporedivo teže da razmišlja o relaciji prava na život i «prava da se ne bude rođen» i sa njom povezanim problemom odgovornosti jednog lica za postupak koji je doveo do neželjenog života drugog lica. Na granici prava i metafizike, tvrdnja o nepostojanju prava na nepostojanje koristi se u argumentaciji sudova, doktrine i zainteresovane javnosti protiv zahteva za nadoknadu štete zbog neželjenog života. U ovom radu se ispituje pozicija tužbenih zahteva za nadoknadu štete zbog neželjenog života u savremenim pravnim sistemima.

Ključne reči: neželjeni život, građanskopravna odgovornost, prenatalna šteta.

1. Uvod

Sa razvojem prenatalne dijagnostike postavlja se i pitanje prava čoveka na život bez određenih vrsta hendikepa, kao i prava čoveka da ima željeno potomstvo. Ili, ako bi se držali slova zakona, prava čoveka na život bez genetskih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti. Zakonom o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički

* milica@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu «Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije», koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

uslovljenih anomalija i retkih bolesti Republike Srbije¹ proklamovano je načelo zaštite genetičkog i reproduktivnog zdravlja² sa ciljem «očuvanja i zaštite naslednog potencijala svakog pojedinca kao deo opšte društvene brige za zdravlje» i «ulaganja u budućnost zdravlja svih.» Prenatalna dijagnostika ima za cilj da se dobije zdravo i željeno potomstvo i, radi toga, u njenom sprovođenju treba da se utvrdi ili isključi postojanje neke genetičke bolesti, genetički uslovljene anomalije ili retke bolesti kod embriona ili fetusa³, a informisanje trudne žene o činjenici da će se dete roditi sa telesnim ili duševnim nedostatkom jedna je od zakonskih indikacija za prekid trudnoće⁴. Takođe, u kontekstu ove teme, govorilo se i o pravu čoveka na nepostojanje, odnosno interesu da se ne živi sa teškim hendikepom (Ruda, 2010: 228), kao alternativni posebno otežanom životu usled postojanja određenog tipa hendikepa (Mujović Zornić, 2007: 449; Ruda, 2010: 215; Borghetti, 2008: 160; Reinhart, 2001: 1085–1087).

2. Prenatalna šteta

Prenatalna šteta je šteta nastala na nerođenom detetu (nasciturusu) u periodu od začeća do rođenja, usled štetnog delovanja endogenih ili egzogenih faktora pre začeća, prilikom začeća, tokom trudnoće ili prilikom porođaja. Ovako široko određenje pojma prenatalne štete neophodno je, s obzirom na to da postoje tri vrste ove štete. Prva vrsta, i najstarija spoznata, prenatalna šteta u užem smislu, predstavlja oštećenje nasciturusa u majčinoj utrobi spoljnim uticajem na trudnicu (povreda majke i ploda u saobraćajnoj nezgodi, izlaganje majke i ploda radioaktivnom zračenju, podvrgavanje majke terapiji medikamentima opasnim po plod, kao što je poznati slučaj „talidomida“, konzumiranje alkohola i droge od strane trudnice itd.). Druga vrsta prenatalnih šteta su genetske štete – oštećenja ploda pod uticajem nasleđa, usled oštećenja žlezda jednog ili oba roditelja (Radišić, 2007: 98–99). Treća grupa slučajeva prenatalne štete, novijeg datuma, prepoznata je sa napretkom u oblasti prenatalne dijagnostike i sa legalizacijom medicinski indikovanog prekida trudnoće. To su slučajevi šteta zbog nepažnje medicinskih

1 *Sl. glasnik RS*, 8/15.

2 čl. 4 Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, 8/15.

3 čl. 26, st. 1 Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, 8/15.

4 čl. 27 Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, 8/15.

poslenika koji su propustili da detektuju štetu na plodu ili opasnost buduće štete po plod, ili su to učinili ali su propustili da o tome pravilno i potpuno informišu roditelje. U ovu treću grupu slučajeva spadaju i štete koje su, činjenjem ili propuštanjem medicinskih poslenika, u fazi kontrole trudnoće ili prilikom porođaja, prouzrokovane na plodu (Mujović Zornić, 2007: 443–446).

Nadoknađivanje prenatalne štete omogućeno je oslanjanjem na koncepciju o izjednačavanju telesnog integriteta embriona sa telesnim integritetom rođenog čoveka (Radišić, 2007: 99–100) i fikciju o nasciturusu (Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur – Začeto a nerođeno dete smatraće se rođenim kada je to u njegovom interesu) (Carbonnier, 1964: 171–172; Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2011: 111). Kada se radi o genetskim štetama, pravna zaštita omogućena je na osnovu shvatanja o pravu na nesmetani postanak čoveka (Radišić, 2007: 100).

3. Neželjeni život

Neželjeni život obu hvata različite slu čajeve začeca i rođenja ili rođenja deteta usled lekarske greške, kao što su rđavo izvršen ili neizvršen indikovani pobačaj, nepropisna sterilizacija, izostanak obaveštenja o preostalom riziku kod sterilizacije, nepreduzimanje kontrolnog pregleda posle sterilizacije, izbor nesigurne metode sterilizacije, zadocnela dijagnoza neželjene trudnoće, neizvršenje potrebnih prenatalnih dijagnostičkih postupaka koje bi dovelo do izvršenja indikovanog pobačaja, nedavanje saveta trudnici koji bi uticao na njenu odluku da se podvrgne pobačaju, izostanak obaveštenja o riziku po fetus, nedijagnostikovanje infekcije rubeole kod majke tokom prvih nedelja trudnoće ili izostanak obaveštenja o uočenoj infekciji, odnosno nevršenje pobačaja u takvim slučajevima itd. (Mujović Zornić, 2002: 2). Termin neželjeni život (wrongful life) potiče iz američke sudske prakse. Prvi put se pojavio u praksi apelacionog suda Ilinoisa, 1963. godine, u slučaju *Zepeda v Zepeda*⁵, u kom je vanbračno dete tužilo svog oca za nadoknadu štete koju je pretrpelo vodeći neželjeni život vanbračnog deteta, zbog činjenice da je njegov otac dao lažno obećanje njegovoj majci da će se oženiti njome iako je već bio oženjen (Ruda, 2010: 205; Čolaković, 2008: 497). Široko je prihvaćen u savremenom pravu (Mujović Zornić, 2002: 3), a označava neželjeni tegoban život deteta začetog i rođenog sa hendikepom, odnosno začetog zdravog ali rođenog sa hendikepom zbog lekarske greške (Mujović Zornić, 2002: 3–6; Steining, 2010: 125–126).

5 41 III App. 2d 240, *Zepeda v Zepeda* (1963). Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.leagle.com/decision/196328141illapp2d2401238>.

Zahtev za nadoknadu štete zbog neželjenog života je zahtev deteta rođenog sa hendikepom istaknut protiv medicinskog poslenika radi nadoknade štete zbog posledica života sa hendikepom. Ovaj zahtev postavlja detetov zakonski zastupnik, najčešće roditelj, protiv medicinskog poslenika. Šteta zbog neželjenog života obu hvata "pravom priznate gubitke u imovinskoj ili moralnoj sferi deteta koje je rođeno teško bolesno ili s invaliditetom, a koje ne bi bilo rođeno takvo, ili ne bi bilo rođeno uopšte, da nije bilo pogrešnog postupanja lekara" (Karanikić Mirić, 2016: 112). U okviru ovog zahteva deteta se tvrdi da bi ono bilo pošteđeno teške egzistencije, bilo zahvaljujući odluci njegovih roditelja da ga uopšte ne začnu, bilo zahvaljujući njihovoj odluci da prekinu trudnoću⁶, da nije bilo nepažnje tuženog medicinskog poslenika. Hendikep deteta koje vodi neželjeni život nije po sebi posledica lekarske greške, već je zbog lekarske greške došlo do začeca i rođenja, odnosno rođenja tog deteta (Steinger, 2010: 150; Ruda, 2010: 204). Radi se o kongenitalnom hendikepu ili genetskoj bolesti čije je postojanje medicinski poslenik propustio da konstatuje ili je propustio da o tome obavesti drugog medicinskog poslenika uključenog u proces zdravstvene zaštite, odnosno propustio je da o tome informiše roditelje i time im uskratilo saznanje koje je moglo biti odlučujuće po pitanju začeca ili donošenja na svet tog deteta (Giesen, 2012: 37–38).

4. Građanskopravna odgovornost za neželjeni život

U većini savremenih pravnih sistema se ovakvi zahtevi redovno odbijaju, a u nekim pravima je čak zakonom zabranjeno njihovo postavljanje. Naše zakonodavstvo je u tom pogledu izuzetak, budući da je njime regulisana građanskopravna odgovornost medicinskih poslenika za neželjeni život, iako ne uz upotrebu tog termina.

4.1. Uporedno pravo

Već je rečeno da je kovanica "neželjeni život" (wrongful life)⁷ nastala u američkom pravu, gde 60-ih godina 20. veka počinje odiseja ovih tužbenih

6 Preduslov za pravnu prihvatljivost tužbi zbog neželjenog života jeste dopuštenost prekida trudnoće iz razloga eugeničke prirode. U nekim pravima ovi razlozi za prekid trudnoće nisu priznati zakonom (npr. u nemačkom, italijanskom i irskom pravu) (Ruda, 2010: 207–208).

7 U pravnoj teoriji je ukazivano na neadekvatnost ovog termina, za koji se smatra da predstavlja pojednostavljeno viđenje sukoba interesa pravnih subjekata u ovakvim slučajevima. Ističe se da se radi, ne o vrednovanju života, odnosno pretpostavljanju nepostojanja tzv. neželjenom životu, već ono što je u ovakvim slučajevima neželjeno

zahteva⁸, koja se, izgleda, neslavno završila⁹. U samo tri države se usvajaju tužbeni zahtevi za wrongful life (Nju Džersi, Vašington i Kalifornija)¹⁰. U osam američkih država (Ajdaho, Indijana, Mičigen, Minesota, Misuri, Pensilvanija, Južna Dakota i Juta) zakonom je zabranjeno podizanje i tužbi za neželjeno rođenje i tužbi za neželjeni život, dok je u jednoj (Severna Dakota), zabranjeno samo podnošenje tužbi zbog neželjenog života (Ruda, 2010: 206; Mujović Zornić, 2002: 55–58; Čolaković, 2008: 497–498).

Nemačka je takođe jedna od država u kojoj u sudskoj praksi postoji negativno opredeljenje spram osnovanosti tužbenih zahteva zbog neželjenog života, sa jednodušnim obrazloženjem da je odlučivanje o njima suprotno ustavnim odredbama o poštovanju ljudskog dostojanstva. Pravna teorija se ne odlikuje tim uniformnim skepticizmom sudske prakse i iznosi i takve zaključke kao što je onaj da medicinski poslenici imaju dužnost prema nerođenom detetu da njegovim roditeljima omoguće donošenje odluke koja bi sprečila mučan i tegoban život sa ozbiljnim psihičkim i fizičkim oštećenjima (Ruda, 2010: 206; Mujović Zornić, 2002: 58–59; Čolaković, 2008: 499).

Izrael je do 2012. godine bio jedan od retkih pravnih sistema sa posebnim mestom za pravo bolesnog deteta na nadoknadu štete zbog neželjenog života. I ne samo to. U ovoj državi su i manji i ne toliko teški kongenitalni hendikepi bivali povodom za uspešno utuženje štete (Mor, 2014: 114). Maja 2012. godine došlo je do izjašnjenja Vrhovnog suda Izraela kojim je stavljena tačka na ovu pravnu realnost (Mor, 2014: 113). Ovaj sud je, u slučaju «Hammer»¹¹, konačno isključio mogućnost usvajanja tužbenih zahteva za nadoknadu štete zbog neželjenog života. Time je

ili pogrešno (wrongful) jeste nepažljivo postupanje odgovornog lica, kojim je roditeljima oštećenog deteta uskraćena mogućnost odlučivanja o nezačeću, odnosno o prekidu trudnoće. Veruje se čak da je upravo ta terminologija, koja nosi sa sobom breme emotivnog reagovanja i moralnog i mentalnog šoka, doprinela sadašnjoj sudbini ovakvih tužbenih zahteva, budući da se čini kao da tu ženi dovodi u pitanje sam ljudski život i vrednost postojanja (Ruda, 2010: 205).

8 49 N.J. 22 227 A.2d 689 The Supreme Court of New Jersey *Gleitman v. Cosgrove* (1967), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

9 361 So. 2d 546 Supreme Court of Alabama *Eliot v Brown* (1978), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

10 Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One *Curlender v Bio-Science Laboratories* (1980), No. 48331-1 The Supreme Court of Washington, En Banc. *Harbeson v Parke Davis* (1983), 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 The Supreme Court of New Jersey *Procanik v Cillo* (1984). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

11 CA 1326/07 *Hammer et al. v. Prof. Amit et al.* (2012) Retrieved 31, August, 2017, from <http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Hammer%20v.%20Amit.pdf>.

prekinuto višedecenijsko svetsko «liderstvo» Izraela u dosuđivanju nadoknada štete u različitim slučajevima neželjenog života. Ovome je, simptomatično, prethodilo rešenje predloženo od strane specijalnog komiteta izraelskog Ministarstva pravde, usmereno na zasnivanje objektiviziranog upravno-pravnog pristupa, kojim bi bile zamenjene deliktne tužbe građanskog prava za nadoknadu šteta zbog neželjenog života i uspostavljen jedan vid sistema socijalizacije odgovornosti za slučajeve neželjenog života (Mor, 2014: 116).

U Francuskoj je, nakon odluke Kasacionog suda u slučaju «Perruche»¹² 2000. god, u kojoj je sud konstatovao da dete rođeno sa hendikepom izazvanim virusom rubeole ima pravo na nadoknadu kako materijalne tako i nematerijalne štete, zbog toga što su lekar i laboratorija, skrivljenim kršenjem ugovora u realizaciji prenatalne dijagnostike, sprečili majku deteta da vrši svoje pravo na prekid trudnoće, došlo do burnih reakcija u stručnoj i široj javnosti. Ovom odlukom je započeta sudska praksa usvajanja zahteva za nadoknadu štete zbog tzv. «neželjenog života», koja, međutim, nije potrajala. Na odluku u slučaju „Perruche“ francuska stručna i šira javnost je burno reagovala. Rezultat te društvene reakcije bio je tzv. «Loi Anti-Perruche», Zakon o pravima pacijenata i kvalitetu sistema zdravstvene zaštite iz 2002. godine¹³, kojim je zabranjeno podnošenje zahteva za nadoknadu štete zbog same činjenice rođenja. Ova zabrana je postavljena jednom nespretnom formulacijom, jer, kako je primećeno u pravnoj teoriji, ona se može zaobići pomoću odgovarajućeg tumačenja, ako se kao šteta ne posmatra samo rođenje, već posledice hendikepa po život deteta (Ruda, 2010: 228–235). Ovim zakonom je bilo predviđeno uspostavljanje posebnog fonda za pomoć hendikepiranoj deci i njihovim roditeljima, ali u taj fond se nisu slivala nikakva novčana sredstva, čak ni godinu dana po njegovom formiranju (Giesen, 2012: 40). Evropski sud za ljudska prava je u više navrata odlučivao da je pomenutim zakonom bilo povređeno pravo na imovinu iz čl. 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, time što je njegovom primenom niz osoba bio retroaktivno lišen prava na obeštećenje za povredu imovinskih interesa¹⁴. Usled toga, u Francuskoj se

12 Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, Retrieved 31, August, 2017, from <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000007041543>, 26. 08. 2017.

13 Loi no. 2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000227015&dateTexte=20170826>.

14 *Draon v France*, App. no 1513/03, 6. Oct. 2005 Retrieved 31, August, 2017, from <http://hudoc.echr.coe>, *Maurice v France*, App. no 11810/03, 6. Oct. 2005, Retrieved 31, August, 2017,

mogu razmatrati tužbeni zahtevi zbog neželjenog života zasnovani na činjeničnom stanju oformljenom pre stupanja na snagu «Anti-Perruche» zakona (Giesen, 2012: 40).

U Holandiji su zahtevi za nadoknadu štete zbog neželjenog života dopušteni počev od 2005. godine i odluke Vrhovnog suda Holandije u slu čaju “Keli”¹⁵, kojom je detetu rođenom sa teškim hendikepom bila dosuđena nadoknada štete za troškove čuvanja i nege, sa dodatnim troškovima uslovljenim hendikepom, kao i nadoknada nematerijalne štete za duševne bolove (Giesen, 2012: 40; Ruda, 2010: 204).

4.2. Srpsko pravo

Zakonom o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti Republike Srbije iz 2015. godine je, u skladu sa propisanom svrhom prenatalne dijagnostike (dovođenje do zdravog i željenog potomstva, dakle, do zdravog i željenog novog života), predviđena dužnost lekara da “proceni da li postoji i koliki je stepen verovatnoće da će se dete roditi sa genetičkom bolešću ili genetički uslovljenom anomalijom koja je posebno teška u vreme njenog otkrivanja”¹⁶.

Propisana je i dužnost lekara da upozna trudnu ženu sa tim da ima pravo na genetičko ispitivanje. Lekar utvrđuje potrebu za genetičkim savetovanjem tako da se, između ostalog, omogući procena rizika da nerođeno dete pati od posebno teške bolesti i da se trudna žena informiše o karakteristikama te bolesti, načinu otkrivanja, terapijskim mogućnostima i sl., imajući u vidu i činjenicu da postojanje takve bolesti ili opasnosti njenog razvoja kod ploda predstavlja zakonsku indikaciju za prekid trudnoće u postupku na zahtev trudne žene, pod uslovima predviđenim zakonom¹⁷.

Dete rođeno sa genetički uslovljenom bolešću ili anomalijom koja ga čini osobom sa invaliditetom ili ga ozbiljno i trajno onesposobljava, ili mu daje lošu životnu prognozu, ima pravo na nadoknadu štete. Uslov je da pomenuto stanje kod deteta nije bilo prethodno medicinski prepoznato niti dijagnostikovano u toku embrionalnog ili fetalnog

from <http://hudoc.echr.coe>.

15 C03/206HR Parket bij de Hoge Raad Retrieved 31, August, 2017, from <http://deelink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2005:AR5213>.

16 čl. 26, st. 1 i st. 2. Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, 8/15.

17 čl. 26, st. 5 i čl. 27, st.1 i čl. 6 i 7 Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama, *Sl. glasnik RS*, 16/95 i 101/05 - dr. zakon.

razvoja. Za štetu odgovara lekar koji je postupao protivno važećem standardu medicinske struke ili nije poštovao medicinski protokol i postupao je protivno pravnom standardu dužne pažnje u obavljanju profesionalne delatnosti. Naglašeno je da se šteta koju dete trpi u ovakvim slučajevima ne sastoji u otkrivenoj genetičkoj bolesti, genetički uslovljenoj anomaliji ili retkoj bolesti, niti u činjenici da je dete rođeno, već u posledicama koje zbog bolesti, odnosno anomalije neželjeno rođenje uzrokuje u vidu povećanih troškova lečenja i nege za dete¹⁸.

Ovim zakonom su u pravo Republike Srbije uvedena dva nova oblika pravom priznate štete, šteta zbog neželjenog života, kao imovinska šteta, i šteta zbog neželjenog rođenja, kao neimovinska šteta, ali je i odogovornost lekara za ove štete, kao posledice lekarske greške, znatno pooštrena u odnosu na opšti režim odgovornosti medicinskih poslenika, iako zakon u oba slučaja upućuje na primenu opštih pravila o odgovornosti za štetu (Karanikić Mirić, 2016: 119–122; Radišić, 1986: 151).

Štetna radnja se sastoji u propustu lekara da, u skladu sa medicinskim standardom, pravilno, potpuno i blagovremeno postavi dijagnozu u prenatalnom dijagnostičkom postupku i pravovremeno i potpuno o njoj informiše roditelje deteta. Pravom priznati oblik štete u slučajevima neželjenog života u pravo Srbije je imovinska šteta, koja se sastoji u povećanim troškovima lečenja i nege (Radišić, 2007: 98).

Predviđeno je i da se zdravstvena zaštita dece kod prevencije, dijagnostike i lečenja genetičkih bolesti i anomalija obezbeđuje u najboljem interesu deteta¹⁹. Po ovom zakonu, kod prenatalne dijagnostike pacijentom se smatra trudna žena, dok nerođeno dete uživa moralnu i pravnu zaštitu preko majke²⁰.

18 čl. 33 Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, 8/15.

19 čl. 4, st. 3 Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, 8/15.

20 čl. 3, tač. 14 Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, 8/15

5. Argumenti za i protiv građanskopravne odgovornosti za štetu u slučajevima neželjenog života

Argumentacija prisutna u gotovo svim odlukama koje se odrečno postavljaju u odnosu na tužbe za nadoknadu štete zbog neželjenog života jeste stav da bazična pravila građanskopravne odgovornosti onemogućavaju čak i samo razmatranje zahteva iz ovih tužbi. Smatra se da je “klasično” hipotetičko upoređivanje stanja pre i nakon štetne radnje (Differenzhypothese) u ovim slučajevima neprimenljivo. Najpre zbog toga što ovde konkretno treba uporediti stanje hendikepiranog deteta, tj. njegov život sa kongenitalnim hendikepom, sa stanjem koje bi postojalo da nije bilo lekarske greške – a to je nepostojanje²¹. Da nije bilo lekarske greške, roditelji bi doneli odluku da se dete ne začne, odnosno da se prekine trudnoća koja je u toku. Samim tim je problematična i uzročna veza.

Lekarska greška je dovela do začeca i rođenja, tj. do rođenja deteta. Ono tuži lekara tvrdeći da trpi štetu zbog otežanog života usled prisustva hendikepa (Ruda, 2010: 208–210). Potrebno je da se ispune tri uslova da bi se ustanovila odgovornost za lekarsku grešku. Najpre, da postoji šteta, zatim, da je učinjena lekarska greška i treće, da postoji uzročna veza između štete i greške (Feuillet, 2011: 141). Protivnici “wrongful life” tužbi nalaze da u ovim slučajevima ta uzročna veza ne postoji. Tako, u jednoj od kritika čuvene odluke u slučaju “Perruche” tvrdi se da šteta koju dete trpi nije uzrokovana lekarevim propustom da dijagnostikuje hendikep, već je šteta uzrokovana virusom rubeole kojim se detetova majka zarazila tokom trudnoće, dok je lekarska greška dovela do toga da se dete rodi, umesto da se prekine trudnoća (Feuillet, 2011: 141–142). Međutim, treba imati u vidu i to da šteta ne predstavlja, nužno, pogoršanje situacije, već se može sastojati u lišavanju mogućnosti dobiti, bez realnog gubitka (Ruda, 2010: 217). Takođe se postavljalo pitanje postojanja dužnosti pažnje lekara prema začetom a nerođenom detetu. Dok su jedni bili na stanovištu da takva dužnost ne postoji i da dete nije uključeno u zaštitno polje ugovora o pružanju medicinske usluge (Ruda, 2010: 222), drugi su branili stav da je u slučajevima prenatalne i genetske dijagnostike nesporno da je svaka preduzeta radnja vođena i da mora biti vođena u najboljem interesu deteta (Ruda, 2010: 222). Čak i ako izađemo iz zaštitnog polja ugovora, preostali prostor je pokriven opštom zabranom nanošenja štete drugima, a nasciturus je posebno zaštićen u tom pogledu. U Holandiji se sudovi pozivaju upravo na obuhvaćenost nasciturusa

21 49 N.J. 22 227 A.2d 689 The Supreme Court of New Jersey *Gleitman v. Cosgrove* (1967), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

zaštitnim dejstvom ugovora zaključenog između lekara ili medicinske ustanove i trudne žene, odnosno budućih roditelja (Ruda, 2010: 222). U američkim državama u kojima sudovi usvajaju ovakve tužbene zahteve postoji stav da se radi o "deriviranoj dužnosti" (derivative duty) prema fetusu, jer dete kasnije pati zbog posledica povrede dužnosti pažnje lekara prema roditeljima, kao i da se dužnost obaveštavanja roditelja proteže i na ličnosti koje još uvek nisu začete (Ruda, 2010: 224). Na drugoj strani, u Engleskoj se smatra da lekar ne duguje nikakvu pažnju detetu, jer se kršenje dužnosti pažnje njegovim ponašanjem odigrava u vreme dok je ono još uvek fetus²² (Giesen, 2012: 40).

Zatim, smatra se da bi primena opisanog hipotetičkog poređenja bila u suprotnosti sa ustavnom zaštitom ljudskog dostojanstva (Ruda, 2010: 210, Giesen, 2012: 39) i da bi takvo jedno poređenje učinilo ljudski život relativnim pojmom i merljivim ekonomskim ekvivalentima, što bi dovelo do narušavanja nepovredivosti ljudske ličnosti (Picker, 1994: 540)²³. Smatra se da svetost i nepovredivost ljudskog života predstavlja moralnu i ustavnopravnu prepreku odlučivanju o njima (Ruda, 2010: 208–210; Thiel, 2002: 5–7; Čolaković, 2008: 499).

U pravima u kojima je dopušten prekid trudnoće jedna grupa indikacija je, po pravilu, eugeničke prirode. Ženi se dopušta da odluči da prekine trudnoću ukoliko se putem prenatalne dijagnostike utvrdi da postoji opasnost rođenja deteta sa smetnjama u razvoju, sa genetskim anomalijama i sl. (Feuillet, 2011: 144). Time je implicitno rečeno da neko može da spreči jedno rođenje i jedan život ukoliko ga ne želi. Kako je u pitanju zakonska norma, očigledno je da je društvo postiglo konsenzus o tome da nekada neki životi mogu da ne budu željeni. Ukoliko društvo i roditelji ne žele da se takvo dete rodi i živi, postavlja se pitanje zašto bi trebalo očekivati da ono samo prihvati takav život. Osim toga, primera radi, tzv. "Anti-Perruche" zakon je donet i odmah stupio na snagu najvećim delom zbog štrajkova medicinskih radnika zaposlenih u oblasti prenatalne dijagnostike i bojazni da će takva sudska praksa, pokrenuta odlukom u slučaju "Perruche", obeshrabriti buduće poslanike medicinske prakse da se bave prenatalnom dijagnostikom. Tu, dakle, nije bio glavni motiv univerzalna vrednost ljudskog života.

22 *McKay v Essex Area Health Authority*, Retrieved, 26, August, 2017, from <http://jme.bmj.com/content/medethics/13/2/69.full.pdf>, Section 1 Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976, Retrieved, 26, August, 2017, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/section/1>.

23 361 So. 2d 546 Supreme Court of Alabama *Eliot v Brown* (1978), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

Takođe, u onim pravima gde je regulisana veštački potpomognuta reprodukcija dopušteno je, pod određenim uslovima, uništenje embriona kod kog je, u postupku genetskog skrininga (testiranja), sprovedenog pre implementacije, otkriven neki genetski nedostatak (Feuillet, 2011: 144).

Pored toga, usvajanje tužbenog zahteva roditelja zbog neželjenog rođenja potvrđuje tezu da život ipak nije "svetinja" uvek, već da rođenje i život neke osobe može, pod određenim okolnostima (iako posredno), predstavljati izvor štete za nekog (Ruda, 2010: 228–229).

Neki teoretičari ističu još i to da se može tvrditi da je povređeno dostojanstvo ličnosti deteta time što medicinski poslenik nije posvetio dužnu pažnju razarajućim posledicama hendikepa po dete, te da tako neželjeni život predstavlja povredu ličnosti, odnosno prava ličnosti (Ruda, 2010: 214).

Argumentacija protiv prava na nadoknadu štete za neželjeni život takođe može biti sporna sa stanovišta prava na eutanaziju (u onim pravima gde je eutanazija dopuštena).

Među najsnažnijim argumentima protiv pravnog priznavanja štete u slučajevima neželjenog rođenja je bojazan od tzv. "defanzivne" medicinske prakse i destimulativnog delovanja na potencijalne poslenike u oblasti prenatalne dijagnostike i genetskog savetovanja i ispitivanja²⁴. Postoje izraženi strahovi od preterivanja u sprovođenju prenatalnih dijagnostičkih postupaka i genetskog savetovanja i savetovanja prekida trudnoće i u slučajevima kada nije sa sigurnošću utvrđena eugenička indikacija. Iako može delovati kao impuls paranoidnog uma (Giesen, 2012: 44), štrajkovi medicinskih radnika u Francuskoj posle "Perruche" odluke, pokazali su da te bojazni ipak imaju čvrste temelje. Tvrdi se da su medicinski poslenici praksom usvajanja odštetnih zahteva zbog

24 «Kao što je svaka medicinska intervencija skopčana sa rizikom, tako je i svaki pravni pristup njoj takođe rizičan. Uprkos tome, i medicinske i pravne intervencije s u nu žne. Ocenjujući medicinsku intervenciju, pravnik bi morao imati na umu onu čuvenu A dlerovu misao da je lakše boriti se za principe nego živeti prema principima. Nije neva žna ni činjenica da pravnik sudi većinom ex post, kad je štetna posledica već nastala, dok lekar mora da procenjuje zbivanja unapred, da prognozira. Sem toga, pravnici su u povoljnijem položaju, i zbog toga što se njihove presude, kad postanu pravnosna žne, ne mogu više napadati ni kad su pogrešne. Lekarske greške ne zaklanja pravnosnažnost iako su one u stanju da uzrokuju još teže i dalekosežnije posledice. Pacijente i njihovu rodbinu one mogu dovesti do ogorčenja, koje se razbuktava i u sudski proces. Lekari na taj način bivaju javno žigosani zbog svojih grešaka, i ispaštaju mnogo više nego pravnici. To je naliče njihove cenjene profesije» (Radišić, 1986: 285).

neželjenog života postavljeni u kontradiktornu situaciju, da učine sve što mogu da se ne rodi dete sa hendikepom i da ne čine ništa što bi moglo biti rizično, kao i da je od obaveze sredstva nastala obaveza rezultata (Thiel, 2002: 17). Smatra se da se otvaraju vrata lekarskoj odgovornosti bez obzira na krivicu i da se pojam greške (error) zamenjuje pojmom rizika ili "kocke" (alea) (Thiel, 2002: 18)²⁵.

Tvrđi se i da se usvajanjem tužbenih zahteva za nadoknadu štete zbog neželjenog života "poručuje" društvu da je šteta roditi se sa hendikepom i da se formira uslovni refleks povezivanja prisustva hendikepa sa prekidom trudnoće (Feuillet, 2011: 143)²⁶. Na suprotnoj strani stoje činjenice. Većina hendikepa ili bolesti u slučajevima neželjenog života (Tej Saks, Batenova bolest, Spina bifida...) su takve prirode da je oboleloj osobi potrebna konstantna i trajna nega i pomoć. Uz to, nada uvek postoji, tako da su oni i njihove porodice primorani da troše velike sume novca na novootkrivene tretmane, lekove i sl. Takođe, tu su uvek prisutni i fizički i psihički bolovi i strah. Dosuđivanje nadoknade štete u ovim slučajevima zdravom razumu ne može odaslati poruku da je život sa hendikepom manje vredan življenja. Naprotiv, dosuđivanjem nadoknade štete detetu se omogućava da, i pored hendikepa, vodi normalan život (Giesen, 2012: 44–45).

Pri svemu tome, mišljenja smo da pravnofilosofske rasprave o vrednosti ljudskog života moraju ostati po strani. Načelno, treće osobe ne mogu da sude o vrednosti nečijeg života. Da je to tako, dovoljno nam govore brojne sankcije koje se u pravu nadovezuju na zahvate u nečiji telesni integritet. Društvo ne može reći osobi kojoj je život znatno otežan zbog bolesti ili genetske anomalije, da treba da ćutke prihvati takav život i pored toga što je to njoj neizmerno teško, jer u suprotnom će se smatrati da su ona i oni koji su joj priznali pravo na olakšavanje takvog života povredili ideal ljudskog dostojanstva i svetosti i neprikosновенosti ljudskog života. Zar nije vređanje ljudskog dostojanstva očekivanje (zahtev) od nekog da ćutke podnosi svoju psihofizičku uskraćenost?

25 Jedan od razloga brzog zakonodavnog reagovanja na presudu «Perruche» bili su štrajkovi medicinskih radnika: videti arg umente francuske vlade u slučaju Draon v France pred Evropskim sudom za ljudska prava, od 6. oktobra 2005. god., str. 19, Retrieved, 26, August, 2017, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70447>.

26 Nakon «Perruche» presude u Francuskoj je stotinak porodica sa hendikepiranom decom oformilo udruženje protiv «hendikofobije» (l'handiphobie), vršeći pritisak na narodne predstavnike u državnim institucijama, okrivljujući državu za slučaj «Perruche». To je, pored brojnih drugih ozbiljnih i burnih reakcija, i dovelo do usvajanja pomenu tog zakona (Thiel, 2002: 3).

6. Zaključak

Tužbeni zahtevi zbog neželjenog rođenja i neželjenog života pokazatelji su i stepena razvijenosti pravne svesti i individualne slobode, na jednoj strani, ali i manjkavosti sistema društvene solidarnosti. Ističući ovakve zahteve, i roditelji i dete zapravo pokazuju da život sa hendikepom predstavlja veliki teret u jednom društvu koje nije dovoljno opremljeno, ali ni dovoljno spremno da omogući dostojanstven život takvim osobama. Oštećeni usled nefunkcionalnog društvenog sistema, pojedinci se obraćaju građanskim sudovima, da bi u građanskom pravu pronašli lek za podnošenje patnji svakodnevice.

U ovakvim slučajevima takođe dolazi do izražaja fenomen stvaranja prava kroz njegovu primenu, u odstupanju od klasičnih shvatanja određenih pojmova u građanskom pravu.

Nasciturus uživa posebnu pravnu zaštitu. Šteta se može naneti činjenjem ili propuštanjem. Profesionalna dužnost lekara u odnosu na majku i dete predviđena je zakonom. Ta dužnost je prekršena. Neko trpi štetu. Šteta može biti materijalna i nematerijalna (moralna). Pogoršanje situacije koja je postojala pre štetnog događaja i poređenje stanja nakon tog događaja sa stanjem pre tog događaja nisu aksiomi. Ako je neko povredio dužnost pažnje, dovoljna je ta činjenica, ne moramo se osvrutati na ono što je bilo pre povrede te pažnje. Mogli bismo reći i prilikom odmeravanja buduće štete da niko nije u stanju da predviđa budućnost, isto kao što ne možemo spoznati nepostojanje, te da stoga buduća šteta ne treba da se nadoknadi, a ona se ipak nadoknađuje. Emotivni šok koji nas savlada pred "neželjenim životom" ne treba da bude opravdanje za posezanje za metafizičkom argumentacijom u građanskom pravu, i da dovede do uskraćivanja društvene solidarnosti osobama koje žive tegoban život sa ozbiljnim oštećenjima, u jednom društvu koje teži da nameni deo svojih resursa zaštiti genetskog zdravlja svih svojih članova. Preširoko postavljanje koncepcije neželjenog života može značiti stigmatizaciju hendikepiranih lica, ali to ne znači da ne treba pružiti potrebnu materijalnu pomoć i satisfakciju onima koji žive pod naročito teškim bremenom hendikepa, naročito kada je čitav jedan sistem organizovan i usmeren na to da do takvih hendikepa ne dođe. Osim toga, stigma se u ljudskom društvu, naviknutom da stavlja etikete na različite pojave, oduvek pojavljuje uz hendikep. Za to nije „inicijalna kapisla“ usvajanje zahteva za nadoknadu štete zbog neželjenog života.

Literatura

Borghetti, J.S. (2008). Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle. Ou M. Fabre-Magnan, J. Ghestin, P. Jourdain et C. Labrusse-Riou (eds), *Etudes offertes à Geneviève Viney* (p.145–171). Paris: L.G.D.J.

Carbonnier, J. (1964). *Droit civil, tome premier*. Paris: Presses Universitaires de France.

Feuillet, B. (2011). The Perruche Case and French Medical Liability. *Drexel Law Review*. 4. 139–149.

Giesen, I. (2012). The Use and Influence of Comparative Law in “Wrongful Life” Cases. *Utrecht Law Review*. 8. 35–54.

Karanikić Mirić, M. (2016). Šteta usled neželjenog rođenja i neželjenog života: osvrt na Zojin zakon. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1. 105–131.

Kovačević Kuštrimović, R, Lazić, M. (2011). *Uvod u građansko pravo*. Niš: Punta.

Mor, S. (2014). The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: a Disability Critique. *Studies in Law, Politics and Society*. 63. 113–146.

Mujović Zornić, H. (2002). *Neželjeno rođenje deteta kao slučaj štete i odgovornost lekara*. Beograd: Nomos.

Mujović Zornić, H. (2007). Prenatalne štete u medicini i odgovornost. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. 5. 433–452.

Picker, E. (1995). Schadensersatz für das unerwünschte Kind. *Archiv für die civilistische Praxis*. 540.

Radišić, J. (1986). *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*. Beograd: Institut društvenih nauka, Centar za pravna i politikološka istraživanja.

Radišić, J. (2007). *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i obaveštavanju pacijenta*. Beograd: Nomos.

Reinhart, A (2001). *Wrongful life*. Karlsruhe: VersR.

Ruda, A. (2010). „I Didn't Ask to be Born”: Wrongful Life from a Comparative Perspective. *Journal of European Tort Law*. 2. 204–241.

Steinger, B. (2010). Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions. *Journal of European Tort Law*. 2. 125–155.

Thiel, M-J. (2002). La jurisprudence Perruche ou la vie handicapée comme préjudice. *Revue des Sciences Religieuses*. 2. 218–245.

Čolaković, M. (2008). Neželjeni život (Wrongful life) kao osnov građanskopravne odgovornosti ljekara. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. 8. 495–504.

Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti. *Službeni glasnik RS*. Br. 8 (2015).

Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama. *Službeni glasnik RS*. Br. 16 (1995) i Br. 101 (2005) - dr. zakon.

Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28>.

Loi no. 2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Retrieved, 26, August, 2017, from <https://www.legifrance.gouv.fr>.

41 III App. 2d 240, *Zepeda v Zepeda* (1963). Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.leagle.com/decision/196328141illapp2d2401238>.

49 N.J. 22 227 A.2d 689 The Supreme Court of New Jersey *Gleitman v. Cosgrove* (1967), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

361 So. 2d 546 Supreme Court of Alabama *Eliot v Brown* (1978), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One *Curlender v Bio-Science Laboratories* (1980). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

No. 48331-1 The Supreme Court of Washington, En Banc. *Harbeson v Parke Davis* (1983). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

97 N.J. 339, 478 A.2d 755 The Supreme Court of New Jersey *Procanik v Cillo* (1984). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

Case 1513/03 *Draon v France* (2005) ECHR.

Case 11810/03 *Maurice v France* (2005) ECHR.

CA 1326/07 *Hammer et al. v. Prof. Amit et al.* (2012) Retrieved 31, August, 2017, from <http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Hammer%20v.%20Amit.pdf>.

C03/206HR Parket bij de Hoge Raad Retrieved 31, August, 2017, from <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2005:AR5213>.

Arrete Perruche, Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, Retrieved, 26, August, 2017, <https://www.legifrance.gouv.fr>

McKay v Essex Area Health Authority. Retrieved, 26, August, 2017, <http://jme.bmj.com/content/medethics/13/2/69.full.pdf>.

Milica Vučković, LL.B.

Teaching Assistant,

Law Faculty, University of Niš

CIVIL LIABILITY FOR WRONGFUL LIFE

Summary

In legal theory and practice, the controversial issue concerning the right to die, as opposed to the well-established right to live, has been the subject matter of vivid discussion and analysis involving the concepts of assisted suicide (which is deplored by moral and religious norms) and euthanasia (which has already been legally regulated). A legal practitioner may find it much more difficult to think about the relations between the right to life and the right “not to be born”. The latter implies personal liability for negligence (in wrongful birth), i.e. a negligent act or omission which has led to wrongful life of another person. Opinions on this matter are very much divided. In discussions in the field of pedagogy and children’s rights, as well as in everyday life, we can sometimes hear that “a child did not ask to be born”; this expression is intended to emphasize a highly vulnerable position of children in the society. In civil actions concerning claims for compensation of damage for wrongful life, both parents and the child may have the active legitimacy (legal standing as a party in the dispute), depending on the provisions envisaged in the specific legal system. In this paper, the author discusses the right of persons who “did not want to be born” the way they were born (wrongful life), focusing on the compensation for damage (particularly non-pecuniary damages) for living a kind of unwanted life.

Keywords: right to live, right to die, unwanted life, civil liability, wrongful life.

Dr Anđelija Tasić,*
Docentkinja Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776495T

UDK: 347.949

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

IZVOĐENJE DOKAZA U INOSTRANSTVU U GRAĐANSKIM I TRGOVINSKIM STVARIMA – UTICAJ MEĐUNARODNIH I REGIONALNIH DOKUMENATA NA NACIONALNO ZAKONODAVSTVO**

Apstrakt: *Da bi sud doneo zakonitu i pravičnu odluku, on mora da izvrši valjanu trijažu prethodno prikupljenog procesnog materijala. Stoga, izvođenje i ocena dokaza predstavljaju srž svakog parničnog postupka. Ukoliko se dokazi na kojima se zasnivaju pravno relevantne činjenice nalaze u inostranstvu, saradnja sudova u oblasti izvođenja dokaza od krucijalnog je značaja za uspešno okončanje jednog parničnog postupka. Oblast parnične procedure, međutim, i dalje odoleva uticajima globalizacije i ostaje, pretežno, pitanje nacionalnih zakonodavstava. Ipak, u svrhu osnaživanja saradnje sudova u oblasti parnične procedure, doneto je nekoliko značajnih dokumenata. Pored nezaobilazne Haške konvencije o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovinskim stvarima, proces izgradnje evropskog građanskog procesnog prava iznedrio je i izuzetno važnu Uredbu EU 1206/2001 o saradnji između sudova država članica u građanskim i trgovinskim stvarima. Činjenica da je Srbija ratifikovala Hašku konvenciju, ali i da u procesu pridruživanja Evropskoj uniji teži harmonizaciji propisa sa propisima ove organizacije, otvara pitanje uticaja navedenih strateški važnih dokumenata na uobličavanje pravnih normi u srpskom građanskom procesnom pravu i problema koji se mogu javiti u praksi.*

Ključne reči: *dokazivanje, izvođenje dokaza, ocena dokaza, Uredba 1206/2001.*

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

** Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. Normativni okvir harmonizacije Građanskog procesnog prava Evropske unije u sferi dokazivanja

Intenziviranje razvoja Građanskog procesnog prava EU počinje krajem XX veka, izmenom postojećih i donošenjem novih osnivačkih ugovora u okviru EU.¹ Ugovorom o osnivanju Evropske unije (Ugovor iz Mastrihta), donetim 1992. godine (stupio na snagu 1. novembra 1993. godine),² omogućeno je jačanje saradnje država u oblasti građanskog sudskog postupka. Korak dalje ka približavanju procesnih pravila napravljen je stupanjem na snagu Ugovora iz Amsterdama (Ugovor kojim se menja Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovori o osnivanju evropskih zajednica i druga s njima povezana relevantna akta) 1. maja 1999. godine (potpisan 1997. godine).³ Članom 65 Ugovora iz Amsterdama predviđeno je da mere u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima sa prekograničnim elementom uključuju: 1) poboljšanje i pojednostavljenje sistema prekogranične dostave sudskih i vanskudskih dokumenata, saradnju u prikupljanju dokaza i priznanje i izvršenje odluka u građanskim i trgovinskim stvarima, uključujući i odluke u vanskudskim stvarima; 2) podsticanje približavanja pravila država članica koja se tiču kolizionih normi i sukoba nadležnosti i 3) uklanjanje prepreka za dobro funkcionisanje pravosudnog sistema, i kroz promovisanje pravila civilne procedure primenjivih u državama članicama. Naposletku, u čl. 81 Lisabonskog ugovora (Ugovor o izmenama i dopunama Ugovora o osnivanju Evropske unije i Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, potpisan 2007. godine, stupio na snagu 1. decembra 2009. godine)⁴ propisano je da EU razvija sudsku saradnju u građanskim stvarima sa prekograničnim posledicama, koja se temelji na načelu uzajamnog priznavanja presuda i odluka u vanskudskim predmetima. Ova saradnja može podrazumevati utvrđivanje mera za približavanje zakona i propisa država članica. Istim članom Ugovora postavljeni su sledeći ciljevi: 1) obezbeđivanje priznavanja i izvršenja presuda i odluka u vanskudskim predmetima između država članica; 2) prekogranična dostava sudskih i vanskudskih akata;

1 Ipak, može se govoriti samo o intenziviranju razvoja GPP EU, ne i o njenoj ekspanziji. Iako na prvi pogled izgleda kao da se GPP EU razvija zaprepašujućom brzinom, imajući u vidu broj donetih dokumenata, činjenica je da se najveći broj tih dokumenata zapravo odnosi na prekogranične sporove (horizontalna harmonizacija), dok se ostali uglavnom odnose samo na određene oblasti, poput zaštite prava intelektualnog vlasništva ili potrošačkih prava (vertikalna harmonizacija) (Wagner, 2011: 4–8).

2 The Treaty on European Union, *OJ C 191*, 29. 7. 1992.

3 Treaty of Amsterdam, *OJ C 340*, 10. 11. 1997.

4 Treaty of Lisbon, *OJ C 306*, 17. 12. 2007.

3) usklađenost pravila koja se primenjuju u državama članicama u pogledu sukoba zakona i nadležnosti; 4) saradnja u prikupljanju dokaza; 5) delotvoran pristup pravdi; 6) uklanjanje prepreka za neometano odvijanje građanskih postupaka u slu čaju potrebe, podsticanjem usklađenosti propisa o građanskom postupku koji se primenjuju u državama članicama; 7) razvoj alternativnih metoda za rešavanje sporova i 8) podrška osposobljavanju sudija i sudskog osoblja.

Važnost dokazivanja, jedne od sudskih parničnih radnji, nesumnjiva je. „Ako parnični postupak predstavlja središte jednog pravnog sistema, onda prikupljanje dokaza predstavlja srce svakog parničnog postupka“ (Van Rhee, Uzelac, 2015: 3). Ujednačavanje pravila o prikupljanju i oceni dokaza otežava činjenica da pravni sistemi širom Evrope propisuju različita pravila, a međusobno se razlikuju i sistemi ocene dokaza za koji su se različite zemlje opredelile.⁵ Načelno, sistemi ocene dokaza mogu se podeliti u tri grupe. Prvu grupu čine države koje su se opredelile za sistem zakonske ocene dokaza (Belgija i Francuska, na primer, iako je potonja nominalno opredeljena za sistem slobodne ocene dokaza). U drugu grupu spadaju države u okviru Velike Britanije, koje u izvesnoj meri takođe priznaju odstupanja od sistema slobodne ocene dokaza, ali ne u obimu koji to čini, recimo, Francuska. Treća grupa država opredelila se za sistem slobodne ocene dokaza uz usko postavljene izuzetke (Nemačka, Austrija, Hrvatska, Srbija) (Sladič, Uzelac, 2015: 110–112). Imajući u vidu da se navedeni disparitet propisa odnosi pretežno na postupak ocene dokaza, ali ne i metode za njihovo prikupljanje, stekla se mogućnost da se bar u jednom segmentu dokazivanja postigne konsenzus između država članica Evropske unije. Na osnovu predloga Republike Nemačke, nakon saglasnosti Evropskog parlamenta (27. februar 2001. godine) i Ekonomskog i socijalnog saveta (28. februar 2001. godine), Evropski savet 28. Maja 2001. godine usvojio je Uredbu 1206/2001 o saradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim i trgovinskim stvarima (u

5 Novi milenijum doneo je značajne promene u oblasti parnične procedure uopšte, pa i u segmentu u dokazivanja. Dva su osnovna razloga za to. Prvi se tiče du žine trajanja parničnih postupaka. Iako se za sporo i neefikasno pravosuđe ne može okriviti samo postupak prikupljanja i ocene dokaza, ipak on umnogome doprinosi ostvarivanju prava na suđenje u razumnom roku, kao jednog od osnovnih ljudskih prava. Postizanje balansa između saznavanja istine, sa jedne strane, i sprovođenja efikasnog i ekonomičnog postupka ostaje jedan od ključnih izazova pravosudnog sistema. Drugi razlog za reformu pravila o dokazivanju leži u kulturološkom i tehničkom razvitku savremenog sveta. Primenjivost različitih metoda za prikupljanje dokaza zavisi od odnosa koji postoji između prava na privatnost, sa jedne strane, i prava na jednostavan i lako dostupan pristup pravdi, sa druge strane. (Van Rhee, Uzelac, 2015: 3–4).

daljem tekstu: Uredba 1206/2001 i Uredba).⁶ Pravni osnov za donošenje ove uredbe predstavlja Ugovor iz Mastrihta. Uredba se primenjuje od 1. januara 2004. godine.

Uredba 1206/2001⁷ ne reguliše dokazivanje uopšte, već samo jedan njegov element, postupak za prikupljanje dokaza⁸ u inostranstvu. Ova Uredba primenjuje se kada sud države članice⁹ (u daljem tekstu: sud molilac), u skladu sa pravom te države, zahteva od nadležnog suda (u daljem tekstu: zamoljeni sud) druge države članice izvođenje dokaza ili zahteva da u drugoj državi članici neposredno izvede određeni dokaz (čl. 1, st. 1 Uredbe).

Izvođenje dokaza ne može se zahtevati ako dokazi nisu namenjeni za upotrebu u sudskom postupku koji je pokrenut ili čije se pokretanje planira (čl. 1, st. 2 Uredbe).

Uredba se sastoji iz preambule, 24 člana i jednog aneksa, u kome se nalazi 10 obrazaca. Standardizovani obrasci prevedeni su na jezike svih država članica, a na osnovu njih je omogućena direktna saradnja između sudova, u skladu sa čl. 2 Uredbe kojim je propisano da sud pred kojim je postupak pokrenut, ili pred kojim će biti pokrenut, upućuje zahtev za izvođenje dokaza direktno sudu druge države članice koji je nadležan za izvođenje dokaza. Svaka država članica sastavlja spisak sudova nadležnih za izvođenje dokaza u kome se navodi mesna, i, kada je potrebno, i stvarna nadležnost tih sudova.¹⁰

U redovima koji slede biće prikazane i kritički analizirane najznačajnije odredbe Uredbe 1206/2001, njihov praktičan značaj i problemi koji se mogu pojaviti u primeni, ali i kompatibilnost sa odredbama domaćeg procesnog prava, imajući u vidu da se Srbija nalazi u procesu pridruživanja Evropskoj uniji i da na tom putu teži harmonizaciji sopstvenih propisa

6 Council regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, *OJ L 174/1*, 27. 6. 2001.

7 Uredba, kao vrsta pravnog akta, neposredno se i istovremeno primenjuje u svim državama članicama. Njeno transponovanje u nacionalno zakonodavstvo nije potrebno.

8 Uredba ne definiše pojam dokaza. Za potrebe ove Uredbe koristi se tumačenje Evropskog suda pravde dato u slu čaju *TEDESCO*, prema kome je dokaz bilo koje sredstvo pogodno za dobijanje informacija relevantnih za postupak (*Opinion of Advocate General Kokott*, Case 175/06; Rijavec, 2015: 42).

9 „Države članice“ jesu sve države članice EU osim Danske.

10 Spisak sudova može se naći na https://e-justice.europa.eu/content_taking_evidence-374-en.do, preuzeto 19. 9. 2017. godine.

sa propisima ove organizacije. Pristupanjem EU, u Srbiji će se i Uredba 1206/2001 neposredno primenjivati. Ipak, i do tada je poželjno postići što viši stepen sličnosti domaćih propisa sa propisima EU, radi olakšane primene propisa u sporovima sa prekograničnim elementom.

2. Pružanje (međunarodne) pravne pomoći

U srži ove Uredbe nalazi se potreba za pružanjem međunarodne pravne pomoći u oblasti prikupljanja dokaza. Njeno usvajanje predstavlja nastavak nastojanja da se olakša rad sudova u ovoj oblasti, započetih donošenjem Haške konvencije o građanskom postupku iz 1954. godine,¹¹ a znatno uznapredovalih usvajanjem Haške konvencije o pribavljanju u inostranstvu dokaza u građanskim i trgovinskim stvarima iz 1970. godine.¹² Iako se za Hašku konvenciju o pribavljanju u inostranstvu dokaza u građanskim i trgovinskim stvarima može reći da je postavila zdrave temelje prekogranične saradnje sudova u domenu prikupljanja dokaza, Uredba 1206/2001 donosi izvesne novine, ili unapređuje saradnju u oblasti direktne komunikacije između sudova, neposrednog izvođenje dokaza u drugoj državi, uvođenja standardnih obrazaca i pravila u pogledu jezika. Najvažnije od svega, ona princip suverenosti države podređuje saradnji između država u sferi dokazivanja (Freudenthal, 2003: 7).

Pravna pomoć može se razumeti u užem i širem smislu. U širem smislu ona predstavlja pomoć koju jedan sud pruža drugome u vršenju njegove funkcije, a u užem smislu jeste pomaganje jednog suda drugom sudu u preduzimanju pojedinih radnji koje se preduzimaju van glavne rasprave (Stanković, 2010: 120). Pravna pomoć može biti pružena između domaćih sudova i na međunarodnom planu.

Da bi međunarodna pravna pomoć bila pružena, potrebno je da budu ispunjene određene pretpostavke. Pretpostavke se tiču samog zahteva za ukazivanje međunarodne pravne pomoći, postojanja uzajamnosti između države koja upućuje zahtev i zamoljene države i činjenice da sama radnja nije protivna javnom poretku zamoljene države (Vuković, Kunštek, 2005:

11 Uredba o ratifikaciji Haške konvencije o građanskom postupku, *Sl. list FNRJ – međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 6/62.

12 Zakon o potvrđivanju Konvencije o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovačkim stvarima, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 1/2010 i 13/2013. Jedan od razloga za donošenje Uredbe bio je i taj što je u vreme njenog usvajanja Haška konvencija važila samo između 11 država članica EU (Đundić, 2009: 172). Za države EU Uredba predstavlja naslednicu Haške konvencije o pribavljanju u inostranstvu dokaza u građanskim i trgovinskim stvarima, dok ova Haška konvencija nastavlja da važi među zemljama koje nisu članice EU ili ih Uredba ne obavezuje (Danska).

225–226). Na tim pretpostavkama temelje se i odredbe domaćeg Zakona o parničnom postupku.¹³ Pod rubrumom „Pravna pomoć“ nalaze se kako pravila koja se odnose na pružanje domaće, tako i pravila koja se odnose na pružanje međunarodne pravne pomoći.

Članom 176 ZPP propisano je da će sudovi ukazati pravnu pomoć stranim sudovima na način propisan zakonom, međunarodnim ugovorom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, kao i ako postoji uzajamnost u ukazivanju pravne pomoći. U slu čaju sumnje o postojanju uzajamnosti, obaveštenje daje ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa. Prema čl. 177 ZPP, sudovi pružaju pravnu pomoć stranim sudovima na način propisan u domaćem zakonu. Radnja koja je predmet zamolnice stranog suda može da se preduzme i na način koji zahteva strani sud, ako takav postupak nije protivan javnom poretku Republike Srbije. U čl. 178 ZPP propisano je da ako zakonom, međunarodnim ugovorom i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava nije drugačije predviđeno, sudovi će uzimati u postupak zamolnice stranih sudova za pružanje pravne pomoći, samo ako su dostavljene diplomatskim putem i ako su zamolnica i prilozi sastavljeni na srpskom jeziku ili ako je priložen overen prevod. *Vice versa*, ako međunarodnim ugovorom nije drugačije predviđeno, zamolnice domaćih sudova za pravnu pomoć dostavljaju se stranim sudovima diplomatskim putem. Zamolnice i prilozi moraju da budu sastavljeni na jeziku zamoljene države ili uz njih mora da bude priložen njihov overeni prevod (čl. 179 ZPP).

Pravna pomoć se, u skladu sa Uredbom, može pružiti na dva načina. Prvi način je da zamoljeni sud, na osnovu zahteva molbenog suda, sam izvede dokaze. Tekstom Uredbe propisane su forma i sadržina zahteva koji se upućuje zamoljenom sudu, jezik na kojem bi zahtev trebalo da bude sačinjen i način na koji bi zahtev trebalo da bude dostavljen (čl. 4–6 Uredbe). Zahtev treba da sadrži podatke o sudu koji zahteva izvođenje dokaza, podatke o strankama, kratak opis činjeničnog stanja i dokaza koji treba da budu izvedeni, podatke o osobi koja treba da bude saslušana, uključujući i pitanja koja treba da joj budu postavljena, slučajeve u kojima svedočenje može da odbije kao i eventualnu okolnost da saslušanje treba da se izvede pod zakletvom. Treba da bude sastavljen na službenom jeziku zamoljene države, odnosno na jeziku ili jezicima u službenoj upotrebi ili na drugom jeziku koji je zamoljena država dopustila. Svaka država članica dužna je da navede službene jezike ili jezike organa Evropske zajednice na kojima zahtev može biti sastavljen (čl. 5 Uredbe). Zahtev

13 Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 42/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014, u daljem tekstu i ZPP.

će biti dostavljen na najbrži mogući način sa kojim se zamoljena država saglasila. To je svaki onaj način koji omogućava da sadržina zahteva bude verno preneti (čl. 6 Uredbe).

Drugi način za pružanje pravne pomoći jeste da molbeni sud u drugoj državi članici neposredno izvede dokaz, što je regulisano čl. 17 Uredbe. Da bi do neposrednog izvođenja dokaza došlo, potrebno je da molbeni sud podnese zahtev centralnom telu ili drugom nadležnom telu, na odgovarajućem obrascu koji predstavlja prilog Uredbi. Neposredno izvođenje dokaza dopušteno je samo onda kada se može ostvariti na dobrovoljnoj bazi, bez upotrebe mera prinude. Ukoliko postoji potreba da se, u cilju izvođenja dokaza, sasluša određena osoba, ona mora biti upozorena da se saslušanje obavlja na dobrovoljnoj bazi. Centralno telo države članice (ustanovljeno u svrhu primene ove Uredbe) u kojoj će se izvesti dokaz može da odredi domaći sud koji će učestvovati u izvođenju dokaza, kako bi se obezbedila dosledna primena čl. 17 Uredbe i poštovanje propisanih uslova. Naročito se podstiče upotreba sredstava moderne tehnologije, a posebno video i telekonferencijske veze. Zamoljena država može odbiti zahtev ukoliko on ne spada u nadležnost Uredbe, ne sadrži sve potrebne elemente (u skladu sa čl. 4 Uredbe) ili ukoliko je neposredno izvođenje dokaza u suprotnosti sa osnovnim načelima pravnog poretka te države članice. Sud koji je podneo zahtev izvršava ga na osnovu prava sopstvene države.

Mogućnost da se dokazi izvode neposredno na teritoriji druge države potpisnice pružala je i Haška konvencija iz 1970. godine, s tim što su države bile u prilici da stave rezervu na određene članove ili čitave glave Konvencije.

Komparativnom analizom odredaba Uredbe i ZPP, dolazi se do zaključka da primena Uredbe u delu koji se odnosi na neposredno izvođenje dokaza ne bi bila u suprotnosti sa pravilima domaćeg zakonodavstva, te da izmena zakonskih propisa ne bi bila nužna. To se može potkrepiti i činjenicom da Srbija nije stavila rezerve na primenu Haške konvencije iz 1970. godine, koja takođe ostavlja ovu mogućnost.¹⁴ Ipak, pojedine države članice EU, poput Hrvatske, izmenile su pravila kojima je uređena parnična procedura upravo u cilju olakšane primene pravila EU.¹⁵

14 Spisak država koje su ratifikovale Konvenciju, uz napomenu da li su stavile rezervu može se naći na <http://www.w.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>, preuzeto 22. 9. 2017.

15 Da bi pravila parnične procedure harmonizovala sa važećim propisima EU, Hrvatska je novelirala svoj Zakon o parničnom postupku u (*Narodne novine*, 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13,

3. Savremena tehnologija u službi pružanja pravne pomoći

Jedan od načina za izvođenje dokaza, prema Uredbi, jeste upotreba savremene komunikacijske opreme. Već u čl. 8 preambule naglašeno je da se države članice moraju starati da se zahtev za izvođenje dokaza realizuje neposredno i sredstvima koja omogućavaju efikasnost postupka. Članom 10, stav. 3 Uredbe propisano je da sud molilac može zahtevati od zamoljenog suda da prilikom izvođenja dokaza koristi savremena sredstva komunikacije, posebno video i telekonferencijsku vezu, a čl. 17, st. 4 je naglašeno da će centralno telo podsticati upotrebu savremene tehnologije u slučaju neposrednog izvođenja dokaza. Da bi se omogućila primena ovog pravila iz Uredbe, izdata je i posebna publikacija – Upotreba (video)konferencijske veze za prikupljanje dokaza u građanskim i trgovačkim stvarima u skladu sa Uredbom 1206/2001 – praktično uputstvo.¹⁶ U Uputstvu su ponuđeni odgovori na brojna pitanja, a između ostalog – kako se može doći do saznanja da li će država članica dozvoliti neposredno izvođenje dokaza putem video-konferencije, da li postoje ograničenja u smislu vrste dokaza koji se može izvesti, kako naći najbliži sud koji je opremljen odgovarajućom tehničkom opremom i sl.

Zakon o parničnom postupku propisuje da se svedoci, u skladu sa čl. 245, st. 1 ZPP, po pravilu saslušavaju neposredno na ročištu. Sud može, međutim, rešenjem da odluči da se izvede dokaz čitanjem pisane izjave svedoka u kojoj se navode saznanja o bitnim spornim činjenicama, odakle su mu one poznate i u kakvom je odnosu sa strankama u postupku. Pisana izjava svedoka mora da bude overena u sudu ili od strane lica koje vrši javna

89/14). Pod rubrumom „Izvođenje dokaza prema Uredbi (EZ) br. 1206/2001 Veća od 28. maja 2001. godine o saradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim i trgovinskim stvarima (u daljem tekstu: Uredba 1206/2001) redigovani su članovi 507d do 507h, koji služe upodobljavanju hrvatskog parničnog postupka sa pravom EU u sferi prekograničnog prikupljanja dokaza. Prema čl. 507d ZPP Hr, kada se izvođenje dokaza treba obaviti prema Uredbi 1206/2001, sud može zatražiti izvođenje dokaza neposredno od nadležnog suda u drugoj državi članici ili, u skladu sa pretpostavkama iz čl. 17 Uredbe 1206/2001, zatražiti neposredno izvođenje dokaza u drugoj državi članici. Sudija pojedinac ili ovlašćeni član veća hrvatskog suda koji zahteva izvođenje dokaza može, u slučajevima na koje se primenjuje Uredba 1206/2001, i u skladu sa tom Uredbom, biti prisutan i u čestvovati u izvođenju dokaza pu tem zamoljenog stranog suda. Stranke, njihovi zastupnici i veštaci mogu u čestvovati u postupku u obimu u kome bi u postupku pred hrvatskim sudom mogli u čestvovati u izvođenju dokaza. Izričito je naglašeno da sudija pojedinac ili član veća mogu neposredno uzvoditi dokaze u inostranstvu na osnovu čl. 17, st. 2 Uredbe 1206/2001.

16 Using videoconferencing to obtain evidence in civil and commercial matters under Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 (a practical Guide), <http://ec.europa.eu/civiljustice/>, preuzeto 29. 9. 2017.

ovlašćenja. Pre davanja izjave, lice koje uzima izjavu mora da upozori svedoka o pravima i dužnostima (svedoka) propisanim ZPP. U opisanom slu čaju (kada se stranke ne saslušavaju neposredno na ročištu), sud rešenjem može da odluči, po službenoj dužnosti ili na predlog stranke, da se svedok sasluša putem konferencijske veze, korišćenjem uređaja za tonsko ili optičko snimanje (čl. 245, st. 3). Protiv ovog rešenja nije dozvoljena posebna žalba, a izjavu svedoka može sudu da podnese stranka ili sud može da je zatraži od svedoka. Prema čl. 245, st. 6 ZPP, sud može uvek da pozove svedoka koji je dao pisanu izjavu ili čija je izjava snimljena da svoje svedočenje potvrdi pred sudom na ročištu. Članom 277 ZPP, predviđena je mogućnost i da se saslušanje stranaka, supsidijarno dokazno sredstvo, takođe obavi putem konferencijske veze. Zakon o parničnom postupku, dakle, ostavlja mogućnost i da se svedok sasluša uz pomoć uređaja za tonsko ili optičko snimanje, što domaći propis svrstava u red onih koji idu u korak sa savremenom tehnologijom.

Iako rezultati istraživanja pokazuju da se neposredno izvođenje dokaza retko koristi, upravo je saslušanje svedoka i veštaka putem video- konferencije najčešći oblik direktnog izvođenja dokaza. Kao razlozi za slabo korišćenje mogućnosti da se dokaz neposredno izvede navode se slabo poznavanje stranih jezika od strane sudija (nedovoljno dobro da bi se ispitali svedoci ili veštaci), odsustvo savremene tehnologije i propuštanje da se sudije obu će za neposredno izvođenje dokaza u inostranstvu (Study on the application of Articles 3(1)(C) and 3, and Articles 17 and 18 of the Council Regulation (EC) NO 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the member states in the taking of evidence in civil or commercial matters (u daljem tekstu: Study on the application of Articles), 2012: 12).

4. Neke specifičnosti zahteva za pružanje pravne pomoći iz vizure građanskog procesnog prava

Kako je već naglašeno, čl. 4 Uredbe propisana je bitna sadržina zahteva. Zahtev, dakle, treba da sadrži podatke o sudu koji zahteva izvođenje dokaza, podatke o strankama, kratak opis činjeničnog stanja i dokaza koji treba da budu izvedeni, podatke o osobi koja treba da bude saslušana, uključujući i pitanja koja treba da joj budu postavljena, slučajeve u kojima svedočenje može da odbije kao i eventualnu okolnost da saslušanje treba da se izvede pod zakletvom. U nastavku rada biće sagledane procesnopravne posledice pojedinih propisanih rešenja – odbijanja i zabrane svedočenja i polaganja zakletve, kroz prizmu važećeg Zakona o parničnom postupku.

Zahtev za izvođenje dokaza može da sadrži napomenu o slu čajevima u kojima je dozvoljeno da se odbije saslušanje lica prema pravilu države suda molioca. To pitanje usko je povezano sa mogućnošću upotrebe dokaza pribavljenih na nezakonit način. Naime, osim dokaza koji su pribavljeni izvršenjem nekog krivičnog dela, u uporednom zakonodavstvu, teoriji i praksi pod dokazima pribavljenim na nedopušten način smatraju se i oni pribavljeni u suprotnosti sa odredbama parničnog postupka.¹⁷ Zakonom o parničnom postupku nije regulisana upotreba dokaza pribavljenih na nezakonit način, a, samim tim, nema ni određenja ovog važnog pojma. Članom 247 ZPP propisano je da se kao svedok ne može saslušati lice koje bi svojim iskazom povredilo dužnost čuvanja tajne, dok ga nadležni organ ne oslobodi te dužnosti. U narednom, 248 članu, navodi se da svedok može¹⁸ uskratiti svedočenje o onome što mu je stranka kao svom punomoćniku poverila; onome o čemu se stranka ili drugo lice svedoku kao verskom ispovedniku poverila; činjenicama koje je svedok saznao kao advokat, lekar ili u vršenju nekog drugog zanimanja, ako postoji obaveza čuvanja profesionalne tajne.¹⁹ Na pitanje kako postupiti ukoliko se pravila o uskraćivanju svedočenja razlikuju u državi suda molioca i zamoljenog

17 U Austriji je, na primer, zabranjeno odavanje informacije koja je jednom licu poverena kao svešteniku ili medijatoru ili koja predstavlja državnu tajnu, osim ako je lice oslobođeno čuvanja te tajne. U Nemačkoj ne smeju da svedoče lica koja u čestvuju, ili su u čestvovala u pripremanju, izradi ili distribuiranju štampanih medija ili emitovanju radio i tv programa, ukoliko na taj način može da bude povređena tajnost poverljivog izvora kao i lica kod kojih, s obzirom na njihovu profesiju ili status, na osnovu zakona ili po prirodi stvari, postoji obaveza čuvanja profesionalne tajne (Tasić, 2016: 718).

18 Skrenula bih pažnju na nekorektnu upotrebu termina u ovom članu. Sintagma „svedok može uskratiti“ upuću je da je odluka o uskraćivanju svedočenja produkt njegove slobodne volje, a ne jasna zakonska zabrana, zapravo. Zakon o advokaturi (*Sl. glasnik RS*, 31/2011 i 24/2012 – odluka US) u čl. 20 propisuje da je advokat dužan da, u skladu sa statu tom advokatske komore i kodeksom, čuva kao profesionalnu tajnu i da se stara da to čine i lica zaposlena u njegovoj advokatskoj kancelariji, sve što mu je stranka ili njegov ovlašćeni predstavnik poverio ili što je u predmetu u kome pruža pravnu pomoć na drugi način saznao ili pribavio, u pripremi, tokom i po prestanku zastupanja.

19 To lice može biti i medijator. Zakon o posredovanju u rešavanju sporova, *Sl. glasnik RS*, 55/2014, u čl. 13, st. 2 uređuje da su strane, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici, posrednik, treća lica koja prisustvuju postupku posredovanja, kao i lica koja obavljaju administrativne poslove za potrebe posredovanja, dužni da sve podatke, predloge i izjave u vezi sa postupkom posredovanja čuvaju kao tajnu i odgovaraju za štetu nastalu kršenjem ove obaveze. Zakon o javnom informisanju i medijima, *Sl. glasnik RS*, 83/2014, 58/2015 i 12/2016 – au tentično tumačenje, u čl. 52 propisuje da novinar nije dužan da otkrije izvor informacije, osim podataka koji se odnose na krivično delo, odnosno u činioca krivičnog dela za koje je kao kazna

suda odgovor daje čl. 14, st. 1 Uredbe. Njime je propisano da se i osoba koja treba biti saslušana može i sama pozvati na pravila o uskraćivanju ili zabrani svedočenja, bilo po pravu države zamoljenog suda, bilo po pravu države iz koje je sud molilac. Na taj način se, posredno, ne daje primat nijednom zakonodavstvu u pogledu opsega pojma dokaza pribavljenih na nedopušten način.

Zahtev da svedok pre davanja iskaza položi zakletvu, predstavlja anahrono rešenje pojedinih uporednih zakonodavstava.²⁰ Ipak, uvažavajući različitost pravnih propisa, Uredbom (čl. 4, st. 1, t. e) je predviđena mogućnost da sud molilac u zahtevu naglasi da je potrebno da se osoba sasluša pod zakletvom ili uz davanje određene izjave, ili u određenoj propisanoj formi. Kako srpsko građansko procesno pravo ne poznaje ovakvu obavezu za lice koje se sasluša, otvara se pitanje koja je dokazna snaga izjave koja nije data pod zakletvom. Ipak, „praksa je pokazala da ovakav nedostatak ne bi smeo ugroziti vrednost dokaza pribavljenih u slučajevima sa prekograničnim elementom“ (Rijavec, 2015: 43).

5. Mere prinude

Upotreba mera prinude regulisana je čl. 13 Uredbe. Ukoliko je to neophodno, zamoljeni sud primeniće odgovarajuće mere prinude u slučajevima i u obimu u kojem domaće pravo to predviđa za izvršenje zahteva koji bi u iste svrhe bio podnet od strane nacionalnih organa ili jedne od zainteresovanih strana. Mere prinude prema strankama u građanskom sudskom postupku nisu predviđene domaćim pravom. Ni prema kome se ne može primeniti mera kojom se ugrožava njegov telesni integritet (uzimanje uzorka krvi za DNK analizu u maternitetskim i paternitetskim parnicama, na primer). Ne mogu se primeniti nikakve prinudne mere preme stranci koja se nije odazvala pozivu suda radi saslušanja, niti se stranka može prinuditi na davanje iskaza.²¹ Sud će, s obzirom na sve okolnosti, da odluči od kakvog je značaja što stranka

propisan zatvor u trajanju od najmanje pet godina, ako se podaci za to krivično delo ne mogu pribaviti na drugi način.

20 Kako se u literaturi navodi, „u svetu oslobođenom predrasuda i religioznih spona, zakletva gotovo da nema značaj“ (Triva, Dika, 2004: 523). Ipak, pojedina zakonodavstva, poput belgijskog, predviđaju novčanu kaznu ukoliko svedok odbije da položi zakletvu, dok druga (Švedska), daju manju pravnu snagu izjavama koje nisu date pod zakletvom (Study on the application of Articles, 2012: 79–81).

21 Slična je situacija i u državama SRFJ koje su članice EU – za Hrvatsku opširnije Uzelac, 2015: 4–7, za Sloveniju Rijavec, 2015: 47. Za ostale države EU – Study on the application of Articles, 2012: 117–119.

nije došla na saslušanje ili što je uskratila iskaz (čl. 282 ZPP). Sa druge strane, u skladu sa čl. 257, st. 1 ZPP, ako svedok koji je uredno pozvan ne dođe, a izostanak ne opravda ili se bez odobrenja ili opravdanog razloga udalji sa mesta gde treba da bude saslušan, sud može da naredi da se prinudno dovede i snosi troškove dovođenja, a može i da ga kazni novčanom kaznom od 10 000 do 150 000. Ista pravila važe i za svedoka koji odbije svedočenje ili neopravdano uskrati odgovor na pojedina pitanja. U skladu sa čl. 190, st. 3 ZPP, ako kažnjeno fizičko lice ne plati novčanu kaznu u roku određenom u rešenju o kažnjavanju, sud će novčanu kaznu da zameni kaznom zatvora, u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršenje krivičnih sankcija. Na isti način postupaju se i sa veštacima koji neopravdano uskrate veštačenje.

Sud države koja podnosi zahtev može, ukoliko su propisi o korišćenju prinude drugačiji, tražiti da se prilikom uzimanja dokaza primeni procesno pravo te države. Država u kojoj se izvršava zahtev može ga pak odbiti, ukoliko je to u suprotnosti sa njenim propisima ili postoje očigledne praktične poteškoće za njegovo ostvarivanje (čl. 10, st. 3 Uredbe).

6. Zaključne napomene

Uredba 1206/2001 predstavlja važan dokument kojim se omogućava prikupljanje dokaza u inostranstvu među državama članicama Evropske unije. Osim „tradicionalnog“ metoda za pružanje pravne pomoći u oblasti prikupljanja dokaza, gde zamoljeni sud, po zahtevu suda molioca, prikuplja dokaze, Uredba ostavlja i mogućnost da sud molilac neposredno izvede dokaz u drugoj državi. Iako predviđena i Haškom konvencijom o prikupljanju dokaza u inostranstvu iz 1970. godine, ova mogućnost podignuta je na viši nivo na taj način što države članice ne mogu da stave rezervu na primenu ovog člana. Time je princip suverenosti države podređen potrebi za saradnjom država članica u prikupljanju dokaza. Rešenja sadržana u Zakonu o parničnom postupku Republike Srbije u velikoj meri kompatibilna su sa onima sadržanim u Uredbi. Ipak, iako se uredbe kao vrsta pravnih akata u EU neposredno primenjuju, te nije potrebna promena zakonskih propisa, ipak je primer Hrvatske, koja je u ZPP inkorporirala odredbe koje olakšavaju primenu Uredbe, pozitivno uporednopravno rešenje.

Literatura

Đundić, P. (2009). Uredba o saradnji između sudova država članica u pribavljanju dokaza u građanskim i trgovinskim stvarima (EC 1206/2001). *Vodič kroz pravo Evropske unije*. Beograd: Službeni glasnik: Institut za međunarodnu politiku i privredu: Pravni fakultet, str. 171–178.

Freudenthal, M. (2003). The Future of European Civil Procedure. *European Journal of Comparative Law*. Vol 7.5 (2003), <https://www.ejcl.org/75/art75-6.html>

Rijavec, V. (2015). Glavne karakteristike EU Uredbe o dokazima. *Aktualnosti Građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća (Zbornik radova sa međunarodnog savjetovanja)*. Split, str. 39–50.

Sladić, J. Uzelac A. (2016). Assesment of Evidence. *Dimension of Evidence in European Civil Procedure*. The Netherlands Kluwer Law International BV, pp. 107–131.

Stanković, G. (2010). *Građansko procesno pravo (prva sveska – parnično procesno pravo)*. Niš: Pravni fakultet u Nišu – Centar za publikacije.

Study on the application of Articles 3(1)(C) and 3, and Articles 17 and 18 of the Council Regulation (EC) NO 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the member states in the taking of evidence in civil or commercial matters.(2012).

Tasić, A. (2016). The use of illegally obtained evidence in civil proceedings. *Legal, socail and political control in national, international and EU law (Collection of papers from the International scientific conference)*. Niš: Faculty of Law, University of Niš, pp. 713–727.

Triva, S. Dika, M. (2004). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Using videoconferencing to obtain evidence in civil and commercial matters under Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 (a practical Guide), <http://ec.europa.eu/civiljustice/>, preuzeto 29. 9. 2017.

Uzelac, A. (2015). Coercive measures applied to individuals. *XV World congress of the internatyional association of procedural law*. Istanbul, 26–29. May 2015.

Van Rhee, C.H. Uzelac, A.(2015). Evidence in Civil Procedure: The Fundamentals in Light of the 21st Century, in: C.H. van Rhee and A. Uzelac (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure: Fundamental Issues in a Comparative Perspective*. Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia, pp. 3–13.

Vuković, Đ. Kunštek, E. (2005). *Međunarodno građansko postupovno pravo*. Zagreb: Zgombić & Partneri.

Wagner, G. (2011). *Harmonization of Civil Procedure - Policy Perspectives*.
Preuzeto

23. 8. 2016. <http://ssrn.com/abstract=1777233>.

Zakon o advokaturi, *Sl. glasnik RS*, 31/2011 i 24/2012 – odluka US.

Zakon o javnom informisanju i medijima, *Sl. glasnik RS*, 83/2014, 58/2015 i 12/2016 – autentično tumačenje.

Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 42/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014.

Zakon o parničnom postupku, *Narodne novine*, 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13,

89/14. Zakon o posredovanju u rešavanju sporova, *Sl. glasnik RS*, 55/2014.

Zakon o potvrđivanju Konvencije o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim i trgovačkim stvarima, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 1/2010 i 13/2013.

Uredba o ratifikaciji Haške konvencije o građanskom postupku, *Sl. list FNRJ – međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 6/62.

Council regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, *OJ L 174/1*, 27. 6. 2001.

The Treaty on European Union, *OJ C 191*, 29. 7. 1992.

Treaty of Amsterdam, *OJ C 340*, 10. 11. 1997.

Treaty of Lisbon, *OJ C 306*, 17. 12. 2007.

Opinion of Advocate General Kokott, Case 175/06.

https://e-justice.europa.eu/content_taking_evidence-374-en.do, preuzeto 19. 9. 2017. godine.

<https://www.w.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>, preuzeto 22. 9. 2017.

<http://ec.europa.eu/civiljustice/>, preuzeto 29. 9. 2017.

Anđelija Tasić, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

TAKING OF EVIDENCE ABROAD IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS: The influence of international and regional documents on Serbian legislation

Summary

In order to bring a lawful and fair decision, the competent court has to make a proper assessment of all the collected facts and evidence. Therefore, the process of fact-finding and the assessment of evidence are the essence of the civil procedure. In case legally relevant facts are based on evidence that has to be taken abroad, court cooperation in taking evidence is crucial for successful completion of litigation proceedings. Generally, civil procedure is still resistant to the globalization influences, as it is largely regulated by national legislations. Nevertheless, in order to strengthen court cooperation in the area of civil procedure, the international community brought some important documents. In addition to the Hague Convention on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters (1970), the European Union adopted a very significant Council Regulation (EC) 1206/2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters. Given the fact that Serbia has ratified this Hague Convention and aims to harmonize the national legislation with EU legislation in the ongoing EU accession process, it is necessary to analyze the impact of these strategically important international and regional documents on shaping the legal framework in Serbian civil procedure, and to discuss the problems in legal practice arising thereof.

Keywords: *fact-finding, the assessment of evidence, the Hague Convention on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters, Regulation (EC) 1206/2001, Serbian legislation*

Dr Nataša Stojanović,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776511S

UDK: 347.65/.68:347.961](497.1)
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

OVLAŠĆENJA JAVNIH BELEŽNIKA U UREĐENJU PORODIČNOPRAVNIH ODNOSA U DRŽAVAMA NA PROSTORU BIVŠE SFRJ

Apstrakt: U radu autor kroz prizmu rešenja sadržanih u porodičnim zakonima, propisima o životnom partnerstvu lica istog pola, zakonima o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, kao i propisima o javnom beležništvu država na prostoru bivše SFRJ osvjetljava ovlašćenja javnih beležnika u porodičnopравnim stvarima. Pažnja autora usmerena je na uočavanje sličnosti i razlika, te prednosti i nedostataka u normiranju nadležnosti javnih beležnika u: postupku utvrđivanja vanbračnog očinstva priznanjem, postupku biomedicinski potpomognute oplodnje, postupku sporazumnog razvoda braka, kao i u uređenju ličnoimovinskih i imovinskih odnosa supružnika, vanbračnih partnera i srodnika. Po ugledu na legislativu država na prostoru bivše SFRJ, posvećenu ulozi javnih beležnika u porodičnopравnim stvarima, autor ukazuje na potrebu preciziranja i pojašnjenja pojedinih zakonskih rešenja kako bi se ona jednako primenjivala na sve učesnike u pravnom prometu, kao i na mogućnost proširivanja nadležnosti javnih beležnika u sferi sporazumnog razvoda braka, kada supružnici nemaju zajedničku decu nad kojom vrše roditeljsko pravo.

Ključne reči: porodičnopравni odnosi, javno beležništvo, zakonodavstvo država na prostoru bivše SFRJ.

* natasa@prafak.ni.ac.rs

1. Uvodne napomene

U širokom spektru ovlašćenja koja pravni poreci priznaju javnim beležnicima (notarima) u oblasti građanskog prava, posebno mesto pripada onim koja se tiču porodičnopravnih odnosa. Ta posebnost se naročito ogleda u činjenici da porodičnopravnu sferu prožimaju interesi pojedinaca, ali i interesi celokupnog društva, te da ona predstavlja sveukupnost ličnih, ličnoimovinskih i imovinskih odnosa supružnika, vanbračnih ili istopolnih partnera, kao i drugih članova porodične zajednice.

U državama sa prostora bivše SFRJ postupanje javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima uređeno je porodičnim zakonima,¹ zakonima

1 Na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine u primeni su: Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (*Službene novine Federacije BiH*, br. 35/2005 – prečišćen tekst i 31/2014. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica PZFBH); Porodični zakon Republike Srpske (*Službeni glasnik RS*, br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica PZRSr) i Porodični zakon Brčko distrikta BiH (*Službeni glasnik BD*, br. 23/2007. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica PZBD). U Republici Makedoniji primenjuje se Porodični zakon (Zakon za semejtstvo, *Služben vesnik na RM*, br. 153/2014. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica PZRM). U Republici Crnoj Gori to je Porodični zakon (*Službeni list RCG*, br. 1/2007 i 53/2016. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica PZRCG). Za područje Republike Hrvatske u primeni je Porodični zakon (Obiteljski zakon, *Narodne novine*, br. 103/2015. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica PZRH). U Republici Sloveniji trenu tno se primenjuje Zakon o bračnim i porodičnim odnosima (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, *Uradni list SRS*, št. 15/1976, 1/1989, 64/2001, 16/2004, 101/2007, 90/2011, 84/2012 i 82/2015), ali je ova država donela novi Porodični zakon (Družinski zakonik, *Uradni list*, št. 15/2017. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica PZRSI) koji je već stupio na pravnu snagu. Ovaj zakonski tekst počinje da se primenjuje od 31. marta 2019. godine, ali je zbog uključenja javnih beležnika u postupak sporazumnog razvoda braka predmet naše pažnje. Na prostoru Republike Srbije primenjuje se Porodični zakon (*Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – drugi zakon i 6/2015. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica PZRS).

o javnom beležništvu,² zakonima o biomedicinski potpomognutoj oplodnji³ i zakonima o životnom partnerstvu osoba istog pola.⁴

2 Za Republiku Hrvatsku to je Zakon o javnom beležništvu (Zakon o javnom bilježništvu, *Narodne novine*, br. 78/1993, 29/1994, 162/1998, 16/2007, 75/2009 i 120/2016. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica ZJBRH). U Republici Sloveniji primenjuje se Zakon o notarijatu (Zakon o notariatu, *Uradni list RS*, št. 13/1994, 48/1994, 82/1994, 83/2001, 73/2004, 98/2005, 17/2006, 115/2006, 33/2007, 45/2008 i 91/2013. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica ZNRSI). Na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine u primeni su: Zakon o notarima Federacije Bosne i Hercegovine (*Službene novine Federacije BiH*, br. 49/2002. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica ZNFBH); Zakon o notarima Republike Srpske (*Službeni glasnik RS*, br. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005, 91/2006, 37/2007, 74/2007 – odluka Ustavnog suda, 50/2010, 78/2011, 20/2014 i 68/2017. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica ZNRSr) i Zakon o notarima Brčko distrikta BiH (*Službeni glasnik BD*, br. 9/2003 i 17/2006. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica ZNBD). U Republici Crnoj Gori u primeni je Zakon o notarima (*Službeni list RCG*, br. 68/2005, 49/2008 i 55/2016. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica ZNRCG). U Republici Makedoniji primenjuje se Zakon o notarijatu (Zakon za notarijat, *Služben vesnik na RM*, br. 72/2016. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica ZNRM). Za Republiku Srbiju to je Zakon o javnom beležništvu (*Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – drugi zakon, 93/2014 – drugi zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica ZJBRS).

3 Na teritoriji Republike Makedonije primenjuje se Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji (Zakon za biomedicinsko potpomognuto oplod u vanje, *Služben vesnik na RM*, br. 37/2008, 149/2014, 192/2015 i 37/2016. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica ZBPORM). U Republici Crnoj Gori primenjuje se Zakon o liječenju neplodnosti asistiranim reproduktivnim tehnologijama (*Službeni list RCG*, br. 74/2009. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica ZLNARTRCG). U Republici Hrvatskoj u primeni je Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji (*Narodne novine*, br. 86/2012. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica ZMPORH). U Republici Sloveniji to je Zakon o lečenju neplodnosti u postupcima oplodnje biomedicinskom pomoći (Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oplodit ve z biomedicinsko pomočjo, *Uradni list*, št. 70/2000 i 15/2017. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica ZLNPOBPRSI). U Republici Srbiji u primeni je Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji (*Službeni glasnik RS*, br. 40/2017. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica ZBPORS). Federacija Bosna i Hercegovina još nema zakonski tekst na ovu tematiku, ali postoji Nacrt Zakona o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognuto tom oplodnjom (U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica NZLNBPOFBH, na internet stranici http://www.parlamentfbi.gov.ba/dom_naroda/v2/userfiles/files/1/%20u%proceduri_2017/Nacrt%20zakona%20BMPO%20b.pdf. Pristup ostvaren 20. avgusta 2017. godine).

4 Za teritoriju Republike Slovenije to je Zakon o partnerskoj vezi (Zakon o partnerski zvezi, *Uradni list*, br. 33/2016. U produžetku rada biće korišćena i skraćenica ZPVRSI), a za teritoriju Republike Hrvatske to je Zakon o životnom partnerstvu osoba istog pola (Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, *Narodne novine*, br. 92/2014. U nastavku rada biće upotrebljena i skraćenica ZŽPOIPRX).

Predmet naše pažnje jesu ovlašćenja koja javni beležnici imaju: u postupku utvrđivanja vanbračnog očinstva priznanjem, u postupku biomedicinski potpomognute oplodnje, u postupku sporazumnog razvoda braka, kod uređivanja ličnoimovinskih i imovinskih odnosa supružnika, vanbračnih partnera, istopolnih partnera i drugih članova porodične zajednice, sa ciljem da se ispituju i utvrde sličnosti i razlike u rešenjima država sa prostora nekadašnje SFRJ, te njihove prednosti i nedostaci, sa posebnim akcentom na legislativu Republike Srbije.

2. Postupak utvrđivanja vanbračnog očinstva i materinstva priznanjem

Kao što je poznato, poreklo deteta rođenog van braka u odnosu na majku redovno se utvrđuje putem maksime *Mater semper in iure certa est*, budući da je to žena koja je dete rodila. Ako to nije moguće, onda se materinstvo utvrđuje priznanjem ili sudskim putem. Isto tako, poreklo deteta rođenog van braka u odnosu na oca utvrđuje se priznanjem ili u sudskom postupku, istraživanjem očinstva.

Od država na prostoru bivše SFRJ jedino aktuelna zakonodavstva u Federaciji Bosni i Hercegovini i Brčko distriktu BiH regulišu mogućnost priznanja materinstva na isti način kao i priznanje očinstva.⁵

Da bi izjava o priznanju očinstva bila pravno validna i pritom proizvela dejstvo u pravnom prometu, potrebno je da lice koje daje takvu izjavu zadovolji određene kvalitete, da izjava bude data pred ovlašćenim licem i da se sa njenom sadržinom saglase ovlašćeni subjekti.

U većini bivših jugoslovenskih republika lice koje priznaje očinstvo mora da ima najmanje navršenih 16 godina života, da je sposobno da shvati smisao onoga što čini i kakve će to posledice proizvesti. Ista mogućnost priznaje se i delimično poslovno sposobnim licima.⁶

Hrvatski zakonodavac unekoliko odstupa od ovog rešenja, dozvoljavajući i maloletniku mlađem od 16 godina da prizna očinstvo, ali mu je potrebno odobrenje njegovog zakonskog zastupnika,⁷ čime se u značajnoj meri krnji lični karakter izjave o priznanju očinstva (tako i: Draškić, 2005: 204). Slovenački zakonodavac se ne izjašnjava o uzrastu lica koje priznaje svoje očinstvo, ali insistira da muškarac koji dete priznaje shvata smisao

5 Videti: čl. 56 PZFBH, kao i čl. 51–52 PZBD.

6 Videti: čl. 57 PZFBH, čl. 53 PZBD, čl. 55 PZRM, čl. 104 PZRCCG, čl. 63, st. 1, tač. 2 PZRH, čl. 114 PZRSr i čl. 46 PZRS.

7 Videti: čl. 63, st. 1, tač. 3 PZRH.

i posledice toga čina.⁸ Od pravila da je izjava o priznanju očinstva striktno vezana za ličnost onog ko je daje, te da je stoga zabranjeno zastupanje u ovom pravnom poslu, oglašuju se i legislatori u Republici Makedoniji i Republici Srpskoj, određivanjem mogućnosti priznanja očinstva preko punomoćnika.⁹

Ono što okupira našu pažnju jeste pred kojim ovlašćenim subjektom se može očinstvo priznati. Licu koje hoće da prizna očinstvo porodičnopravni propisi olakšavaju pravno delovanje, budući da takav jedan pravni posao može da se preduzme pred organom starateljstva, matičarem, sudijom ili javnim beležnikom, čime se u većoj meri poštuje princip najboljeg interesa deteta (Cvejić Jančić, 2007: 10). Osim toga, izjava o priznanju očinstva može biti sadržana u zaveštanju.^{10 11}

Zakonodavci u Republici Srpskoj, Republici Sloveniji i Republici Crnoj Gori na to ovlašćuju i bilo koji državni organ koji ima pravo da sastavlja javne isprave, a hrvatski zakonodavac konzularnog ili diplomatskog predstavnika koji vrši konzularne poslove.¹² Od bivših jugoslovenskih republika, dakle, jedino Republika Hrvatska i Republika Makedonija ne ovlašćuju javnog beležnika da može da uzme izjavu o priznanju očinstva.¹³

Ono u čemu, takođe, nema jedinstvenog gledanja na stvar jeste i pred kim treba da se saopšti saglasnost ovlašćenog lica u pogledu date izjave o priznanju očinstva. Za razliku od zakonodavaca Republike Crne Gore i Republike Srpske koji propisuju identično rešenje kao i za davanje izjave o priznanju očinstva,¹⁴ u makedonskim, hrvatskim, slovenačkim, srpskim porodičnopravnim propisima i zakonskim rešenjima Brčko distrikta BiH na ovu temu postoji praznina.¹⁵ Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine predviđa dvojni kolosek, propisujući identično rešenje za

8 Videti: čl. 116 PZRSl.

9 Videti: čl. 52 PZRM i čl. 113 PZRSr.

10 Videti: čl. 56 PZFBH, čl. 101 PZRCG, čl. 115 PZRSl, čl. 112 PZRSr i čl. 51 PZRS.

11 Usled loše stilizacije slova PZBD, može se izvesti zaklju čak da se izjava o priznanju očinstva ili materinstva može dati i pred zapisničarom. Videti: čl. 52, st. 1 POBD.

12 Videti: čl. 112, st. 1 PZRSr, čl. 115 PZRSl, čl. 101 PZRCG i čl. 62, st. 4 PZRH.

13 Videti: čl. 51, st. 2 PZRM i čl. 62, st. 1 i 3 PZRH.

14 Videti: čl. 105, st. 2 i čl. 106, st. 1 PZRCG, kao i čl. 117, st. 1 i čl. 119 PZRSr.

15 Videti: čl. 56, st. 1 i čl. 57, st. 1 PZRM, čl. 64 PZRH, čl. 117 PZRSl, čl. 48, st. 1 i čl. 49, st. 1 PZRS, kao i čl. 57 PZBD.

muškarca koji priznaje očinstvo i majku deteta,¹⁶ dok za dete stipuliše da se ono može saglasiti sa izjavom o priznanju očinstva samo pred organom starateljstva, njegovog mesta prebivališta, odnosno boravišta.¹⁷

Izmene i dopune Porodičnog zakona Republike Srbije ništa ne preciziraju o kakvoj vrsti isprave je reč koju sastavlja javni beležnik kada se izjava o priznanju očinstva daje pred njim. Na tu temu nešto su precizniji u formulacijama zakonodavci u Republici Crnoj Gori, Republici Sloveniji i Republici Srpskoj, koji koriste izraz „javna isprava“. U pravnoj literaturi ima mišljenja, sa pozivom na odgovarajuće odredbe porodičnopravnih propisa u Federaciji Bosni i Hercegovini, da se ovde radi o notarski obrađenim ispravama, što je zapravo forma javnobeležničkog zapisa (Povlakić, 2013: 262). Smatramo da je, barem kada je reč o pravnom prostoru Republike Srbije, preko potrebno precizirati koji oblik mora imati izjava o priznanju očinstva data pred javnim beležnikom. Takođe, interesi pravne sigurnosti nalažu da se stipuliše mogućnost davanja saglasnosti na saopštenju izjavu o priznanju očinstva od strane majke i deteta koje se priznaje pred javnim beležnikom, kao i forma koju ta saglasnost mora da ima.

3. Postupak začeća deteta uz biomedicinsku pomoć

Porodičnopravni propisi svih država sa prostora bivše SFRJ, paralelno sa regulisanjem materinstva i očinstva deteta začetog prirodnim putem, uređuju i materinstvo i očinstvo deteta začetog uz biomedicinsku pomoć.¹⁸ Od toga odstupa Republika Crna Gora, budući da ovu materiju, osim Porodičnog zakona, reguliše i Zakonom o liječenju neplodnosti asistiranim reproduktivnim tehnologijama.¹⁹

Za dete začeto u postupku biomedicinski potpomognute oplodnje važi da je njegova majka žena koja ga je rodila, te da nije dozvoljeno utvrđivati materinstvo žene koja je darovala jajnu ćeliju za njegovo začeće.²⁰

Ocem deteta začetog uz biomedicinsku pomoć smatra se muškarac koji je supružnik, odnosno vanbračni partner žene koja ga je rodila, i to tokom

16 Videti: čl. 62, st. 3 PZFBH.

17 Videti: čl. 63, st. 1 PZFBH.

18 Videti: čl. 89–90 PZFBH, čl. 62 i 71 PZRM, čl. 112 i 118 PZRCG, čl. 82–83 PZRH, čl. 133–134 PZRSI, čl. 135–136 PZRSr, čl. 74–75 PZBD, kao i čl. 57–58 PZRS.

19 Videti: čl. 112 i 118 PZRCG i čl. 46–48 ZLNARTRCG.

20 Videti: čl. 89 i čl. 90, st. 1 PZFBH, čl. 82, st. 1 PZRH, čl. 133 PZRSI, čl. 47 ZLNARTRCG, čl. 57 PZRS, kao i čl. 74 PZBD.

trajanja braka ili 300 dana po prestanku braka. I u ovom slučaju nije dopušteno istraživati očinstvo muškarca koji je darovao semene ćelije za njegovo začeće, a muškarac koji se smatra ocem deteta može osporavati svoje očinstvo jedino ako dete nije začeto u postupku biomedicinski potpomognute oplodnje ili ako nije dao pristanak za njegovo sprovođenje.²¹

Da bi se postupak začeća deteta uz primenu savremenih naučno proverenih biomedicinskih dostignuća mogao sprovesti, porodični zakoni i zakoni o kojima se uređuje postupak biomedicinski potpomognute oplodnje država sa prostora nekadašnje SFRJ zahtevaju pristanak, u pisanoj formi, svih subjekata koji se podvrgavaju postupku biomedicinski potpomognute oplodnje,²² i to za svaki postupak posebno,²³ kao i subjekata-davaoca reproduktivnih ćelija ili embriona.²⁴

Srpski zakonodavac propisuje za davaoce reproduktivnih ćelija ili embriona, a ne i za lica koja se podvrgavaju samom postupku biomedicinske oplodnje, da izjavu o pristanku za njihovo darovanje, u pisanoj formi, moraju dati isključivo pred zdravstvenim radnikom u Banci reproduktivnih ćelija, tkiva i embriona ili u Centru za biomedicinsku oplodnju.²⁵ Otuda, sledi i logično pitanje, pred kim onda lica koja se podvrgavaju postupku začeća uz biomedicinsku pomoć daju svoj pristanak za to u pisanoj formi? U zakonodavstvu drugih država sa prostora bivše SFRJ stvar je nešto drugačija. Naime, slovenački i crnogorski zakonodavac određuju da lica koja se podvrgavaju ovom postupku i davaoci reproduktivnih muških ili ženskih ćelija moraju da u pisanoj formi daju pristanak.²⁶ Hrvatski zakonodavac insistira na pisanom pristanku lica koja se podvrgavaju biomedicinskoj oplodnji.²⁷ Identično rešenje predviđeno je i za davaoce

21 Videti: čl. 89 i čl. 90, st. 2 PZFBH, čl. 62 i čl. 71 PZRM, čl. 83, st. 1-4 PZRH, čl. 134 PZRSI, čl. 135 i čl. 136, st. 1 PZRSr, čl. 74 i čl. 75, st. 2 PZBD, čl. 112 i čl. 118 PZRCG, čl. 48 ZLNARTRCG, kao i čl. 58 PZRS.

22 Videti: čl. 90, st. 1-2 PZFBH i čl. 35, st. 1 NZLNBPOFBH; čl. 71 PZRM i čl. 12, st. 1 ZBPORM; čl. 82, st. 2-3, čl. 83 PZRH i čl. 14, st. 1-2 ZMPORH; čl. 133, st. 1, čl. 134, st. 1 PZRSI i čl. 22, st. 1 ZLNPOBPRSI; čl. 136, st. 1 PZRSr; čl. 75, st. 1-2 PZBD; čl. 118, st. 1 PZRCG i čl. 25, st. 1 ZLNARTRCG, kao i čl. 58, st. 1-2 PZRS i čl. 27 ZBPORS.

23 Videti: čl. 35, st. 2 NZLNBPOFBH, čl. 12, st. 2 ZBPORM, čl. 14, st. 2 ZMPORH, čl. 22, st. 6 ZLNPOBPRSI, čl. 25, st. 1 ZLNARTRCG i čl. 27, st. 2 ZBPORS.

24 Videti: čl. 13, i čl. 15, st. 1-2 ZBPORM, čl. 19, st. 1-2 ZMPORH, čl. 25, st. 1 ZLNPOBPRSI, čl. 29 ZLNARTRCG i čl. 38 ZBPORS.

25 Videti: čl. 38, st. 3 ZBPORS.

26 Videti: čl. 22, st. 1 i čl. 25 ZLNPOBPRSI, kao i čl. 25, st. 1 i čl. 29 ZLNARTRCG. U tom pravcu, takođe, videti i čl. 35, st. 1 NZLNBPOFBH.

27 Videti: čl. 14, st. 1-2 ZMPORH.

reproduktivnih ćelija, dok se za davaoce embriona zahteva pisani pristanak, koji pritom mora da overi javni beležnik.²⁸ Isti pravac delovanja ima i makedonski zakonodavac.²⁹ Nejasno je, međutim, da li je ovakvo podvajanje posledica propusta zakonodavaca³⁰ u Republici Hrvatskoj i Republici Makedoniji ili njihove želje da delovanje javnih beležnika veže samo za davaoce embriona.³¹

4. Postupak za sporazumni razvod braka

Prema porodičnopravnim propisima bivših jugoslovenskih republika jedan od mogućih načina razvoda braka jeste, pored razvoda braka po tužbi jednog od supružnika, i sporazumni razvod braka.³²

Razvod braka na podlozi sporazuma supružnika podrazumeva da oni u prvi plan stavljaju svoju decu i zaštitu njihovih interesa, te da odnosi među supružnicima nisu u toj meri poremećeni da se među njima ne bi postigao dogovor o budućem odvojenom životu.

I dok se u pravu Republike Srpske sporazumni razvod braka vezuje samo za supružnike koji nemaju zajedničku maloletnu biološku ili usvojenu decu ili punoletnu decu nad kojima je produženo roditeljsko staranje, u pravnim sistemima drugih država sa prostora bivše SFRJ takvo ograničenje ne postoji, te razvod braka na osnovu sporazuma mogu zahtevati svi supružnici.³³ Štaviše, Porodični zakon Brčko distrikta BiH, u pogledu sporazumnog razvoda braka, potencira upravo mogućnost razvoda braka na osnovu sporazuma supružnika koji imaju zajedničku decu nad kojom vrše roditeljsko pravo, pod uslovom da postoji razlog za razvod braka – teška i trajna poremećenost bračnih odnosa.³⁴

28 Videti: čl. 19, st. 2 ZMPORH.

29 Videti: čl. 12, st. 1–2, čl. 13 i čl. 15, st. 1–2 ZBPORM.

30 Videti: čl. 12, st. 1 čl. 13 i čl. 15, st. 1–2 ZBPORM.

31 Izmene i dopune ZBPORM, izvršene 2014. godine, uvode u makedonsko pravo institut surogat materinstva. Ovom novinom, pored ostalog, propisano je da bračni par koji se podvrgava postupku biomedicinski potpomognu te oplodnje i surogat majka moraju da daju saglasnost u pisanoj formi, koje overava javni beležnik. Takođe, i ugovor koji sklapaju supružnici i surogat majka, a kojim se bliže uređuju njihova prava i obaveze, mora biti u pisanom obliku i overen od notara. Videti: čl. 12-b, st. 1–2 i čl. 12-d ovog zakonskog teksta.

32 Videti: čl. 56–58 PZRCC, čl. 41–44 PZFBH, čl. 39–43 PZRM, čl. 50–57 PZRH, čl. 96–98 PZRSI, čl. 52–56 PZRSr, čl. 39–40 PZBD i čl. 40–41 PZRS.

33 Videti: čl. 55, st. 1 PZRSr, čl. 39, st. 1 PZRM, čl. 42 PZFBH, čl. 57, st. 1 PZRCC, čl. 97 PZRSI, čl. 51, st. 1, tač. 1 PZRH i čl. 40, st. 1 PZRS.

34 Videti: čl. 39–40 PZBD.

Na ovu razliku nadovezuje se još jedna, moglo bi se reći kvalitativna i suštinska razlika, koja se odnosi na sve sporazumne razvode brakova supružnika koji imaju decu nad kojom vrše roditeljsko pravo. Naime, uslov *sine qua non* za razmatranje predloga za sporazumni razvod braka u Republici Crnoj Gori i Republici Srbiji jesu prethodno postignuti sporazumi supružnika u pisanoj formi o vršenju roditeljskog prava i podeli zajednički stečene imovine.³⁵ Sporazum o vršenju roditeljskog prava može se javiti u dva oblika, kao sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava i kao sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava.³⁶ Strože zahteve za sporazumni razvod braka postavlja zakonodavac u Federaciji Bosni i Hercegovini, insistirajući na tome da su supružnici u braku proveli najmanje šest meseci, kao i da su postigli sporazum ne samo o vršenju roditeljskog prava, već i o izdržavanju supružnika.³⁷ Slovenački zakonodavac ne zahteva da je brak određeno vreme trajao, ali traži od supružnika dogovor oko: ostvarivanja roditeljskog prava, izdržavanja supružnika, o tome ko će biti zakupac stana u kome su zajedno živeli supružnici, kao i o podeli zajednički stečene imovine. Pri tome, slovo Porodičnog zakona ove bivše jugoslovenske republike nedvosmisleno određuje da sporazum supružnika o deobi imovine mora da ima formu izvršnog javnobeležničkog zapisa.³⁸ Nešto blaže uslove za sporazumni razvod braka propisuje hrvatski zakonodavac, zahtevajući od supružnika da uz predlog za sporazumni razvod braka dostave i plan o zajedničkom roditeljskom staranju i izveštaj o obaveznom savetovanju.³⁹

Gotovo u istoj ravni sa hrvatskim legislatorom su makedonski i zakonodavac Brčko distrikta BiH koji od supružnika jedino traži da se, u formi pisanog sporazuma, dogovore oko vršenja roditeljskog prava.⁴⁰

Razvod braka, i uže sporazumni razvod braka, u državama na prostoru bivše SFRJ u nadležnosti je sudova. Iako bi bilo više elemenata da se brak na osnovu sporazuma supružnika razvodi u vanparničnom postupku, budući da je reč o nespornoj stvari (tako i: Dika, 2009: 1158), razvod se, ipak, ostvaruje u parničnom postupku.⁴¹ Sud se ne upušta u to da li ima

35 Videti: čl. 57, st. 2 PZRČG i čl. 40, st. 2 PZRS.

36 Videti: čl. 77, st. 1 i čl. 79, st. 1 PZRČG i čl. 40, st. 3 PZRS.

37 Videti: čl. 44, st. 1 PZFBH.

38 Videti: čl. 96, st. 1 PZRSL.

39 Videti: čl. 55, st. 1, u vezi sa čl. 456 PZRH.

40 Videti: čl. 39, st. 2 PZRM i čl. 45 PZBD.

41 Nasuprot tome, u Republici Austriji i Republici Nemačkoj za sporazumni razvod braka propisana je vanparnična procedura. O tome opširnije videti kod: Rijavec, 2010: 122–123.

smisla održati „napukli“ brak i šta je doprinelo tome, već na osnovu ispitivanja svih pravno relevantnih činjenica i sprovođenja dokaznog postupka proverava da li je i u kojoj meri sporazum o vršenju roditeljskog prava u najboljem interesu deteta. Ukoliko taj zahtev nije ispunjen, sud ima pravo da na drugačiji način uredi ostvarivanje roditeljskog staranja o deci.⁴² U pojedinim zakonodavstvima na prostoru bivše SFRJ za ovakvu situaciju propisano je da se predlog za sporazumni ravad braka odbija.⁴³ U tome mu značajnu stručnu pomoć pruža organ starateljstva.⁴⁴

Porodični zakon Republike Slovenije, osim sporazumnog razvoda braka za koji je nadležan sud, propisuje i mogućnost da se supružnici, na podlozi sporazuma, razvedu pred javnim beležnikom. Za primenu ovog rešenja zahteva se da supružnici nemaju zajedničku decu nad kojom vrše roditeljsko pravo, a da oni uz to postignu i saglasnost o podeli zajednički stečene imovine, izdržavanju supružnika i zakupu stana u kome su živeli kao supružnici. Notar je dužan da postignuti sporazum supružnika oblikuje u formi notarskog zapisa. Brak se smatra razvedenim onoga dana kada je javnobeležnički zapis potpisan.⁴⁵

Rešenje slovenačkog zakonodavca kojim se supružnicima bez zajedničke dece nad kojima se vrši roditeljsko pravo omogućava da se sporazumno razvedu pred javnim beležnikom zaslužuje pažnju i naš normotvorac bi trebalo da ga uvaži u budućoj redakciji Porodičnog zakona. Pravni mehanizam putem koga bi javni beležnici u Republici Srbiji dobili ovlašćenje da sporazumno razvede brakove – da li tako što bi porodičnopravnim propisima bilo predviđeno direktno upućivanje predloga za sporazumni razvod braka od strane supružnika ili, kao u slučaju postupka za raspravljanje zaostavštine, mogućnošću njegovog poveravanja odlukom suda ostaje da se vidi (o tome: M. Dika, 2009: 1158–1159). U svakom slučaju, ono što je bez dublje analize i praktične provere vidljivo na prvi pogled jeste da će takvim zakonodavnim potezom potpunije biti primenjena Preporuka o merama za sprečavanje i smanjivanje opterećenja sudova [br. R (86) 12] Komiteta ministara Saveta Evrope iz 1986. godine,⁴⁶ kojom se, pored ostalog, predviđa smanjivanje

42 Videti: čl. 53, st. 1 PZRH, čl. 363, st. 2 PZRCG, čl. 256, st. 1 PZRM i čl. 272, st. 2 PZRS.

43 To izričito propisuju čl. 44, st. 2 PZFBH i čl. 96, st. 2 PZRSI.

44 Na osnovu: čl. 361 PZRCG, čl. 256, st. 1 PZRM, čl. 54, st. 3, u vezi sa čl. 321 i čl. 325 PZRH, kao čl. 270 PZRS.

45 Videti: čl. 97, st. 1–2 PZRSI.

46 *Reommendation No. R (86) 12 of the Committee of minister to member states concerning mesures to prevent and reduce the excessive workload in the courts.* Preuzeto 30. avgusta 2017. godine. <https://rm.coe.int/16804f7b86>.

„vansudskih dužnosti sudija“, a što postupak za sporazumni razvod braka supružnika bez zajedničke dece o kojima se oni staraju, zapravo, predstavlja.

5. Raspologanje imovinom poslovno nesposobnih lica

Maloletnici i punoletna lica kojima je oduzeta poslovna sposobnost u svim državama na prostoru bivše SFRJ uživaju pojačanu pravnu zaštitu upravo zbog nedovoljnog pravnog kapaciteta da zaštite sebe i svoje interese.

U odnosu na Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Porodični zakon Brčko distrikta BiH i Porodični zakon Republike Srbije, koji jasno razdvajaju mlađe maloletnike (uzrast do navršениh 14 godina,⁴⁷ odnosno 16 godina života⁴⁸), od starijih maloletnika (uzrast od navršениh 14, odnosno 16 godina života) u pogledu vrste pravnih poslova imovinske prirode koje oni mogu preduzimati samostalno ili uz saglasnost (prethodnu ili naknadnu) svojih roditelja, odnosno (ovo važi samo za srpsko pravo), za poslove raspolaganja nepokretnostima ili pokretnostima velike vrednosti i saglasnost organa starateljstva,⁴⁹

⁵⁰ u pravnim sistemima drugih država sa prostora nekadašnje SFRJ stvar je nešto drugačija. Novelirani Porodični zakon Republike Crne Gore omogućava svim maloletnicima, bez obzira na uzrast, da sklapaju imovinskopravne poslove uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja, a za raspolaganja odgovarajućim imovinskim pravima i saglasnost organa starateljstva.⁵¹ Slovenački Porodični zakon omogućava maloletnicima sa navršениh 15 godina života da sklapaju pravne poslove, uz ograničenje da im je za poslove koji značajno utiču na njihov

47 Ovo je rešenje prihvaćeno u Federaciji Bosni i Hercegovini i Republici Srbiji.

48 Takav koncept usvaja zakonodavac Brčko distrikta BiH.

49 Videti: čl. 137, st. 2 PZFBH, čl. 120, st. 2 PZBD i čl. 64, st. 1–2 PZRS.

50 U srpskoj pravnoj literaturi nema jedinstvenog gledišta da li se za opterećenje i otuđenje određenih imovinskih dobara maloletnika zahteva saglasnost roditelja i organa starateljstva (tako: Draškić, 2005: 273; Kovaček-Stanić, 2007: 298) ili samo saglasnost organa starateljstva (tako: Ponjavić, 2007: 234). Sadržina čl. 64, st. 2 PZRS može biti protumačena u oba pravca. Ako se pođe od jezičkog tumačenja, proističe da je ispravno shvatanje u prilog davanja saglasnosti samo organa starateljstva, a ne i roditelja. Među tim, ukoliko se ova odredba tumači ciljno (postići najbolji interes deteta) i sistematski (čl. 193, st. 3 PZRS jasno određuje da je roditeljima za raspolaganje određenim imovinskim pravima njihove dece potrebna saglasnost organa starateljstva) protumači, proističe da ima mesta za „dvostruku“ saglasnost.

51 Videti: čl. 66, st. 1, u vezi sa čl. 308, st. 2 PZRGG.

život potrebna saglasnost roditelja.⁵² Na sličnim pozicijama su i makedonski i hrvatski zakonodavci,⁵³ dok se zakonodavac u Republici Srpskoj po ovom pitanju decidirano ne izjašnjava.⁵⁴

Pravno klasifikovanje mlađih i starijih maloletnika ima shodnu primenu i u pogledu potpuno poslovno nesposobnih i delimično poslovno sposobnih punoletnih lica.^{55 56}

Za razliku od Porodičnog zakona Republike Srbije koji propisuje da roditelji deteta mogu, uz prethodnu ili naknadu saglasnost organa starateljstva, otuđivati ili opterećivati nepokretnosti i pokretne stvari veliki vrednosti,⁵⁷ porodični zakoni drugih država sa prostora bivše SFRJ unekoliko drugačije regulišu ovu pravnu situaciju. Zakonodavci u Republici Crnoj Gori, Federaciji Bosni i Hercegovini, Brčko distriku BiH, Republici Hrvatskoj i Republici Srpskoj umesto termina „velike vrednosti“ za pokretnosti maloletnika kojima se raspolaže, upotrebljavaju izraz „vrednije“, ali za sve stvari i prava iz imovine.⁵⁸ Na drugom kraju su slovenački i makedonski zakonodavac koji propisuju da roditelji mogu otuđivati ili opterećivati imovinska dobra svog deteta bez označavanja njihove vrednosti.⁵⁹ Prednost korišćenja formulacija „pokretne stvari velike vrednosti“ ili „vrednije stvari ili prava iz imovine“ ogleda se u tome što se organ starateljstva ne angažuje uvek kada se raspolaže imovinskim dobrima maloletnika, već samo kada ona imaju odgovarajuću vrednost. Ove formulacije, međutim, pate i od nedostataka, budući da se upotrebljeni pravni standardi mogu različito interpretirati i primenjivati u praksi organa starateljstva (tako i: Pvlakić, 2009: 261–262). Za makedonske centre za socijalni rad

52 Videti: čl. 146, st. 2 PZRSl.

53 Videti: čl. 162 PZRM i čl. 85, st. 2 PZRH.

54 Doduše, u čl. 211 i čl. 212 PZRSr govori se o starateljstvu lica koje nije navršilo 15 godina i lica koje je navršilo 15 godina života, ali nema bližeg određenja poslovne sposobnosti ovih kategorija maloletnika.

55 Videti: čl. 168 PZRM, čl. 263 PZRSl, čl. 239 PZRCG, čl. 194, st. 1–2 PZFBH, čl. 211 PZRSr, čl. 175 PZBD i čl. 146, st. 2 i čl. 147, st. 2 PZRS.

56 Slovenački zakonodavac ne pravi ovo razlikovanje. Videti: čl. 262 PZRSl. Od ovog pravila, takođe, odstupa hrvatski zakonodavac, budući da prema Porodičnom zakonu punoletno lice ne može biti potpuno lišeno poslovne sposobnosti. Videti: čl. 234, st. 1–2 ovog zakonskog teksta.

57 Videti: čl. 193, st. 3 PZRS.

58 Videti: čl. 308, st. 2 PZRCG, čl. 266, st. 1 PZFBH, čl. 243, st. 1 PZBD, čl. 101, st. 1 PZRH i čl. 287 PZRSr.

59 Videti: čl. 149, st. 1 PZRSl i čl. 221, st. 2 PZRM.

upotrebljena formulacija, bez naznačavanja vrednosti imovinskih dobara kojima roditelji raspolažu, znači povećani obim posla, dok se u Republici Sloveniji to pitanje i ne postavlja, budući da organ starateljstva nema ovlašćenja za takav vid delovanja.

Ono što je, takođe, uočljivo jeste da su u većini bivših jugoslovenskih republika organi starateljstva „glavni kontrolori“ u raspolaganju roditelja dečijom imovinom.⁶⁰ Od toga odstupaju slovenački i hrvatski zakonodavac koji zaštitu najboljeg interesa deteta ostvaruju preko kvalitativno drugačijih mehanizama. U Republici Sloveniji roditelji bez ičije saglasnosti mogu da otuđuju i opterećuju imovinska dobra svoje dece. Međutim, kada postoji opasnost da će roditelji takvim raspolaganjima ugroziti imovinsku sigurnost deteta, onda sud mora doneti odluku kojom ga štiti.⁶¹ U Republici Hrvatskoj, jedan od roditelja može raspolagati dečijom vrednijom imovinom, ali mu za to treba pisana saglasnost drugog roditelja koji vrši roditeljsko pravo i odobrenje suda u vanparničnom postupku.⁶²

Aktuelni porodičnopravni propisi bivših jugoslovenskih republika potenciraju da roditelji mogu raspolagati imovinom dece nad kojom vrše roditeljsko pravo samo radi zadovoljavanja njihovih potreba. Od tog pravila odstupaju jedino makedonski zakonodavac, budući da u isti rang stavlja i potrebe porodične zajednice.⁶³

Porodičnopravnim propisima koji se primenjuju na prostoru bivših jugoslovenskih republika nije stipulisana forma za pravne poslove kojim se raspolaže imovinom poslovno nesposobnih lica. Razlog, pretpostavljamo, leži u činjenici da je u zakonima o javnom beležništvu već sadržana takva odredba kojom se decidirano određuje da ugovor o raspolaganju imovinom maloletnih lica ili lica kojima je oduzeta poslovna sposobnost moraju imati formu javnobeležničkog zapisa.⁶⁴

Zakon o javnom beležništvu Republike Srbije propisuje formu javnobeležničkog zapisa samo kada se raspolaže nepokretnostima poslovno nesposobnih lica. Time se otvara prostor za različita

60 Videti: čl. 266, st. 1 PZFBH, čl. 287 PZRSr, čl. 243, st. 1 PZBD, čl. 308, st. 2 PZRCG, čl. 221, st. 2 PZRM i čl. 193, st. 2 PZRS.

61 Videti: čl. 149, st. 2 PZSL.

62 Videti: čl. 101, st. 1 PZRH.

63 Uporediti: čl. 221, st. 2 PZRM, sa čl. 149, st. 1 PZRSI, čl. 266, st. 1 PZFBH, čl. 308, st. 2 PZRCG, čl. 287 PZRSr i čl. 193, st. 4 PZRS.

64 Videti: čl. 52, st. 1, tač. 2 ZNRCG, čl. 73, st. 1, tač. 2 ZNFBH, čl. 47, st. 1, tač. 2 ZNRSI, čl. 53, st. 1 ZJBRH i čl. 68, st. 1, tač. 2 ZNRSr.

postupanja u praksi, pogotovo kada se raspolaze pokretnostima velike vrednosti. Budući da domaći porodičnopravni propisi insistiraju na tome da i raspolaganje pokretnim stvarima velike vrednosti mora biti praćeno pret-hodnom ili naknadom saglasnošću organa starateljstva, čini se da ima mesta zbog toga, kao i zbog značaja koji takva dobra imaju za pravni promet, da se i ovi pravni poslovi sklapaju u formi javnobeležničkog zapisa.

6. Uređenje ličnoimovinskih odnosa supružnika, vanbračnih partnera i srodnika

Izdržavanje kao pravo, ali i dužnost između supružnika, vanbračnih partnera i srodnika određenog stepena srodstva uređuju porodičnopravni propisi svih država sa prostora bivše SFRJ.⁶⁵ Slovenačko i hrvatsko pravo takvu mogućnost propisuju i za istopolne partnere.⁶⁶

I pored određenih odstupanja u pogledu normiranja instituta zakonskog izdržavanja, ono ima svoje utemeljenje u osnovnim principima koji važe za sve pravne sisteme čija su rešenja bila predmet naše pažnje.

Za uspostavljanje alimentacione veze između poverioca i dužnika izdržavanja redovno je potrebno zadovoljenje kako objektivnih, tako i subjektivnih uslova.⁶⁷

Davalac izdržavanje daje prema svojim mogućnostima, a primaocu se izdržavanje odmerava prema potrebama.⁶⁸

Izdržavanje dece ima prednost u odnosu na izdržavanje ostalih srodnika, te supružnika ili vanbračnih partnera.⁶⁹

65 Videti: čl. 253–284 PZRČG, čl. 178–202 PZRM, čl. 213–249 PZFBH, čl. 100–108 i čl. 183–199 PZRSI, čl. 281–319 PZRH, čl. 231–268 PZRSr, čl. 192–213 PZBD i čl. 151–167 PZRS.

66 Videti: čl. 2, st. 2 i čl. 3, st. 3 ZPVRSl, kao i čl. 39 ŽŽPOIPRH.

67 Videti: čl. 292, st. 2, čl. 299 i čl. 304 PZRH; čl. 257, st. 2, čl. 262, st. 3, čl. 268, st. 3 i čl. 271, st. 3 PZRČG; čl. 181, st. 2, čl. 185, st. 2, čl. 187 i čl. 193 PZRM; čl. 219, st. 2, čl. 226 i čl. 231 PZFBH; čl. 100, st. 3 i čl. 185, st. 2 PZRSI; čl. 236, st. 2, čl. 243–244 i čl. 249 PZRSr, čl. 198, st. 2, čl. 205 i čl. 210 PZBD, kao i čl. 151, st. 3, čl. 152, st. 2, čl. 153, st. 2, čl. 155, st. 4, čl. 156, st. 2 i čl. 159, st. 4 PZRS.

68 Videti: čl. 282 PZRH, čl. 272, st. 1 PZRČG, čl. 194 PZRM, čl. 214, st. 1 PZFBH, čl. 103 i čl. 189 PZRSI, čl. 232, st. 1 PZRSr, čl. 193 PZBD, kao i čl. 160, st. 1 PZRS.

69 Videti: čl. 283, st. 1 PZRH, čl. 284, st. 2 PZRČG, čl. 215 PZFBH, čl. 105 i čl. 195 PZRSI, čl. 232, st. 2 PZRSr, čl. 194 PZBD, kao i čl. 166, st. 4 PZRS.

Krvni srodnici mogu ostvariti pravo na zakonsku alimentaciju, poštujući u zakonima o nasleđivanju utvrđeni redosled pozivanja na nasleđe.^{70 71}

Tazbinski srodnici mogu realizovati uzajamno pravo na zakonsko izdržavanje, ali tek posle krvnih srodnika.⁷²

Dužnik zakonske alimentacije prvog ranga u odnosu na supružnika ili vanbračnog partnera jeste lice koje sa njim živi ili je živelo u braku ili u vanbračnoj zajednici.⁷³

Zakonska alimentacija između više dužnika podeljena je prema njihovim mogućnostima.⁷⁴

Izdržavanje se, po pravilu, daje u novcu.^{75 76}

Odricanje od prava na zakonsko izdržavanje, načelno, ne proizvodi dejstvo.^{77 78}

Promenjene okolnosti na strani davaoca ili primaoca izdržavanja mogu imati uticaja na povećanje ili smanjenje već utvrđenog iznosa izdržavanja, na promenu načina izdržavanja ili na njegov prestanak.⁷⁹

70 Videti: čl. 261, st. 1–2 PZRCC, čl. 184, st. 1 PZRM, čl. 223, st. 1 PZFBH, čl. 240, st. 1 PZRSr, čl. 202, st. 1 PZBD i čl. 166, st. 2 PZRS.

71 Od ovog pravila, odstupanje čini slovenački zakonodavac, budući da pravo i dužnost zakonske alimentacije postoji samo između roditelja i dece, kao i hrvatski zakonodavac koji ne dozvoljava braći i sestrama da se uzajamno izdržavaju na osnovu zakona. Videti: čl. 183 i čl. 185 PZRSI i čl. 281 PZRH.

72 Videti: čl. 283, st. 3–4 PZRH, čl. 258, st. 1 PZRCC, čl. 182, st. 1 PZRM, čl. 220, st. 1 PZFBH, čl. 187 PZRSI, čl. 237, st. 1 PZRSr, čl. 199–200 PZBD i čl. 166, st. 3 PZRS.

73 Videti: čl. 283, st. 2 PZRH, čl. 284, st. 1 PZRCC, čl. 241 PZRSr i čl. 166, st. 1 PZRS.

74 Videti: čl. 284, st. 1 PZRH, čl. 261 PZRCC, čl. 184, st. 2 PZRM, čl. 223 PZFBH, čl. 186 PZRSI, čl. 240, st. 2 PZRSr, čl. 202, st. 2 PZBD i čl. 166, st. 5 PZRS.

75 Videti: čl. 309, st. 1 PZRH, čl. 279, st. 1 PZRCC, čl. 200 PZRM, čl. 235, st. 1 PZFBH, čl. 259 PZRSr, čl. 221 PZBD i čl. 161, st. 1 PZRS.

76 U slovenačkom pravu, ovo rešenje prvenstveno nalazi primenu kod izdržavanja supružnika i vanbračnih partnera, dok je za dete koje se izdržava pravilo obezbeđivanje potrebnih sredstava u domaćinstvu roditelja, osim ako je to suprotno interesima deteta. Videti: čl. 183, st. 5 i čl. 194 PZRSI.

77 Videti: čl. 286, st. 1 PZRH, čl. 253, st. 3 PZRCC, čl. 178, st. 3 PZRM, čl. 213, st. 3 PZFBH, čl. 103 i čl. 189 PZRSI, čl. 231, st. 3 PZRSr, čl. 192, st. 3 PZBD, kao i čl. 8, st. 2 PZRS.

78 Za slovenačko pravo ovo se odnosi samo za slu čaj izdržavanja dece. Videti: čl. 188 PZRSI.

79 Videti: čl. 285 PZRH, čl. 280 PZRCC, čl. 201 PZRM, čl. 245 PZFBH, čl. 106 i čl. 197 PZRSI, čl. 263, st. 1 PZRSr, čl. 222 PZBD, kao i čl. 164 PZRS.

O zahtevu za izdržavanje, načinu davanja izdržavanja i visini iznosa izdržavanja, ali i o promenama u već zasnovanom izdržavanju redovno odlučuje sud u parničnom postupku.^{80 81} Kada se u položaju davaoca izdržavanja nalazi jedan od roditelja deteta – primaoca izdržavanja, porodičnopravni propisi naročito insistiraju na tome da roditelji ulože potrebne napore kako bi postigli sudsko poravnanje ili, van suda, dogovor o izdržavanju koji će maksimalno zaštititi interese deteta. U pravcu navedenog sporazuma naročito konstruktivnu ulogu treba da ima organ starateljstva.⁸²

U pravu Federacije Bosne i Hercegovine, ukoliko roditelji mimo suda postignu sporazum o izdržavanju deteta, on može imati formu javnobeležničkog zapisa, koji pritom ima i snagu izvršne isprave.^{83 84} Slovenači porodičnopravni propisi idu od toga korak dalje, te stipulišu da sporazum o izdržavanju mogu da zaključe supružnici za slučaj razvoda braka, zatim roditelj sa punoletnim detetom, kao primaocem izdržavanja, te punoletno dete sa roditeljem, kao primaocem izdržavanja. Svi ovi pravni poslovi moraju imati formu izvršnog javnobeležničkog zapisa.⁸⁵ Takođe i svi dogovori između supružnika, kada je reč o izdržavanju među njima, u vezi povećanja ili smanjenja ili pak prestanka izdržavanja moraju imati formu izvršnog javnobeležničkog zapisa, naravno pod pretpostavkom da on ne ugrožava dobrobit deteta. Isto važi i za situaciju da se u dužnikopoverilačkom odnosu nađu roditelj i punoletno dete.⁸⁶

Porodični zakon Republike Srbije formu javnobeležničkog zapisa propisuje za svaki sporazum kojim se određuje način davanja izdržavanja,

80 Videti: čl. 317, st. 1 PZRH, čl. 365–371 PZRCG, čl. 274–279 PZRM, čl. 308–311 PZFBH, čl. 100 i čl. 190–191 PZRSL, čl. 265–268 PZRSr, čl. 279–281 PZBD, kao i čl. 277–282 PZRS.

81 Od ovog pravila hrvatski zakonodavac čini odstupanje, propisujući da dete može ostvariti svoje pravo na izdržavanje u pojednostavljenom vanparničnom postupku, pod pretpostavkom da među u česnicima postupka nema spora o potrebama deteta i mogućnostima davaoca izdržavanja. Videti: čl. 308, u vezi sa čl. 474–477 PZRH.

82 Videti: čl. 318–319 i čl. 321, st. 2 PZRH, čl. 277 PZRCG, čl. 198 PZRM, čl. 238, st. 1 PZFBH, čl. 191 PZRSL, čl. 257 PZRSr, čl. 216 PZBD, kao i čl. 270 PZRS.

83 Videti: čl. 238 PZFBH.

84 U bosanskoj pravnoj literaturi ima mišljenja, iako to izričito ne stoji u Porodičnom zakonu Federacije, da i svaki drugi dogovor između davaoca i primaoca izdržavanja, u pravcu povećanja njegovog iznosa ili smanjenja ili, pak, prestanka treba da ima formu javnobeležnički potvrđene isprave. Videti: Povlakić, 2013: 263.

85 Videti: čl. 101, čl. 192–193 PZRSL.

86 Videti: čl. 106, st. 2 i čl. 197, st. 3 PZRSL.

ne precizirajući pritom ko sve mogu biti ugovorne strane ovog pravnog posla.⁸⁷

Hrvatski zakonodavac, za razliku od navedenih rešenja drugih bivših republika u sastavu SFRJ, ne daje nikakve ingerencije javnom beležniku u domenu zakonskog izdržavanja. Mada propisuje mogućnost supružnika da sačine sporazum o izdržavanju u pisanoj formu, koji bi obu hvatio visinu izdržavanja, način izdržavanja, njegovo trajanje i prestanak, on stipuliše da ovaj pravni posao mora biti odobren od suda u vanparničnom postupku, kako bi stekao svojstvo izvršne isprave.⁸⁸

Ovako sročena formulacija srpskog zakonodavca izvor je nekoliko dilema. Prvo, da li svi poverioci i dužnici zakonske alimentacije mogu zaključiti ovaj sporazum, naročito imajući u vidu maloletnu decu kao poverioce izdržavanja? Ako je odgovor potvrđan, sledi i pitanje, da li o takvom sporazumu mišljenje treba da dâ organ starateljstva.⁸⁹ Iz ovakve stilizacije zakonskog teksta neminovno se nameće pitanje da li i ostali sporazumi koji se tiču zakonske alimentacije (izuzev odricanja od prava na izdržavanje), na primer: o visini izdržavanja, trajanju izdržavanja, prestanku izdržavanja, uključujući i sve moguće promene, moraju da imaju formu javnobeležničkog zapisa? Čini se da uočene praznine, u interesu pravne sigurnosti i ujednačenog delovanja, domaći normotvorac mora što pre da popuni.

7. Uređenje imovinskopravnih odnosa supružnika, vanbračnih partnera i srodnika

Imovinske odnose između supružnika, vanbračnih partnera i srodnika u državama sa prostora nekadašnje SFRJ regulišu porodični zakoni.⁹⁰

Od ovog normativnog modela jedino odstupa zakonodavac u Republici Makedoniji, budući da ovu problematiku uređuje Zakonom o svojini i drugim stvarnim pravima.⁹¹

87 Videti: čl. 161, st. 3 PZRS.

88 Videti: čl. 302 PZRH.

89 Na osnovu čl. 270 PZRS.

90 Videti: čl. 285–315 PZCG, čl. 250–267 PZFBH, čl. 11, st. 2 i 34–46 PZRH, čl. 4 i čl. 63–94 PZRSI, čl. 269–289 PZRSr, čl. 227–244 PZBD i čl. 168–195 PZRS.

91 Videti: čl. 66–81 Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Makedonije (Zakon za sopstvenost i drugi stvarni prava, *Služben vesnik na RM*, br. 18/2001, 31/2008 – odluka Ustavnog suda, 92/2008, 139/2009 i 35/2010. U produ žetku rada biće korišćena i skraćenica ZSDSPRM).

Sklapanjem braka supružnici sporazumno odlučaju kako će biti regulisani njihovi imovinski odnosi – prema pravilima sadržanim u zakonu ili na način kako oni odluče, poštujući imperativne norme.

Ako se opredele za zakonski imovinski režim, supružnici tokom trajanja braka mogu, osim posebne imovine, sticati i zajedničku imovinu. Aktuelni porodičnopravni propisi bivših jugoslovenskih republika gotovo da su jedinstveni u pogledu definisanja zajedničke imovine,⁹² i njenog razgraničenja od posebne imovine.⁹³

Na supružnicima je da saglasnom izjavom volja „izbrišu“ razlike koje zakon propisuje za zajedničku i posebnu imovinu, te sklapanjem bračnog ugovora urede svoje imovinske odnose na postojećoj ili budućoj imovini koju će steći u budućnosti, na kvalitetno drugačijim osnovama od onoga što je sadržano u zakonskom imovinskom režimu.⁹⁴ Bračni ugovor regulišu sve države sa prostora bivše SFRJ, osim Republike Makedonije.⁹⁵ I pored toga, bračni ugovor je prisutan u pravnom prometu ove države, budući da mu to omogućava zajemčena sloboda ugovaranja (Spirović-Trpenovska, Micković, Ristov, 2013: 308–309). Takođe, za razliku od drugih država sa prostora bivše SFRJ, jedino Republika Slovenija omogućava supružnicima da bračnim ugovorom, osim uređenja čisto imovinskih odnosa, urede pitanje međusobnog izdržavanja tokom trajanja bračne zajednice ili za slučaj razvoda braka.^{96 97}

Sloboda ugovaranja supružnika, osim toga može biti manifestovana i kroz zaključenje ugovora kojim se, na drugačiji način od onog propisanog

92 Videti: čl. 251, st. 1 PZFBH, čl. 288, st. 1 PZRCG, čl. 67 ZSDSPRM, čl. 36, st. 1 PZRH, čl. 67 PZRSI; čl. 270, st. 5 PZRSr, čl. 228, st. 1 PZBD i čl. 171, st. 1 PZRS.

93 Videti: čl. 254 PZFBH, čl. 286, st. 1 PZRCG, čl. 68, st. 1–2 ZSSPRM, čl. 39 PZRH, čl. 77, st. 1 PZRSI, čl. 270, st. 1–2 i 7 PZRSr, čl. 229, st. 1 PZBD i čl. 168 PZRS.

94 O modalitetima promene zakonskog imovinskog režima voljom supružnika, videti naročito: Draškić, 2005: 411; Ponjavić, 2007: 369–370; Panov, 2009: 898–899; Kovaček-Stanić, 2012: 94–95.

95 Videti: čl. 258 PZFBH, čl. 301 PZRCG, čl. 40 PZRH, čl. 85 PZRSI, čl. 271, st. 3–5 PZRSr, čl. 235 PZBD i čl. 188 PZRS.

96 Videti: čl. 86 PZRSI.

97 U pravnoj literaturi je, i pre nego što je Porodični zakon Republike Slovenije ugledao svetlost dana, izneta ideja da bračni ugovor ne treba da „pokrije“ samo imovinska pitanja među supružnicima, već i ličnoimovinska pitanja, kao i sve aspekte roditeljskog staranja, slično uređenju posredovanja u porodičnom pravu. Videti: Povlakić, 2013: 259–260. Suprotno tome, zagovara se shvatanje da bračnim ugovorom mogu da se uređuju jedino čisto imovinska pitanja supružnika. Videti: Sokić, 2006: 420; Kovaček-Stanić, 2012: 95.

zakonom, uređuje upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom,⁹⁸ kao i kroz sklapanje sporazuma o deobi zajednički stečene imovine.⁹⁹

Zakonodavna praksa u državama sa prostora bivše SFRJ u pogledu regulisanja ovih pravnih poslova je različita. Tako Porodični zakon Republike Slovenije za sve ugovore koje sklapaju budući supružnici ili supružnici propisuje kao pravilo formu javnobeležničkog zapisa, osim ugovora o poklonu manje vrednosti koji je u srazmeri sa imovinskim prilikama poklonodavca. Isto tako, Porodični zakon Republike Srpske za uređenje imovinskih odnosa supružnika predviđa notarsku obradu pravnih poslova. Novelirani Porodični zakon Republike Srbije¹⁰⁰ pak stipuliše oblik javnobeležnički solemnizovane privatne isprave od strane javnog beležnika za bračni ugovor, ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom i ugovor o deobi zaostavštine, dok formu ugovora o poklonu i ne spominje.¹⁰¹ Nasuprot njima, hrvatski Porodični zakon zauzima potpuno drugačiji kurs delovanja, propisujući, osim zajedničkog preduzimanja pravnog posla od strane supružnika, za upravljanje zajedničkom imovinom koje prelazi granice redovnog upravljanja, pisani pristanak drugog supružnika overen od javnog beležnika, a za bračni ugovor, pisani oblik i overu potpisa od javnog beležnika.¹⁰² Formu javnobeležničkog zapisa, po slovu zakona, ima jedino bračni ugovor koji u ime supružnika lišenog poslovne sposobnosti zaključi njegov staratelj uz prethodno odobrenje organa starateljstva.¹⁰³

Porodični zakoni Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Crne Gore samo za bračni ugovor propisuju formu notarskog zapisa, a Porodični zakon Brčko distrikta BiH, opet, samo za bračni ugovor stipuliše dvojni kolosek – formu javnobeležničkog zapisa ili sastavljanje i overu od strane nadležnog organa, bez bližeg preciziranja o kome se radi.¹⁰⁴

Zanimljivo je primetiti da zakoni o javnom beležništvu pomenutih

98 Videti: čl. 292 PZRCG, čl. 71 PZRM, čl. 37, st. 2 PZRH, čl. 70 PZRSI i čl. 189 PZRS.

99 Videti: čl. 255, st. 1 PZFBH, čl. 293, st. 2 PZRCG, čl. 74, st. 1 PZRM, čl. 45, st. 1 PZRH, čl. 71 PZRSI, čl. 272, st. 2 PZRSr, čl. 232, st. 1 PZBD i čl. 179 PZRS.

100 Time je, praktično, korigovano ono što je propisao izvorni tekst Zakona o javnom beležništvu za ove pravne poslove. Naime, ovim pravnim izvorom bilo je stipulisano da svi ugovori kojima se uređuju imovinski odnosi između supružnika moraju imati formu javnobeležničkog zapisa. Videti: čl. 82, st. 1, tač. 1 i ovog zakonskog teksta.

101 Uporediti: čl. 64 PZRSI i čl. 288 PZRSr sa čl. 179, st. 2, čl. 188, st. 2 i čl. 189, st. 5 PZRS.

102 Videti: čl. 37, st. 2 i čl. 40, st. 3 PZRH.

103 Videti: čl. 41 PZRH.

104 Videti: čl. 258, st. 1 PZFBH, čl. 301, st. 2 PZRCG i čl. 235 PZBD.

država „prate“ i dopunjuju u pogledu ove tematike matični zakon za porodičnopravne odnose. Odstupanje jedino čini zakonodavac Brčko distrikta BiH, koji za sve pravne poslove kojim se uređuju imovinski odnosi između supružnika i vanbračnih partnera propisuje isključivo formu notarskog zapisa.¹⁰⁵

Na području Republike Makedonije, sve do stupanja na pravnu snagu novog Zakona o notarijatu iz 2016. godine, u primeni je bio Zakon o notarijatu iz 2007. godine, kojim je, pored ostalog, bilo predviđeno da se imovinski odnosi između supružnika i vanbračnih partnera uređuju u formi notarskog akta.¹⁰⁶ Novi Zakon o notarijatu, međutim, nema takvu odredbu, a Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima za ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkim imovinskim dobrima propisuje da mora da se sastavi u pisanoj formi, dok za sporazum o deobi zajedničke imovine ne precizira bliže formu.¹⁰⁷

Porodičnopravni propisi država na prostoru bivše SFRJ u potpunosti izjednačavaju vanbračne partnere sa supružnicima u pogledu uređenja imovinskih odnosa.¹⁰⁸

Slovenački Zakon o partnerskoj vezi i hrvatski Zakon o životnom partnerstvu osoba istog pola istovetan tretman imaju za sve istopolne partnere na području uređenja imovinskopravnih odnosa, nezavisno od toga da li su oni sklopili partnersku vezu ili nisu.¹⁰⁹

U odnosu na sve druge države na prostoru nekadašnje SFRJ, samo republike: Crna Gora, Makedonija i Srbija normiraju imovinske odnose članova prodične zajednice, stipulišući za njih, sa manjim odstupanjima, ali ne u pogledu formalnih zahteva, primenu propisa koji važe za uređenje imovinskih odnosa supružnika.¹¹⁰

105 Videti: čl. 47, st. 1 ZNRSl, čl. 68, st. 1 ZNRSr, čl. 82 i čl. 93 ZNRS, čl. 53, st. 1, tač. 2 ZJBRH čl. 73, st. 1 ZNFBH, čl. 52, st. 1, tač. 1 ZNRCG i čl. 47, st. 1, tač. 1 ZNBD.

106 Videti: čl. 42, st.1, tač. a ranije va žecceg Zakona o notarijat u Republike Makedonije (Zakonot za notarijatot, *Služben vesnik na RM*, br. 55/2007, 86/2008, 139/2009 i 135/2011).

107 Videti: čl. 71, st. 1 i čl. 74, st. 1 ZSDSPRM.

108 Videti: čl. 263, st. 2 PZFBH, čl. 306, st. 2 PZRCG, čl. 81, st. 2 ZSDSPRM, čl. 11, st. 2 PZRH, čl. 4, st. 1 PZRSI, čl. 284, st. 2 PZRSr, čl. 263 PZBD i čl. 191, st. 2 PZRS.

109 Videti: čl. 2, st. 2 i čl. 3, st. 2 ZPVRSI i čl. 53, st. 2 ZŽPOIPRH.

110 Videti: čl. 313 PZRCG, čl. 92–94 ZSDSPRM i čl. 195, st. 3 PZRS.

8. Zaključna razmatranja

Uporednopravni prikaz zakonskih rešenja posvećenih ulozi javnih beležnika i porodičnopravnim stvarima u državama sa prostora nekadašnje SFRJ pokazuje, i pored višedecenijske državno-pravne razdvojenosti bivših jugoslovenskih republika, više sličnosti nego različitosti, ne samo u normiranju pojedinih instituta porodičnog prava, već i u pogledu nadležnosti javnih beležnika u ovoj sferi.

Jasno je da teritorijalna bliskost, sličan mentalitet ljudi, zajedničko pravno nasleđe i pravna tradicija imaju uticaja na kreiranje gotovo filigrantski istovetnih rešenja. S druge strane, praktične potrebe datog pravnog podneblja i moderni pravni trendovi povoljno utiču na stvaranje kvalitetno drugačijih rešenja, koja pak mogu imati prednosti u odnosu na odgovarajuća rešenja pravnog sistema Republike Srbije.

Ono što bi srpski normotvorac trebalo, kada je reč o ovlašćenjima javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima, u budućoj redakciji teksta Porodičnog zakona da uradi, ugledajući se na odgovarajuća rešenja zakonodavaca na prostoru nekadašnje SFRJ, ogleda se u nekoliko segmenata (tačaka). Pre svega, neophodno je da stipuliše formu izjave o priznanju očinstva koja se daje pred javnim beležnikom, kao i da omogući detetu koje se priznaje i njegovoj majci da potrebnu saglasnost, u istom obliku, saopšte pred javnim beležnikom. Takođe, ima mesta, naravno uz uvažavanje argumenata *pro et contra*, da se po ugledu na slovenačko pravo uvede sporazumni razvod braka pred javnim beležnikom. Osim toga, kako bi se pojednostavio rad javnih beležnika i sprečilo šaroliko postupanje u praksi na terenu ličnoimovinskih i imovinskih odnosa supružnika, vanbračnih partnera i srodnika, potrebno je da se bliže pojasni: ko sve može da sačini sporazum o zakonskom izdržavanju i šta sve može da čini njegovu sadržinu, da se normira forma ugovora kojim se otuđuju ili opterećuju pokretnosti velike vrednosti poslovno nesposobnih lica i da se u pogledu forme ujednače svi pravni poslovi regulisani u ovom delu Porodičnog zakona.

Literatura

Dika, M. (2009). „Ivanparnična“ i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika – *de lege lata* i *de lege ferenda*. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Br. 59 (6). 1153–1177.

Draškić, M. (2005). *Porodično pravo*. Beograd: Autor i Čigoja štampa.

Kovaček-Stanić, G. (2007). *Porodično pravo: partnersko, dečje i satateljsko pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet.

Kovaček-Stanić, G. (2012). Ovlašćenja javnog beležnika u bračnim/ partnerskim odnosima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. Br. 2. 87–101.

Panov, S. (2009). Predmet bračnog ugovora. *Pravni život*. Br. 10. 889–907.

Povlakić, M. (2013). Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Br. 63 (2). 245–310.

Ponjavić, Z. (2007). *Porodično pravo*. Kragujevac: Pravni fakultet. Rijavec, V. (2010). Uloga notara u građanskom pravu Slovenije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. Br. 1. 108–129.

Sokić, O. (2006). Bračni ugovor; u Ponjavić, Z. (ur.). *Zbornik radova „Novo porodično zakonodavstvo“*. Kragujevac: Pravni fakultet i Centar za porodično pravo. 415–428.

Spirović-Trpenovska, Lj. Micković, D. Ristov, A. (2013). *Semejno pravo*. Skopje: Blesok.

Cvejić-Jančić, O. (2006). Reforma porodičnog prava Srbije. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. Br. 1–2. 3–31.

Pravni izvori

Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Republike Makedonije (Zakon za biomedicinsko potpomognuto oploduvanje), *Služben vesnik na RM*, br. 37/2008, 149/2014, 192/2015 i 37/2016.

Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017.

Zakon o bračnim i porodičnim odnosima Republike Slovenije (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih), *Uradni list SRS*, št. 15/1976, 1/1989, 64/2001, 16/2004, 101/2007, 90/2011, 84/2012 i 82/2015.

Zakon o životnom partnerstvu osoba istog pola Republike Hrvatske (Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola), *Narodne novine*, br. 92/2014.

Zakon o javnom beležništvu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – drugi zakon, 93/2014 – drugi zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

Zakon o javnom beležništvu Republike Hrvatske (Zakon o javnom bilježništvu), *Narodne novine*, br. 78/1993, 29/1994, 162/1998, 16/2007, 75/2009 i 120/2016.

Zakon o lečenju neplodnosti u postupcima oplodnje biomedicinskom pomoći Republike Slovenije (Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo), *Uradni list*, št. 70/2000 i 15/2017.

Zakon o liječenju neplodnosti asistiranim reproduktivnim tehnologijama Republike Crne Gore, *Službeni list RCG*, br. 74/2009.

Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji Republike Hrvatske (Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji), *Narodne novine*, br. 86/2012.

Zakon o notarijatu Republike Makedonije (Zakonot za notarijatot), *Služben vesnik na RM*, br. 55/2007, 86/2008, 139/2009 i 135/2011.

Zakon o notarijatu Republike Makedonije (Zakon za notarijatot), *Služben vesnik na RM*, br. 72/2016.

Zakon o notarijatu Republike Slovenije (Zakon o notariatu), *Uradni list RS*, št. 13/1994, 48/1994, 82/1994, 83/2001, 73/2004, 98/2005, 17/2006, 115/2006, 33/2007, 45/2008 i 91/2013.

Zakon o notarima Brčko distrikta BiH, *Slžbeni glasnik BD*, br. 9/2003 i 17/2006.

Zakon o notarima Republike Srpske (*Službeni glasnik RS*, br. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005, 91/2006, 37/2007, 74/2007 – odluka Ustavnog suda, 50/2010, 78/2011, 20/2014 i 68/2017.

Zakon o notarima Republike Crne Gore, *Službeni list RCG*, br. 68/2005, 49/2008 i 55/2016.

Zakon o notarima Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 49/2002.

Zakon o partnerskoj vezi Republike Slovenije (Zakon o partnerski zvezi), *Uradni list*, br. 33/2016.

Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Makedonije (Zakon za sopstvenost i drugi stvarni prava), *Služben vesnik na RM*, br. 18/2001, 31/2008 – odluka Ustavnog suda, 92/2008, 139/2009 i 35/2010.

Nacrt Zakona o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom Federacije Bosne i Hercegovine, na internet stranici http://www.parlamentf.bih.gov.ba/dom_naroda/v2/userfiles/files/1/%20

u%proceduri_2017/Nacrt%20zakona%20BMPO%20b_.pdf. Pristup ostvaren 20. avgusta 2017. godine.

Porodični zakon Brčko Distrikta BiH, *Službeni glasnik BD*, br. 23/2007.

Porodični zakon Republike Makedonije (Zakon za semejstvoto), *Služben vesnik na RM*, br. 153/2014.

Porodični zakon Republike Slovenije (Družinski zakonik), *Uradni list*, št. 15/2017.

Porodični zakon Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*. Br. 18/2005, 72/2011 – drugi zakon i 6/2015.

Porodični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014.

Porodični zakon Republike Hrvatske (Obiteljski zakon), *Narodne novine*, br. 103/2015.

Porodični zakon Republike Crne Gore, *Službeni list RCG*, br. 1/2007 i 53/2016.

Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/2005 – prečišćen tekst i 31/2014.

Reommendation No. R (86) 12 of the Committee of minister to member states concerning mesures to prevent and reduce the excessive workload in the courts. Preuzeto 30. avgusta 2017. godine. <https://rm.coe.int/16804f7b86>.

Nataša Stojanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE NOTARY PUBLIC AUTHORITIES IN FAMILY-LAW
MATTERS IN THE FORMER SFRY COUNTRIES**

Summary

Observing the basic postulates of the National Judicial Reform Strategy, the Republic of Serbia passed the Notary Public Act in 2011 and, after many decades, re-introduced this judicial profession into the national law by opting for the Latin (public) type of the notary public office. According to the amendments of the current Family Act of the Republic of Serbia, the role of notaries public in the sphere of family law relations is confined to a relatively narrow scope of activities.

Thus, a notary public is authorised to take statements on acknowledgement of paternity and to draw up legal support (maintenance) agreements. The scope of responsibilities of a notary public also includes the attestation of content (solemnization) of a marital agreement, an agreement on the division of spouses' community property, and an agreement on administration and disposition of the spouses' community property. According to the original version of the Notary Public Act, a notary public was authorised to "notarise" and give effect to certain types of legal transactions (e.g. to take statements on compliance with the acknowledged paternity or on consent to the process of biomedically assisted impregnation). Under the amended Act, this authority is no longer part of the public notaries' professional duties and legal protection mission.

Relying on the legal solutions envisaged in contemporary legal systems within the European legal space, the theoretical standpoints of legal scholars pertaining to the notary public authorities in family law matters, as well as the actual notary public practice, we provide a critical analysis of the public notaries' role in family law relations in the contemporary Serbian law. We also point to the justifiability of expanding the authorities of notaries public within this domain, and advocate for a higher degree of de-judicialization of civil law protection, particularly emphasising the need to vest them with the authority to administer uncontested consensual divorce cases.

Keywords: notaries public, family law relations, expanded authorities.

PRAVO BIBLIOTEKE DA DIGITALIZUJE DELO KOJE SE NALAZI U NJENOM FONDU S CILJEM DA GA STAVI NA RASPOLAGANJE PUTEM POSEBNIH UREĐAJA

Apstrakt. Opštepoznato je da su digitalna tehnologija i nastanak interneta duboko uticali na mnoge delatnosti, pa tako i na stvaralaštvo, a posebno na književnost. Pojava digitalnih knjiga znatno je promenila kako sektor izdavaštva, tako i navike čitalaca. Iako digitalna knjiga verovatno neće zameniti knjigu u papirnom obliku, određene kategorije knjiga i tržišta odlikuje to da je prodaja digitalnih knjiga identična prodaji papirnih, pa čak i da je premašuje, a određene knjige su objavljene isključivo u digitalnom obliku. Isto tako, određeni čitaoci, kojih je sve više, napuštaju štampano štivo i okreću se digitalnim čitačima, dok najmlađi među njima nikad nisu ni stekli naviku da koriste papirne knjige.

Ako se biblioteke ne prilagode ovoj evoluciji, postoji velika mogućnost da postanu marginalizovane i da izgube sposobnost praćenja kulture, što je njihov zadatak već više vekova. Uspostavljanje zakonskog okvira za modernizaciju funkcionisanja biblioteka već je neko vreme predmet intenzivne rasprave, kako među zainteresovanim stranama, tako i u pravnoj doktrini. Središnje pitanje te rasprave jeste da li su biblioteke ovlašćene i na temelju kog pravnog osnova digitalizovati dela iz svog fonda, odnosno pozajmljivati digitalne knjige. U radu se analizira sudska praksa Suda pravde Evropske unije koja se odnosi na pravo biblioteke da digitalizuje delo koje se nalazi u njenom fondu s ciljem da ga stavi na raspolaganje putem posebnih uređaja.

Ključne reči: autorsko pravo i srodna prava, izuzeci i ograničenja, digitalizacija, korišćenje s ciljem istraživanja ili privatnog izučavanja dela ili drugih predmeta zaštite, pojam dela koje nije podložno uslovima kupovine ili uslovima licenciranja.

*sspasojevic@jura.kg.ac.rs

1. Uvod

Jedna od odlika informatičkog društva je mogućnost nastanka, snimanja i distribucije digitalnog sadržaja. Najjednostavnije rečeno, digitalizacija je pretvaranje analogne građe u digitalni oblik. Pored tekstualne građe, predmet digitalizacije može biti slikovna građa, audio i video materijal, kao i 3D objekti. Osnovni motiv digitalizacije je bolji i lakši pristup građi i informacijama.

Elektronske knjige imaju prednosti u odnosu na štampane knjige. Naime, zbog izostanka štampanja, izrada elektronske knjige je jeftinija od štampane knjige, a takođe se skraćuje vreme od nastanka dela do njegovog pojavljivanja u javnosti. Osim toga, elektronska knjiga je praktično dostupna svakom članu internet zajednice i ima neuporedivo veće mogućnosti grafičkog uređenja. Elektronska knjiga ima drugačiji format, u određenim situacijama prikladniji, i omogućuje korišćenje određenih funkcija, poput pretrage reči i prevoda, što papirna knjiga nema.

Elektronske knjige, međutim, imaju i svoje nedostatke. Naime, ljudi su još uvek naviknuti na štampanu knjigu, naročito u manje razvijenim sredinama u kojima postoji otpor prema elektronskoj knjizi. Za razliku od elektronske, štampana knjiga sama po sebi ima određenu vrednost.

U poslednje vreme sve je više biblioteka širom Evrope koje nabavljaju knjige u digitalnom obliku, ili već postojeće knjige iz svog fonda digitalizuju i korisnicima nude u elektronskom obliku. Na posebnim čitačima je potom moguće te knjige čitati na kompjuterskim ekranima. Biblioteke nabavljaju elektronske knjige između ostalog i zbog toga što se redovni korisnici biblioteka često suočavaju sa jednim problemom. Naime, knjiga koju žele pozajmiti trenutno nije u biblioteci, a drugog primerka nema. Ovo je često ozbiljan problem za studente, kao i za osobe koje se bave naučnoistraživačkim radom.

Digitalizacija knjiga od strane biblioteka je praktično rešenje, ali s jednim problemom: uvek iznova se postavlja pitanje zaštite autorskih prava knjiga u elektronskom izdanju. Naime, biblioteke kopiraju autorska dela, a da pre toga nisu dobile saglasnost autora, niti su platile nadoknadu.

Evropski zakonodavac je ovaj problem pokušao da reši tako što je u čl. 5, st. 3(n) Direktive 2001/29 predvideo izuzetak u korist javnog saopštavanja dela na elektronskim mestima za čitanje u javnim bibliotekama, muzejima i arhivima (Dreier, 2015: 1905).

Različita tumačenja ove odredbe od strane autora i korisnika dovela su do spora između Tehničkog univerziteta u Darmštatu i nemačke izdavačke kuće „Eugen Ulmer“ koji će u nastavku rada biti analiziran.

2. Kratki prikaz presude donete u predmetu Technische Universität Darmstadt/Eugen Ulmer KG

Tehnički univerzitet u Darmštatu upravlja javnom bibliotekom. On je u svojim prostorijama uredio mesta za elektronsko čitanje na kojima je stavio na raspolaganje dela iz svog bibliotečkog fonda. Među njima se našao i udžbenik Vinfrida Šulca „Einführung in die neuere Geschichte“ (Uvod u savremenu istoriju), koji je objavila izdavačka kuća „Eugen Ulmer KG“. Univerzitet u Darmštatu je digitalizovao tu knjigu kako bi je ponudio na mestima za elektronsko čitanje. Mesta za čitanje nisu omogućavala istovremeno korišćenje više primeraka dela od onih raspoloživih u bibliotečkom fondu. Korisnici mesta za čitanje mogli su delo u celini ili u delovima odštampati ili snimiti na USB priklju čak, i u tom obliku ga izneti iz biblioteke.

Univerzitet u Darmštatu nije prihvatio ponudu izdavačke kuće „Eugen Ulmer“ da udžbenike u njenom izdanju kupi i koristi u obliku elektronskih knjiga. Nakon što je izdavačka kuća „Eugen Ulmer“ podnela tužbu regionalnom sudu u Frankfurtu, taj sud je u presudi od 6. marta 2011. godine zaključio da su nosilac prava i ustanova morali prethodno sklopiti sporazum o digitalnom korišćenju dela kako bi se isključila primena čl. 52b nemačkog Zakona o autorskom pravu. Ovaj sud je istovremeno odbio zahtev izdavača da se Univerzitetu zabrani da digitalizuje ili naruči digitalizaciju spornog udžbenika. On je, međutim, prihvatio zahtev izdavača da se korisnicima biblioteke zabrani da mogu, na mestima predviđenim za elektronsko čitanje u biblioteci, štampati na papir to delo i/ili ga snimiti na USB priključak i izneti te reprodukcije iz biblioteke.

Nakon što je Univerzitet u Darmštatu podneo nemačkom Saveznom sudu zahtev za reviziju, ovaj sud je odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu pravde EU sledeća prethodna pitanja:

1. Da li je delo podložno uslovima kupovine ili licenciranja u smislu čl. 5, st. 3(n) Direktive 2001/29 kada nosilac prava ustanovama predviđenim tom odredbom nudi da po prikladnim uslovima sklope ugovore o licenci za korišćenje tog dela?

2. Da li čl. 5, st. 3(n) Direktive 2001/29 omogućuje državama članicama da ustanovama daju pravo da digitalizuju dela iz svojih fondova, ako stavljanje tih dela na raspolaganje javnosti putem posebnih uređaja to zahteva?

3. Mogu li prava koja države članice predviđaju shodno čl. 5, st. 3(n) Direktive 2001/29 ići dotle da se korisnicima uređaja omoguće da štampaju na papir ili snime na USB priključak dela koja su im stavljena na raspolaganje putem tih uređaja?

3. Presuda Suda pravde EU u predmetu Technische Universität Darmstadt/Eugen Ulmer KG

Izuzetke i ograničenja iz čl. 5, st. 3(n) Direktive 2001/29 države članice mogu predvideti nacionalnim zakonima. Upravo je to učinio nemački zakonodavac u čl. 52(b) Zakona o autorskom i srodnim pravima.¹ Međutim, granično pravilo čl. 52(b) nemačkog Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima je već duže vreme bilo predmet diskusije između biblioteka i izdavača (Strobel, 2015: 1).

Doslovni tekst čl. 52(b) nemačkog Zakona o autorskom pravu otvorio je, dakle, tri važna pitanja koja je nemački Savezni sud kao prethodna pitanja postavio Sudu pravde EU, i koja se odnose se na tumačenje čl. 5, st. 3(n) Direktive 2001/29. Ovaj propis određuje da „države članice mogu predvideti izuzetke ili ograničenja prava navedenih u čl. 2 i 3 u sledećim slučajevima: {...}

(n) korišćenje saopštavanjem ili stavljanjem na raspolaganje, s ciljem istraživanja ili privatnog izu čavanja, pojedinim pripadnicima javnosti putem posebnih uređaja u prostorijama ustanova iz čl. 2(c), dela ili drugih predmeta zaštite koji se nalaze u njihovim zbirkama, a koje nisu podložne uslovima prodaje ili uslovima licenciranja {...}“.

Svojim prvim pitanjem nemački sud je zapravo želeo da sazna da li je delo podložno „uslovima prodaje ili uslovima licenciranja“ u smislu čl.

5, st.3(n) Direktive 2001/29 kada nosilac prava ustanovi predviđenoj

1 «Dopušteno je stavljanje na raspolaganje objavljenih dela iz javnih bibliotečkih fondova, muzeja ili arhiva koje ne teži posredno ili neposredno komercijalnom cilju i koje je predviđeno isklju čivo u prostorijama predmetne ustanove, na mestima za elektronsko čitanje koja su za to posebno predviđena, s ciljem istraživanja i privatnog izu čavanja, ako to nije protivno nekoj ugovornoj odredbi. Broj primeraka dela dostupnih na mestima za elektronsko čitanje ne sme načelno biti veći od onoga koji sadrži fond ustanove».

tom odredbom poput javne biblioteke ponudi da pod povoljnim uslovima sklopi ugovor o licenci ili korišćenju tog dela. Pre nego što je dao odgovor na ovo pitanje, Sud u Luksemburgu je upoređivao različite jezičke verzije Direktive 2001/29, posebno englesku, nemačku, špansku i francusku verziju Direktive, koje koriste termine „terms“, „conditions“, „Regelung“ i „condiciones“. Pored toga, Sud se pozvao na uvodne izjave 45 i 51 Direktive 2001/29, kao i na činjenicu da je svrha ograničenja iz čl. 5, st. 3(n) Direktive 2001/29 promicanje javnog interesa povezanog sa podsticanjem istraživanja i privatnog izučavanja širenjem znanja, što je, između ostalog, osnovna svrha javnih biblioteka. Imajući sve to u vidu, Sud je dao odgovor na prvo pitanje koji ide u prilog bibliotekama. Naime, Sud je zaključio da se izuzeci i ograničenja iz čl. 5, st. 3 Direktive 2001/29 odnose na stvarne ugovorne odnose, kao i na sklapanje i sprovođenje stvarnih ugovora, a ne na jednostavne ponude za sklapanje ugovora ili licence.²

Kao što je ranije u tekstu istaknuto, digitalizacija je pretvaranje dela iz analognog u digitalni oblik. Kao takva, digitalizacija predstavlja radnju reprodukovanja dela. Sa druge strane, poznato je da autori, odnosno nosioci prava imaju isključivo pravo reprodukovanja, kao i pravo saopštavanja dela javnosti.³ Otuda je u sporu između Univerzitetske biblioteke u Darmštatu i izdavačke kuće „Eugen Ulmer“ bilo sporno i to da li države članice pozivajući se na čl. 5, st. 3(n) Direktive 2001/29 mogu dati pravo javnim bibliotekama da digitalizuju dela iz svog fonda, i ako mogu pod kojim uslovima. Naime, izuzeci i ograničenja iz čl. 5, st. 3(n) odnose se na prava predviđena u čl. 2 i 3 Direktive 2001/29, dakle, i na isključivo pravo reprodukovanja i saopštavanja dela javnosti.

U smislu ranije prakse Suda pravde EU, za postojanje radnje saopštavanja dela javnosti dovoljno je da se delo stavi na raspolaganje javnosti tako da mu osobe od kojih se ona sastoji mogu pristupiti. Bez značaja je, pritom, da li su te osobe ovu mogućnost koristile ili ne.⁴ U tom smislu, javne biblioteke koje omogućavaju pristup delima iz svoje zbirke određenoj javnosti, odnosno pojedincima koji koriste posebne uređaje postavljene u njenim prostorijama sa ciljem istraživanja ili privatnog izučavanja, čine radnju saopštavanja dela javnosti. Međutim, za radnju saopštavanja dela javnosti javne biblioteke ne moraju da traže saglasnost autora, imajući u vidu ograničenja i izuzetke iz čl. 5, st. 3(n) Direktive

2 Videti presudu Suda pravde EU u predmetu C 117/13, tačke 26, 27 i 30.

3 Videti čl. 2 i 3 Direktive 2001/29.

4 Videti presudu „Svensson“ Suda pravde EU u predmetu C-466/12.

2001/29. Ipak, pravo javnih biblioteka na saopštavanje javnosti dela iz svog fonda, u granicama uslova predviđenih navedenim propisom, izgubilo bi smisao i korisni učinak ako javne biblioteke ne bi imale pravo da digitalizuju dela iz svog fonda. Otuda je Sud u Luksemburgu zauzeo stav da „država članica može dati pravo javnim bibliotekama da digitalizuju dela iz svog fonda, ako je radnja reprodukovanja neophodna radi stavljanja na raspolaganje tih dela korisnicima putem posebnih uređaja u prostorijama tih ustanova“.⁵ To se, primera radi, može odnositi na dela koja koristi veliki broj istraživača i čiji primerci bi se usled upotrebe mogli pohabati. Međutim, digitalizovana dela koja su javne biblioteke stavile na raspolaganje putem posebnih uređaja korisnici ne mogu da štampaju ili snimaju na USB priključak.

Digitalizacija dela koja su u posedu javnih biblioteka bila je predmet nesuglasica i u okviru projekta Google Book Search. Presuda Suda pravde EU u predmetu Darmstadt/Ulmer-Verlag dala je odgovore na neka sporna pitanja u vezi sa digitalizacijom dela i doprinela pravnoj sigurnosti. Ipak, presuda je pokazala da se izuzeci i ograničenja autorskih prava i dalje usko tumače, i da se tehnološki napredak ne uzima u obzir u dovoljnoj meri. Postoji, dakle, i dalje potreba za reformom ovih pitanja (Kieselstein, 2015: 9). Naime, postoje predlozi za uvođenje opšteg naučnog i obrazovnog ograničenja ili jačanje postojećih granica kao takvih (Wandtke/Konig, 2014: 921). Bibliotekama je potrebna sigurnost, saznanje šta one smeju da urade, a šta je zabranjeno. Otuda će u nastavku rada biti analizirana još jedna presuda Suda pravde EU koja za predmet ima pitanje digitalizacije dela od strane javnih biblioteka.⁶

4. Kratki prikaz presude donete u predmetu Vereinigung Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht

Udruženje javnih biblioteka u Holandiji (u daljem tekstu:VOB)⁷ zastupa interese svih javnih biblioteka. Biblioteke pozajmljuju knjige u papirnom obliku, a organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava na ime protivčinidbe isplaćuju paušalni iznos. Organizacija raspodeljuje nosiocima prava naplaćene naknade na osnovu uredbe o raspodeli posredstvom tela zajedničkog upravljanja, poput Stichting LIR A-e,⁸ koji je zadužen za upravljanje pravima vezanim za književna, dramska i dramsko

5 Videti tačku 49 presude Suda pravde EU u predmetu C - 117/13.

6 Presuda Suda pravde EU u predmetu C - 174/15.

7 [http:// www.debibliotheken.nl](http://www.debibliotheken.nl).

8 <http://www.lira.nl>.

muzička dela, i Stichting Pictorighta, koji je zadužen za upravljanje pravima vezanim za vizuelna dela poput onih koja su stvorili vajari, fotografi, ilustratori, dizajneri i arhitekte.

U skladu s holandskim zakonodavstvom iznos naknade na ime pozajmljivanja utvrđuje Stichting Onderhandeligen Leenvergoedingen (u daljem tekstu: StOL), organizacija koju je u tu svrhu odredio ministar pravde.

Dok se unutar StOL-a od 2004. godine raspravljalo o pitanju da li je digitalno pozajmljivanje elektronske knjige obuhvaćeno izuzetkom iz čl.

15c holandskog Zakona o autorskom pravu, upravni odbor StOL-a je tokom sastanka 24. marta 2010. godine odlučio da na to pitanje odgovori negativno.

Pored toga, na zahtev holandskog Ministarstva obrazovanja, kulture i nauke, Institut za informatičko pravo Univerziteta u Amsterdamu i savetodavno trgovačko društvo sastavili su izveštaj kojim je zaključeno da digitalno pozajmljivanje elektronskih knjiga od strane biblioteka nije obuhvaćeno navedenim izuzetkom.

Na osnovu tog izveštaja, holandska vlada sastavila je predlog Zakona o bibliotekama koji za digitalno pozajmljivanje elektronskih knjiga na daljinu propisuje stvaranje nacionalne digitalne biblioteke. Taj predlog počiva na pretpostavci da digitalno pozajmljivanje elektronskih knjiga nije obuhvaćeno tim istim izuzetkom.

U momentu nastanka spora, javne biblioteke su stavljale elektronske knjige na raspolaganje na internetu na osnovu sporazuma o licenci sa nosiocima prava.

VOB je osporio taj predlog zakona te je shodno tome sudu koji je uputio zahtev podneo tužbu za utvrđenje da trenutni zakon o autorskim pravima u osnovi već obuhvata digitalno pozajmljivanje.

U tim okolnostima sud u Hagu je odlučio da prekine postupak i da Sudu pravde EU uputi sledeća prethodna pitanja:

„1. Treba li čl. 1, st. 2, čl. 2, st.1(b) i čl. 6, st. 1 Direktive 2006/115 tumačiti na način da u pojam «pozajmljivanje» obuhvata i stavljanje na raspolaganje za upotrebu romana, zbirke priča, biografija, putopisa, knjiga za decu i omladinu koji su zaštićeni autorskim pravima, bez ostvarivanja posredne ili neposredne imovinske ili komercijalne koristi, kada se sprovodi posredovanjem organizacija koje su dostupne javnosti,

- koje se obavlja stavljanjem umnoženog primerka u digitalnom obliku (primerak A) na poslugu organizacije i omogućavanjem korisniku da taj umnoženi primerak preuzimanjem kopira na svoj računar (primerak B),
- pri čemu umnoženi primerak koji je korisnik izradio tokom preuzimanja (primerak B) nakon isteka ograničenog perioda više nije upotrebljiv i
- ostali korisnici tokom tog razdoblja ne mogu preuzeti umnoženi primerak (primerak A) na svoj računar?

2. Ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan: protivi li se čl. 6 Direktive 2006/115 i/ili druga odredba prava Unije tome da države članice primenu ograničenja prava sadržanog u čl. 6 Direktive 2006/115 uslovljavaju time da je nosilac prava umnoženi primerak dela, koji je organizacija stavila na raspolaganje (primerak A), stavio na tržište prvom prodajom ili drugim prenosom vlasništva tog umnoženog primerka u Uniji ili da je do toga došlo uz njegov pristanak u smislu čl. 4, st. 2 Direktive 2001/29?

3. Ako je odgovor na drugo pitanje negativan: postavlja li čl. 6 Direktive 2006/115 druge uslove u pogledu porekla umnoženog primerka koji je organizacija stavila na raspolaganje (primerak A), kao na primer uslov da je taj umnoženi primerak stečen na zakonit način?

4. Ako je odgovor na drugo pitanje potvrđan: treba li čl. 4, st. 2 Direktive 2001/29 tumačiti na način da pod prvom prodajom ili drugim prenosom vlasništva predmeta u smislu ove odredbe treba takođe razumeti i vremenski neograničeno stavljanje na raspolaganje za preuzimanje na daljinu digitalnog umnoženog primerka romana, zbirki priča, biografija, putopisa, knjiga za decu i omladinu koji su zaštićeni autorskim pravom?"

5. Presuda suda pravde EU u predmetu Vereinigung Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht

Presuda Suda pravde EU u napred analiziranom sporu doneta je u korist javnih biblioteka i njenih korisnika. Naime, Sud je odlučio da pojam „pozajmljivanje u smislu Direktive 2006/115 obuhvata i pozajmljivanje umnoženog primerka knjige u digitalnom obliku, kada se to pozajmljivanje obavlja stavljanjem umnoženog primerka na raspolaganje i omogućavanjem korisniku da umnoženi primerak preuzimanjem kopira na svoj računar, pri čemu se tokom perioda pozajmljivanja može preuzeti samo jedan

umnoženi primerak, a nakon isteka tog perioda, korisnik ne može više upotrebiti umnoženi primerak koji je preuzeo“.

Ovakva presuda Suda pravde EU opravdana je i očekivana iz više razloga. Naime, autorsko pravo spada u „dinamična prava“, premda je pod snažnim uticajem razvoja tehnologije. Ipak, tehnološki napredak je toliko brz da često prestiže usvajanje odgovarajućih pravnih pravila. Anahronizam pravnih pravila u odnosu na stvarnost često za posledicu ima nesigurnost, pravne praznine i probleme prilikom tumačenja nejasnih odredbi. Primer za to je Direktiva 2006/115 koja predstavlja kodifikaciju Direktive 92/100. Zakonodavac Unije u Direktivi 92/100 nije pojmom pozajmljivanja obuhvatio digitalne knjige iz razloga što je tehnologija za komercijalno iskorišćavanje digitalnih knjiga u to vreme bila tek u povoju. Strogim tumačenjem važeće Direktive 2006/115 zaključuje se da se digitalno pozajmljivanje odnosi na fonograme, videograme i računarske programe, a ne i na digitalne knjige. Ipak, i odredbe o iznajmljivanju fonograma i videograma su zastarele, jer je njihovo iznajmljivanje praktično nestalo i zamenjeno mogućnošću stavljanja na raspolaganje na internetu.

Biblioteke su oduvek pozajmljivale knjige bez potrebe za traženjem ovlašćenja. Neke od njih nisu čak morale da kupe svoj primerak, s obzirom na to da su primale obavezne primerke. To se objašnjava činjenicom da se knjiga ne smatra običnom robom i da su oduvek bile značajne za očuvanje i pristup kulturi i naučnim saznanjima. U današnjem digitalnom dobu, bibliotekama se mora omogućiti da nastave istu ulogu očuvanja i širenja kulture koju su imale u vreme dok su knjige postojale samo u papirnom obliku. Pojedine biblioteke, posebno javne, nemaju uvek finansijska sredstva za nabavku digitalnih knjiga sa pravom pozajmljivanja po visokim cenama koje zahtevaju izdavači. Sa druge strane, postoji opasnost da izdavači odbiju da sklope sporazum sa bibliotekama koji bi bibliotekama omogućio digitalno pozajmljivanje. Izdavači ovo čine strahujući da bi takvo pozajmljivanje štetilo njihovim interesima na način da smanjuje prodaju.

Sud u Luksemburgu se očigledno rukovodio svim napred iznetim razlozima kada je pojam „pozajmljivanja“ u smislu Direktive 2006/115 tumačio u korist biblioteka. Svako drugo tumačenje značilo bi da su biblioteke u opasnosti da u digitalnom okruženju ne mogu da nastave da obavljaju svoju ulogu koja im je bila svojstvena u doba papirnih knjiga.

6. Zakonska rešenja u domaćem pravu i usklađenost sa pravom EU

Nove tehnologije, pre svega internet i društvene mreže, uticale su da se u svetu, između ostalog, kreira trend digitalnih biblioteka. Naime, jedini način da biblioteke osiguraju budućnost jeste da se prilagode novim tehnologijama.

Srpski Zakon o autorskom i srodnim pravima sadrži nekoliko odredbi koje su posredno ili neposredno povezane sa pitanjem digitalizacije bibliotečke građe. Tako Zakon u čl. 40 propisuje da „autor ima pravo na odgovarajuću naknadu u slu čaju davanja na poslogu originala ili umnoženih primeraka autorskih dela, od strane javnih biblioteka, odnosno drugih institucija kojima je to delatnost“. Sa druge strane, u okviru ograničenja autorskog prava, Zakon u čl. 45 propisuje da je „dozvoljeno bez dozvole autora i bez plaćanja autorske nadoknade umnožavanje dela od strane javnih biblioteka, obrazovnih ustanova, muzeja i arhiva, samo za sopstvene arhivske potrebe, ako se delo umnožava iz sopstvenog primerka i ako takvim umnožavanjem ove institucije nemaju nameru da ostvare neposrednu ili posrednu imovinsku korist“. U Zakonu se, dakle, eksplicitno ne navodi kako se ostvaruje ograničenje od jednog primerka u slu čaju da se bibliotečka građa ili građa bilo koje druge ustanove digitalizuje. Ovo pitanje je podložno interpretacijama. Zakon, takođe, eksplicitno ne navodi da li davanje na poslogu obuhvata i pozajmljivanje umnoženog primerka knjige u digitalnom obliku.

Bez obzira kako i kada će Srbija ući u proces digitalizacije, kreiranje digitalne biblioteke i očuvanje i zaštita digitalne građe svima nama je zajednički cilj. Naime, digitalizacija je dinamičan proces koji zahteva stalno praćenje i usklađivanje sa novim tehnologijama. U tom smislu su dragocena iskustva zemalja članica EU, pre svega praksa Suda pravde EU i nacionalnih sudova zemalja članica.

7. Zaključak

Presuda Suda pravde EU u predmetu Darmstadt/Ulmerdelimično je doneta u korist biblioteke. Naime, prema presudi Suda biblioteke smeju da digitalizuju dela koja poseduju i u slu čaju kada im izdavač ponudi vlastito digitalno izdanje. Sud se pritom pozvao na čl. 5, st. 3(n) Direktive 2001/29. Sa druge strane, biblioteka u Darmštatu se na početku spora pozvala na čl. 52(b) nemačkog Zakona o autorskom pravu koji određuje ograničenja autorskog prava u korist biblioteka, muzeja i arhiva. Prema navedenoj odredbi, biblioteke smeju izdata autorska dela da učine javno dostupnim, pod uslovom da nemaju ni direktne ni indirektno

komercijalne interese i da su učinjena dostupnim na mestima unutar biblioteke na kojima će se koristiti za istraživanje i učenje, odnosno za vlastite potrebe korisnika. U svojoj presudi Sud u Luksemburgu je istakao da je ključni zadatak biblioteka omogućavanje pristupa informacijama u svrhu studiranja i obrazovanja. Digitalizacija dela iz vlastitog fonda jedan je od načina omogućavanja tog pristupa. S druge strane, biblioteke svojim korisnicima ne smeju dozvoliti da digitalizovanu građu štampaju ili kopiraju na vlastiti USB, osim kada je to dogovoreno sa izdavačem i kada izdavač za to primi nadoknadu. Ipak, prema presudi suda pravo korisnika da digitalizovanu građu štampa ili snimi na vlastiti USB nije obuhvaćeno oderdbom o izuzetku od autorskog prava koje se odnosi na biblioteke, arhive i muzeje, nego odredbom koja dozvoljava umnožavanje za vlastitu upotrebu. Nacionalnim zakonodavstvima je ostavljeno da definišu uslove pod kojima izdavačima treba osigurati novčanu kompenzaciju. Prema analiziranoj presudi u državama članicama EU biblioteke smeju digitalizovati dela koja poseduju i to ne samo ona na kojima su autorska prava istekla, nego i ona koja im izdavač može ponuditi u digitalnom obliku. Na taj način je proširena prvobitna ideja da je cilj digitalizacije očuvanje i davanje na korišćenje javnosti retke i stare građe. I u jednom i u drugom analiziranom slučaju sud se izjasnio da digitalizaciju nužno ne smatra reprodukcijom. Obe presude su ograničene na ustanove koje poseduju građu, a pritom ne ostvaruju profit. Ipak, ove presude u budućnosti mogu biti smernice za problematiku vezanu za digitalizaciju.

Literatura

Dreier, T. (2015), Elektronische Leseplätze in Bibliotheken, Ein Urteil zum Nachteil von Autoren und Verlagen, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1905–1909.

Kieselstein, J. (2015), Der elektronische Leseplatz und die bibliothekarische Praxis, *Der Grüne Bote, Zeitschrift für Lauterkeitsrecht und Geistiges Eigentum*, 1, 6–10.

Strobel, B. (2015), Elektronische Leseplätze in Bibliotheken nach dem des EuGH - Anm. zu EuGH, Urt. v. 11.9. 2014 - C - 117/13 - Technische Universität Darmstadt/ Eugen Ulmer KG, *Der Grüne Bote, Zeitschrift für Lauterkeitsrecht und Geistiges Eigentum*, 1, 1–6.

Wandtke, A.A./Konig, R. (2014), Reform der urheberrechtlichen Schrankbestimmungen zugunsten von Bildung und Wissenschaft, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 921–930.

Doc. Sonja Lučić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

**THE RIGHT OF A LIBRARY TO DIGITISE A WORK FROM ITS COLLECTION
IN ORDER TO MAKE IT AVAILABLE VIA DEDICATED TERMINALS**

Summary

It is a commonplace to say that digital technology and the advent of the Internet have had a profound effect on many areas of human activity, including creative work and particularly literature. The introduction of electronic books has significantly altered both the publishing sector and readers' habits, and this is just the beginning. While electronic books may never replace printed books, the fact remains that, for certain categories of book and on certain markets, the volume of electronic book sales equals or surpasses the volume of printed book sales, whereas some works are published only in digital format. Hence, a growing number of readers are leaving printed books aside and turning to electronic reading devices. Young readers may never have accustomed themselves to printed books.

If libraries are unable to adapt to this trend, they risk marginalisation and may no longer be able to fulfill the task of cultural dissemination which they have performed for thousands of years. The institution of a regulatory framework to accommodate the modernisation of the way in which libraries operate has been a subject of intense debate for some time, both among the interested stakeholders and in legal theory. The question at the heart of this debate is whether and (if so) on what legal grounds libraries may be authorised to lend electronic books. The author analyzes the recent case law of the European Court of Justice, which refers to the right of the library to digitise a work which is contained in its collection in order to make it available via dedicated terminals.

Keywords: *e-books, digitization, library services, regulatory framework, case law, Court of Justice.*

Dr Aleksandar Đorđević*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776549D

UDK: 347(497.11)“13”
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

RECEPCIJA GRČKO-RIMSKOG (VIZANTIJSKOG) PRIVATNOG PRAVA U DUŠANOVOM ZAKONODAVSTVU

Apstrakt: U radu autor analizira razvoj privatnog prava u srednjovekovnoj Srbiji u vreme vladavine cara Dušana. Autor posebno podvlači ogroman uticaj razvijenog vizantijskog privatnog prava na srpski srednjovekovni pravni sistem, prevođenjem vizantijskih pravnih izvora i sastavljanjem posebnih kompilacija srpskog prava. Dušanovo zakonodavstvo čine Dušanov zakonik, Sintagma Matije Vlastara i tzv. Zakon cara Justinijana. Dušanov zakonik ne sadrži mnogo normi privatnog prava. Sintagma je originalni vizantijski pravni zbornik koji je naredbom cara Dušana preveden na starosrpski i u njoj su zastupljene sve grane rimskog privatnog prava. Zakon Justinijana predstavlja srpsku kompilaciju vizantijskih pravnih tekstova i u najvećoj meri sadrži odredbe privatnog prava. Razvoj srpske države za vreme velikih osvajanja cara Dušana, uslovio je i potrebu za novom kodifikacijom prava, a posebno privatnog prava koja je otpočela još donošenjem Zakonopravila Svetoga Save. Vlastareva Sintagma sadrži čitav sistem razvijenog rimsko-vizantijskog privatnog prava i kao najobimniji pravni dokument zauzima centralno mesto u radu autora.

Ključne reči: privatno pravo, Dušanovo zakonodavstvo, recepcija rimskog prava, istorija srpskog srednjovekovnog prava, vizantijski pravni tekstovi, Sintagma Matije Vlastara, Zakonopravilo (Nomokanon).

* djole@prafak.ni.ac.rs

Srednjovekovno privatno srpsko pravo nije dovoljno istraživano i proučavano u pravnoistorijskoj literaturi. Neophodno je posebnu pažnju posvetiti ovoj važnoj grani prava, budući da postoje pravnoistorijski dokumenti koji sadrže čitav sistem privatnog prava koji je recepcijom preuzet iz različitih vizantijskih izvora. Privatno pravo srednjovekovne Srbije veoma je razvijeno i svedoči o visokom stepenu svesti njenih državnika, kao i o razvoju društvenih, ekonomskih, privrednih i pravnih odnosa ove države koji je i zahtevao donošenje takvih propisa.

Još početkom XX veka, naš ugledni naučnik, pravni istoričar i filolog, Stojan Novaković, tačno je zapazio: «U nas se malo vodilo računa da je sav naš istorijski život protekao u klasičnoj domovini rimskoga prava i da smo, što se tiče pravnih ideja, jednako živeli pod uticajem i upravo pod gospodovanjem rimskoga prava» (Novaković, 1906: 1). Zaista, prostori koje su naselili Srbi bili su sastavni deo Rimske imperije, a posle propasti Zapadnog rimskog carstva, došli su pod vlast Istočnog rimskog carstva (Vizantije) i ostali u njenoj kulturnoj orbiti sve do pada Carigrada 1453. godine. Na osnovu ove misli Novakovića, Aleksandar Solovjev, takođe vrstan pravni istoričar, zaključuje da osim recepcije vizantijskog prava u srednjovekovnoj Srbiji postoji i tradicija rimskoga prava na prostorima Balkanskog poluostrva još od vremena Oktavijana Avgusta (Solovjev, 1998: 371–372). Tradicija važenja rimskoga prava u velikoj meri će olakšati potonju recepciju vizantijskog prava u srpskoj srednjovekovnoj državi, budući da su pojedini pravni instituti bili čvrsto utemeljeni u svesti i u praksi stanovnika ovih prostora. To se posebno odnosi na privatnopravne ustanove rimskoga prava.

Recepcija vizantijskog prava u srednjovekovnoj Srbiji ima svoje duboke korene u Savinom Zakonopravilu¹. Prvi pisani zakonik srednjovekovne Srbije jeste Zakonopravilo (Nomokanon) Svetoga Save. Ovaj obiman dokument donet je 1219. godine, posle dobijanja autokefalnosti Srpske pravoslavne crkve. Pored mnogobrojnih vizantijskih kanonskih i drugih propisa, sadrži i Prohiron (προχειρος νομος), preveden na starosrpski jezik.

1 Savino Zakonopravilo (Nomokanon) prvi je pisani srpski zakonik. Reč nomokanon je kovanica starogrčkog porekla, od reči nomos (νομος) – zakon i reči kanon – crkveno pravilo. Nomokanoni predstavljaju mešovite zbirke svetovnog i crkvenog prava. Nastali su u Vizantiji, a Sveti Sava je, po ugledu na vizantijsko pravo, sačinio nomokanon za srpsku upotrebu, nazvavši ga Zakonopravilo. Sadrži 64 glave (6 uvodnih) na oko 800 listova. O Zakonopravilu postoji obimna literatura, a posebno se u radu na njegovom objavljivanju i prevodenju na moderan srpski jezik istakao naš naučnik Miodrag M. Petrović. Videti: Petrović M. (2004), *Zakonopravilo Svetoga Save na srpskoslovenskom i srpskom jeziku I*, Manastir Žiča 2004.

Sveti Sava ovaj pravni zbornik u Zakonopravilu naziva Gradski zakon.²

Pod terminom Dušanovo zakonodavstvo³ podrazumeva se trodelni kodeks prava donet na državnim saborima 1349. i 1354. Čine ga Dušanov zakonik, Skraćena Sintagma i Justinijanov zakon. Dušanov zakonik sadrži pretežno javnopravne odredbe, i veoma malo normi privatnog prava. Sintagma Matije Vlastara⁴, vizantijski pravni zbornik iz prve polovine XIV veka, preveden je na srpskoslovenski jezik za vreme Dušanove vladavine. Ubrzo je naređeno i njeno skraćivanje, tako da je sa oko 300 članova ona svedena na jednu trećinu. Tako je nastala Skraćena Sintagma koju pronalazimo u mnogim prepisima Dušanovog zakonika koji su došli do našeg vremena. Treći deo Dušanovog zakonodavstva predstavlja Zakon cara

2 Prohiron (*προχειρος νομος*) je vizantijski zakon u 40 glava donet za vreme cara Vasilija I, osnivača makedonske dinastije, u periodu 870–879. godine. Važan je pravni zbornik građanskog, krivičnog i crkvenog prava. Za srpsko srednjovekovno pravo ima veliki značaj, budući da je preveden na srpskoslovenski jezik u okviru Zakonopravila, pod nazivom Gradski zakon (Ostrogorski, 1998: 235–236). Gradski zakon je dobar prevod na srpskoslovenski jezik grčkog Prohirona. Podeljen je na 40 grana, a svaka grana na određen broj glava (Petrović, 2013: 253).

3 Dušanovo zakonodavstvo je izraz koji se u pravnoistorijskoj nauci koristi za označavanje ne samo Dušanovog zakonika, već i vizantijskih pravnih kompilacija Sintagme Matije Vlastara i tzv. Zakona cara Justinijana, prevedenih i sačinjenih po naredbi cara Dušana. Među prvima je na ovu činjenicu ukazao i naš poznati pravni istoričar Aleksandar Solovjev u svojoj raspravi objavljenoj davne 1928. godine. Videti: Solovjev, A. (1928), *Zakonodavstvo Stefana Dušana, cara Srba i Grka*, Skoplje 1928. Ovo izdanje je ponovo štampano i 1998. godine u ediciji *Klasici jugoslovenskog prava*.

4 Sintagma Matije Vlastara je vizantijski pravni zbornik nastao 1335. godine kao delo svetogorskog monaha. Naziva se i Alfavitna Sintagma, budući da svaka glava počinje slovom iz starogrčkog alfavita. Ima 24 glave, preko 300 članova i važan je kodifikatorski podvig vizantijskih zakonodavaca u XIV veku. Na starosrpski jezik prevedena je za vreme vladavine cara Dušana, a njeno skraćivanje poznato je kao posebna srpska pravna kompilacija pod nazivom Skraćena Sintagma (nešto manje od sto članova). Prvo izdanje srpskoslovenskog prevoda Vlastareve Sintagme objavio je naš poznati naučnik Stojan Novaković sada već davne 1907. godine. Videti: Novaković S. (1907), *Matije Vlastara Sintagmat*, Beograd: Zadužbina Ilije Kolarca. Posle više od jednog veka, Srpska akademija nauka i umetnosti izdala je prevod Sintagme na savremeni srpski jezik. Reč je o prevodu Tatjane Subotin Golubović. Videti: Subotin Golubović, T. (2013), *Matija Vlastar, Sintagma*, Beograd: Srpska akademija nauka i umetnosti. U ovom radu prilikom citiranja pojedinih odredaba iz Sintagme, biće korišćen ovaj prevod Tatjane Subotin Golubović, budući da je prvi prevod sa starosrpskog na savremeni srpski jezik.

Justinijana⁵, osobena srpska pravna kompilacija zasnovana na prevodu nekoliko vizantijskih pravnih tekstova.

Rimsko pravo je, dakle, u Srbiju stizalo iz Vizantije, prihvatanjem tri vizantijske pravne zbirke: Zakonopravila, Sintagme Matije Vlastara i tzv. "Justinijanovog zakona". Ta recepcija je imala svoje specifičnosti, jer je dolazila posrednim putem. Srpski pravници nisu čitali originalne latinske spise, već vizantijske (grčke) prerade rimskog prava. Zbog toga se ponekad smisao rimskih pravnih ustanova menjao, usled razlika između rimske i vizantijske pravne terminologije (Šarkić, 2009: 2–3). Ovome treba dodati i sam Dušanov zakonik kao primer recepcije vizantijskog prava, bez obzira što je pretežno javnopravne i krivičnopravne sadržine. Nikola Radojičić odavno je dokazao da su mnogi članovi preuzeti iz vizantijskog zakonodavstva – iz Prohirona, Vasilika, Epanagoge i drugih pravnih zbornika. (Radojičić, 1951: 64–74)

Pitanje Dušanovog zakonodavstva, dakle, predstavlja pitanje odnosa srpskog i vizantijskog prava. Formalni uticaj rimsko-vizantijskog prava na srpsko počinje još od donošenja Savinog Zakonopravila. Primanjem hrišćanstva iz Istočnog rimskog carstva i stupanjem Zakonopravila na pravnu snagu, postavljeni su temelji recepcije vizantijske kulture u srednjovekovnoj Srbiji. Taj proces trajao je neprekidno, a najintenzivniji bio je za vreme vladavine cara Dušana. U tom smislu treba i posmatrati Dušanovo zakonodavstvo, kao logičan i prirodan nastavak puta recepcije grčko-rimskog (vizantijskog) prava u Srbiji, započetog još početkom XIII veka.

Posebno pitanje predstavlja mesto Skraćene Sintagme u okviru Dušanovog zakonodavstva. Pregledom starijih prepisa Dušanovog zakonodavstva vidi se da je redosled pravnih izvora uvek isti: najpre ide Skraćena Sintagma, potom sledi Zakonik Justinijanov, a na kraju Dušanov zakonik. Tu posebnu vezu ova tri pravna zbornika na osnovu nekoliko hipoteza, prvi je dokazao A. Solovjev. On tvrdi da se u sadržaju Skraćene Sintagme na kraju teksta uvek nalazi rečenica "da ono što se ne nalazi u Sintagmi, treba tražiti u Dušanovom i Justinijanovom zakoniku". Zatim, isti autor uočava u Rakovačkom prepisu Dušanovog zakonodavstva zapis da je Skraćena Sintagma "sastavljena i utvrđena carem Dušanom". Taj zapis, u nešto izmenjenom obliku, ponovljen je i u Hilendarskom prepisu.

5 Justinijanov zakon predstavlja posebnu kompilaciju različitih vizantijskih (grčkih) tekstova prevedenih na srpskoslovenski jezik. Osnovni izvori ovog pravnog zbornika su Zemljoradnički zakon, Ekloga Lava III, Prohiron Vasilija Makedonca, Vasilike (carske knjige) Lava VI Mudrog, novele vizantijskih careva i dru ge vizantijske pravne zbirke (Marković, 2007: 32).

Po tekstu naslova Skraćene Sintagme jednog prepisa, Solovjev iznosi pretpostavku da je Skraćena Sintagma nastala radi praktičnih potreba carskih sudova – da bi se sudije lakše snalazile prilikom primene prava. Najzad, na osnovu analize teksta jedne povelje cara Dušana, iz formulacije “obnovismo i sastavismo i uzakonismo svaka pravila svetih i božanstvenih crkava”, isti istraživač izvlači zaključak da je reč o Skraćenoj Sintagmi. U sastavu državnog Sabora koji je doneo Dušanovo zakonodavstvo, pronalazimo i “kaluđere i vlastelu grčku”, što upućuje na zaključak da je njihovo prisustvo bilo neophodno upravo zbog potvrde vizantijskih zakona (Solovjev, 1998: 363–367). Skraćena Sintagma nastala je, dakle, po naredbi cara Dušana i u veoma je tesnoj vezi sa Dušanim zakonikom i Zakonikom Justinijana. Sva tri pravna zbornika treba posmatrati kao celinu, kao jedan složen organizam srpskog i vizantijskog prava.

Postoji u literaturi i mišljenje da je prevod cele Vlastareve Sintagme na srpskoslovenski jezik usledio veoma brzo po njenom donošenju. Potpuna Sintagma nije kao takva ušla u Dušanovo zakonodavstvo, već je izražavala stavove onih vizantofilskih krugova koji su se protivili proglašenju srpskog carstva i Patrijaršije. Sintagma nije priznavala srpsku i bugarsku autokefaliju i odricala je pravo ostalim narodima na uzdizanje državnog ranga na stepen carstva. Samo se Skraćena Sintagma smatra delom srpskog zakonodavstva. Potpuna Sintagma sačuvala se u malo prepisa i verovatno je upotrebljavana isključivo u crkvenoj sredini. Skraćena Sintagma, očišćena od vizantofilskih pravnih i crkvenih normi, bila je očigledno pogodnija za primenu pred svetovnim sudovima. Savino Zakonopravilo sadržalo je one propise koji su bili neophodni crkvi, tako da je Skraćena Sintagma bila namenjena isključivo svetovnim sudijama Dušanove države (Bogdanović, 1981: 558–560).

Dušanov zakonik ima veoma malo članova iz oblasti privatnog prava. Međutim, u drugim delovima Dušanovog zakonodavstva, u Skraćenoj Sintagmi i Zakoniku Justinijana, privatno pravo zauzima dosta mesta. Postoji nekoliko posebnih glava privatnog prava koje sadrži Vlastareva Sintagma: o kupovini i prodaji, zajmu i zalogu, poklonima, ostavi, zakupu i najmu. Justinijanov zakon sadrži odredbe o kupoprodaji seljačkog imanja i pravu preče kupovine.

Ugovoru o kupoprodaji posvećena je glava 4 u okviru slova A Vlastareve Sintagme. Ona nosi i podnaslov Gradski zakoni. Uz definiciju ugovora o kupoprodaji, sadrži i pravila zaključenja, deo o kapari, kupoprodaju nepokretnosti i pokretnih stvari, kupoprodaju koju zaključuju maloletnici, kao i kupoprodaju na kredit trgovaca. Građa ovog dela Sintagme

preuzeta je iz Prohirona i Vasilika i u osnovi predstavlja recipirano rimsko pravo koje je prevedeno na srpskoslovenski jezik. Zanimljivo je da je na staroslovenskom jeziku zadržan originalni starogrčki naziv za kaparu, "aravuna" (aravuna), na grčkom αρραβωνος. Otuda je u srpskom srednjovekovnom pravu prisutan termin za kaparu "raona", "ravna", "aravuna", "ramna" i slično (Solovjev, 1998: 418–419). Odredbe Vlastareve Sintagme o kupoprodaji u potpunosti je preuzela Skraćena Sintagma, tako da su se smatrale zvaničnim zakonodavstvom Dušanove države.

Na početku pomenute glave Sintagme, kupoprodaja je definisana kao saglasnost obe ugovorne strane o ceni. Ugovor se smatra zaključenim kada kupac plati cenu, a prodavac preda stvar koju prodaje. U pogledu kapare, Sintagma propisuje da ukoliko kupac raskine ugovor, ona ostaje prodavcu, dok ukoliko prodavac raskida ugovor o kupoprodaji, mora da preda dvostruku vrednost kapare koju je uzeo (Subotin Golubović, 2013: 54).

Vlastareva Sintagma veoma malo pažnje posvećuje kupoprodaji nepokretnosti. Justinijanov zakon je dopunjuje u članovima 8–12, budući da u ovim odredbama propisuje uslove kupoprodaje ženine imovine i prava preče kupovine prilikom kupoprodaje nepokretnosti. Član 8 Justinijanovog zakona iz Justinijanove kodifikacije preuzima drevnu rimsku pravnu ustanovu lesio enormis (raskid ugovora na zahtev kupca ukoliko nije plaćena bar polovina ugovorene cene). Članovi 10 i 11 propisuju pravo preče kupovine suseda, verovatno prema noveli Romana Lakapina (Marković, 2007: 38).

Novele Romana Lakapina iz 922. i 934. godine utvrđuju pravo prvenstva suseda pri kupovini seljačkih imanja. Po tekstu novele iz 922. godine, ustanovljeno je pet kategorija seljaka suseda koji imaju prvenstvo u slučaju kupoprodaje zemljišnih poseda na selu. Tek ako bi ovih pet kategorija suseda odbilo da kupi posed, zemlja je mogla biti ponuđena drugim licima. Druga novela iz 934. godine proglasila je nevažećim sve darove, nasledstva i anulirala sve kupovine onih zemljišta za koja je plaćeno manje od polovine "pravične cene" (Ostrogorski, 1998: 263–264). Obe novele vizantijskog cara imale su za cilj sprečavanje feudalizacije, kupovinu seljačkih imanja ispod pravičnih cena i zaustavljanje procesa stvaranja kategorije zavisnih seljaka. Vizantija je štiteći neprikosnovenu privatnu zemlju slobodnih seljaka, štitila i svoj dugo izgrađivani sistem.

Justinijanov zakon dopunjuje praznine koje očigledno postoje u Skraćenoj Sintagmi. Vlastareva sintagma nije mnogo pažnje posvetila zaštiti privatne svojine, te su srpski kompilatori preuzimali odredbe iz ranijeg vizantijskog prava, prilagođavajući ih prilikama na srpskom selu. Član

10 Justinijanovog zakona zabranjuje prodaju stvari "tuđem čoveku", nego ograničava izbor kupca na stanovnike istog sela, dok član 11 prodaju seoske nepokretnosti (njive, vinograda ili mlina) uslovljava prethodnom objavom "bližiku i opštniku", utvrđujući tako pravo preče kupovine među rođacima i susedima (Marković, 2007: 66). Interesantno je da ove norme nisu prevod nijednog vizantijskog teksta, već predstavljaju samostalnu kompilaciju. Pravo preče kupovine preuzeto je kao ustanova iz vizantijskog prava, ali prilagođeno agrarnim odnosima na srpskom selu (Solovjev, 1998: 420–421). Ove odredbe značajne su i kao primer recepcije rimsko-vizantijskog prava sa prilagođavanjima i izmenama u duhu agrarnih odnosa u Dušanovoj državi. One pokazuju i kreativnost i visok nivo poznavanja vizantijskih propisa redaktora i kompilatora Justinijanovog zakona, kao i njihovu sposobnost da modifikacijom u duhu slovenskog i srpskog prava preuzmu pravnu normu iz mnogo razvijenijeg pravnog sistema. Justinijanov zakon, takođe, ovde se javlja kao dopuna Skraćene Sintagme čime se dokazuje tripartitnost i komplementarnost Dušanovog zakonodavstva.

Odredbe o poklonu veoma su zastupljene u vizantijskom pravu. Ekloga, Prohiron i Epanagoga posvećuju ovom ugovoru dosta pažnje. Sintagma Matije Vlastara u okviru slova D, u glavi 12, propisuje pravila zaključenja i opoziva ugovora o poklonu. Redaktori Skraćene Sintagme u potpunosti su preuzeli ovu glavu iz Vlastareve Sintagme. Ni maloletnik ni lice sa psihičkim nedostacima ("bezuman") nisu mogli da budu darodavci. Nesrazmeran dar učinjen deci ili drugim licima morao je da se prilikom podele nasleđa uzme u obzir ako bi bilo ugroženo pravo na nužni deo. Ugovor o poklonu mogao se raskinuti zbog nezahvalnosti poklonoprimca (Subotin Golubović, 2013: 182).

Sve ove odredbe o poklonu Srbima su bile poznate iz Gradskog zakona, tj. iz svetosavskog prevoda Prohirona kao sastavnog dela Zakonopravila. Mnogobrojne povelje o darivanju nepokretnosti manastirima, crkvama i vlasteli veoma su prisutne i u vizantijskom i u srpskom srednjovekovnom pravu. Najčešći izraz u darovnicama srpskog prava jeste: "za dušu pod crkov podpisati, u prikiju dati, prodati, harisati, zameniti, kude im hotenije obratiti" (Solovjev, 1998: 424). Izraz "za dušu odati" pominje se i u članu 40 Dušanovog zakonika (Novaković, 1898: 171). Njime se označavalo darivanje crkve radi pomena duše, dok je izraz "harisati" značio pokloniti privatnom licu iz ljubavi, posebno u pravnim poslovima inter vivos (Solovjev, 1998: 424–425).

Ugovor o ostavi veoma je čest pravni posao u srednjem veku. Poznaju ga i vizantijsko i srpsko pravo. Vlastareva Sintagma u glavi 6 u okviru slova P predviđa ostavu pod staroslovenskim nazivom pokladđ (poklad). Odredba o ugovoru o ostavi preuzeta je iz Prohirona (Subotin Golubović, 2013: 311). Od 15 odredaba sadržanih u Prohironu (Gradskom zakonu), Sintagma preuzima samo dve – definiciju poklada i normu o odgovornosti za izgublenu ostavu usled napada razbojnika, prevare i nebrige. Redaktori Skraćene Sintagme u potpunosti su preuzeli ovu glavu potpune Sintagme, te se ona smatra sastavnim delom Dušanovog zakonodavstva. Termin “poklad”, “poklaža” je staroslovenskog porekla i sreće se i u drevnoruskom pravu.⁶

Član 125 Dušanovog zakonika predviđa jedan naročiti slučaj odgovornosti gostioničara (stanjanina) za stvari koje mu je predao putnik. Njime je zabranjena “priselica” u gradovima vlasteli, državnim činovnicima i službenicima, tj. feudalna obaveza gradskog stanovništva prema najvišem sloju. Svaki posetilac koji je nameravao duže boraviti u gradu, morao je ići “stanjaninu”, tj. gostioničaru, predavao mu je konja i sve stvari za koje je gostioničar odgovarao (Novaković, 1898: 222).

Srednjovekovno srpsko i vizantijsko pravo nisu pravili razliku između zakupa i najma. Još u doba Svetog Save postoji izraz na9mđ, koji je srpskoslovenski prevod grčkog izraza μισθωσις (na latinskom locatio) (Solovjev, 1998: 429). Matija Vlastar preuzeo je odredbe o zakupu i najmu iz Prohirona. U Sintagmi one se nalaze u okviru slova M, u glavi 12. U prvoj odredbi propisani su uslovi za zakup njive, zakupninu i odgovornosti zakupca ukoliko bi napustio zakup njive pre isteka ugovora. Zatim slede norme o zakupu konja i odgovornosti zakupca usled njegove krivice za oštećenje zakupljene stvari. Na kraju je propis koji zabranjuje zakupodavcu da bez pristanka zakupca može da raskine ugovor, dok zakupac uredno plaća zakupninu, pa čak iako neko drugo lice nudi veći iznos zakupnine (Subotin Golubović, 2013: 287).⁷

Vlastareva Sintagma sadrži mnogobrojne odredbe ugovora o zajmu i zaloga, koji se u srednjovekovnom pravu gotovo uvek pronalazi uz zajam. Sintagma svoju građu o zajmu i zalogu crpe iz Ekloge, Prohirona i Vasilika. Ona

6 “Pok la žal” – stvari poverene na čuvanje, izraz zast upljen u Ruskoj pravdi. Karakteristično da se termin u istom značenju održao i u prvoj polovini XV veka, o čemu svedoče tekstovi dve ugovorne povelje kneževa Jurija Dimitrijeviča i Vasilija Vasiljeviča iz 1433. i 1435. godine (Sraznevskiñ, 1902: 1104–1105).

7 U prevodu sa staroslovenskog na savremeni srpski jezik pogrešno su upotrebljeni termini najmodavac i unajmitelj, umesto zakupodavac i zakupac, sa aspekta savremenog prava.

je smeštena u okviru slova D, u glavi 2. Glava nosi naslov *O zajmodavcima i zajmu i zaloga* i uglavnom reguliše prava žene povodom miraza, njegovog zalaganja, kao i zaloga uopšte (Subotin Golubović, 2013: 155–156). Interesantno je da ni u Dušanov zakonik, ni u Skraćenu Sintagmu ni u Justinijanov zakon nisu ušle odredbe o kamatama (interesu). Poznato je da su mnogi vizantijski zakonici zabranjivali uzimanje kamate, ali da su ih pojedini vizantijski carevi dopuštali svojim novelama. Potpuna Sintagma samo u dva slučaja pominje kamatu, u srpskoslovenskom prevodu ona je označena kao lihvd̂ (lihva). Taj izraz poznat je u srpskom srednjovekovnom pravu, ali Skraćena Sintagma ne sadrži nijedan propis o kamati (Solovjev, 1998: 434–435). Justinijanov zakon sadrži samo dve odredbe o zalogu povodom zajma u članovima 26 i 27. One su preuzete iz Zemlji-radničnog zakona i govore o zabrani zalogoprincu da traži od dužnika otkup zaloge pre roka i odgovornosti zalogoprince za izgublenu zalogu (Marković, 2007: 69).

Zaključak

Romejsko carstvo imalo je jak uticaj na susede, a posebno na hrišćanske narode. Visok ugled vizantijske kulture, njena državna organizacija i razvijen pravni sistem, bogati gradovi, vizantijska crkva – kod vladajućih krugova srednjovekovnih slovenskih država predstavljali su jedan ideal koji je trebalo slediti.

Dušanovo zakonodavstvo predstavlja jedan od načina uticaja vizantijske kulture na srpsku srednjovekovnu državu i pravo, kao i želju srpskih vladajućih krugova na čelu sa vladarom da preuzmu deo vizantijskog bogatog kulturnog nasleđa. Dušanov zakonik, Sintagma i Zakon Justinijana delo su srpskih redaktora i svoje oslonce imaju u vizantijskim pravnim izvorima. Privatno pravo koje se u Srbiji toga doba razvijalo usled napretka ekonomskih i društvenih odnosa, svoj uzor pronašlo je u rimsko-vizantijskom građanskom pravu.

Svaka recepcija stranog prava uz njegovu modifikaciju bila je češća praksa u istorijskoj praksi kao tip recepcije u odnosu na doslovnu recepciju prava. Za pravne istoričare ona predstavlja veliki istraživački izazov. Problem sa kojim se susreću istraživači je primena recipiranog prava. Nema mnogo podataka koji su dospeli do našeg vremena na koji način se u praksi, pred sudovima Dušanove države, primenjivalo pravo preuzeto iz vizantijskog zakonodavstva. Ostaje istorijska činjenica da je srpska srednjovekovna država imala veoma moderne i napredne zakonike toga doba zbog ogromnog uticaja vizantijskog prava, ali i žal što nema

mnogo dokaza o praktičnoj primeni tih propisa. Recepcija privatnog rimsko-vizantijskog prava dokazuje težnje srpskih vladara i učenih ljudi da budu deo civilizovanog sveta, ali pravna istorija ipak ne može u potpunosti sagledati praktičan značaj recepcije privatnog prava u srednjovekovnoj Srbiji.

Literatura

Bogdanović, D. (1981), *Dušanovo zakonodavstvo, Istorija srpskog naroda 1*, Beograd: Srpska književna zadruga.

Marković, B. (2007), *Justinijanov zakon*, Beograd: Srpska akademija nauka i umetnosti.

Novaković, S. (1906), *Srednjovekovna država i rimsko pravo, Arhiv za društvena i pravna istraživanja*, Beograd.

Novaković, S. (1898), *Zakonik Stefana Dušana*, Beograd: Zadužbina Ilije Kolarca.

Novaković, S. (1907), *Matije Vlastara Sintagmat*, Beograd: Zadužbina Ilije Kolarca.

Ostrogorski, G. (1998), *Istorija Vizantije*, Beograd: Narodna knjiga – Alfa.

Petrović, M. (2004), *Zakonopravilo svetoga Save na srpskoslovenskom i srpskom jeziku I*, Žiča: Manastir Žiča.

Petrović, M. (2013), *Nekolike osobenosti "Gradskog zakona" u Zakonopravilu Svetoga Save, Crkvenograđanski značaj Zakonopravila Svetoga Save*, Beograd: Miodrag Petrović, 253–265.

Radojičić, N. (1951), *Dušanov zakonik i vizantijsko pravo, Zbornik u čast šeste godišnjice Zakonika cara Dušana*, Beograd: Srpska akademija nauka.

Solovjev, A. (1998), *Zakonodavstvo Stefana Dušana, cara Srba i Grka*, Beograd: Klasici jugoslovenskog prava.

Subotin Golubović, T. (2013) *Matija Vlastar, Sintagma*, Beograd: Srpska akademija nauka i umetnosti.

Sraznevskij, I. I. (1902), *Materialy dlya slovarja drevne-russkogo jazyka po pis'mennymъ pamjatnikamъ, Tom 2*, Sanktpeterburgъ: IAN.

Šarkić, S. (2009), *Recepcija grčko-rimskog (vizantijskog) prava u Srbiji, Srednjovekovno pravo u Srba u ogledalu istorijskih izvora*, 1–7.

Aleksandar Đorđević, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE RECEPTION OF GRECO-ROMAN (BYZANTINE)
PRIVATE LAW IN TSAR DUŠAN'S LEGISLATION**

Summary

In this paper, the author analyses the development of private law in medieval Serbia during the reign of Tsar Dušan. The author underlines the huge influence of formerly developed Byzantine law on the Serbian medieval legal system, which is embodied in translation of the Byzantine legal sources and compiling subject-specific collections of Serbian law. Tsar Dušan's legislation includes Dušan's Code, Matija Vlastar's Syntagm and the so-called Emperor Justinian's Act. Dušan's Code does not contain many private law norms. The Syntagm is the original Byzantine legal collection, which was translated into old Serbian language upon the authority of a decree issued by Tsar Dušan; it contains legal provisions pertaining to all branches of Roman private law. Justinian's Act is the Serbian compilation of the Byzantine legal texts; it mainly includes private law provisions. The development of the Serbian state during the reign and great conquest campaigns of Tsar Dušan imposed the need for a new codification of law, especially in the area of private law, which was initiated by enacting Saint Sava's Nomocanon (Zakonopravilo – Book of Legal Rules). Matija Vlastar's Syntagm contains the entire system of developed Roman-Byzantine private law. As the most comprehensive of the aforesaid legal document, it is the focal point of the author's discussion in this paper.

Keywords: *private law, Dušan's legislation, reception of Roman law, history of Serbian Medieval law, Byzantine legal texts, Matija Vlastar's Syntagm, St. Sava's Nomocanon.*

TRGOVINSKO-EKONOMSKA SESIJA

Dr Aleksandar Ćirić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776563C

UDK: 339.5
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

UTICAJ GLOBALIZACIJE NA PRAVNU REGULATIVU MEĐUNARODNIH EKONOMSKIH ODNOSA**

Apstrakt: Pod globalizacijom se podrazumevaju promene u svim strukturama društva koje dovode do dramatičnog porasta međunarodne trgovinske razmene, kretanja ljudi, razmene ideja. Autor analizira uticaje koje globalizacija može imati na razvoj međunarodnih trgovinskih odnosa (MTO), i koji mogu biti kako pozitivni, tako i negativni. Države sve više gube samostalnost u vođenju trgovinskih politika i preduzimanju zakonodavnih mera. Globalizacija pravne regulative MTO postaje složeni funkcionalni skup normi koji se zasniva na izvorima prava:

- a) državnog nacionalnog karaktera;
- b) međunarodnih i nadnacionalnih izvora, kao i
- v) autonomnog prava samih trgovaca, odnosno *lex mercatoria*.

Tri su osnovna načela koja su značajna za globalizaciju MTO i koja u suštini čine osnov liberalizacije međunarodne trgovine: a) zabrana diskriminacije; b) transparentnost (prozračnost); v) mirno rešavanje sporova. Uloga države u stvaranju normativno-pravnih i drugih uslova za obavljanje MTO se učestano seli u arenu brojnih međunarodnih organizacija u oblasti trgovine, pre svega, u multilateralni trgovinski pravni režim STO. STO sve više izrasta u sistemski regulatorni okvir svetske trgovine, kao i čitavog procesa globalizacije. Međuzavisnost strukture u svetskoj privredi danas ne dopušta jednostrane odluke nacionalnog karaktera. U takvim okolnostima STO je postala regulator rada vlada zemalja

* aciric@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat rada na Projektu broj 179046 Ministarstva obrazovanja, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije. Rad je saopšten na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Globalizacija i pravo“, održanoj na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, 21. i 22. aprila 2017. godine.

u oblasti MTO, kao i regulator uslova konkurencije sa kojim se na domaćem tržištu suočavaju uvezeni proizvodi. Transnacionalno pravo trgovaca (lex mercatoria) se, pored međunarodnog i nacionalnog prava, shvata kao treći vid pravnog sistema MTO, koji nastaje iz ugovornih normi subjekata privatnog prava, kao i normi nastalih iz odnosa javnog i privatnog partnerstva na podlozi tzv. "dijagonalnih sporazuma" (koncesije, državne javne nabavke i sl.).

Ključne reči: *globalizacija, međunarodni trgovinski odnosi, Svetska trgovinska organizacija, transnacionalno pravo trgovaca (lex mercatoria).*

1. Uvod

Savremeni svet proživljava smenu industrijske faze razvoja post-industrijskom epohom i erom informacionih tehnologija. Naučno-tehnički progres polako ali sigurno menja industrijsku strukturu, a čovečanstvo prolazi fazu intenzivne tehnološke revolucije. Ceo svet se nalazi u procesu globalizacije u kome većina problema međunarodne zajednice izlazi iz okvira nadležnosti država i njihovih međunarodnih odnosa, za čije rešavanje se sve više koriste novi globalni mehanizmi. Sferu međunarodnih ekonomskih odnosa karakteriše tendencija uspostavljanja jedinstvenog planetarnog tržišta robe, usluga i kapitala, a svetska privreda pokazuje tendenciju prerastanja u jedinstven kompleks.

Države sve više gube samostalnost u vođenju trgovinskih politika i preduzimanju celovitih zakonodavnih mera unilateralnog karaktera. Međunarodni ekonomski i trgovinski pravni poredak zasniva se na balansu međunarodnih tržišnih mehanizama, s jedne, i nacionalne državne regulative, sa druge strane, što dovodi do pojave tenzija koje proizlaze iz protivrečnosti dva suprotstavljena koncepta: globalizovane liberalizacije i nacionalnog protekcionizma.

Nastojae za uspostavljanje koordinisane međuzavisnosti između ova dva koncepta nije jednostavno. Novi globalizovani međunarodni ekonomski poredak je opterećen rastućim razlikama između bogatih i siromašnih nacija. Promene u pravnoj nadgradnji MEO su tako brze i često fundamentalne, da neminovno menjaju tradicionalno poimanje brojnih pravnih instituta sa klasičnim prizvukom. Raste korpus novih pravnih pravila međunarodnog transnacionalnog karaktera, pod uticajem prava univerzalnih i regionalnih međunarodnih trgovinskih organizacija (MTO), koja sve više sužavaju javno-pravna ovlašćenja države.

Nesporno je da novi međunarodni ekonomski odnosi teže uvećanju imovinskih resursa u svetu. Međutim, protivrečnosti tih odnosa proizlaze iz nepravilne i neuravnotežene alokacije postojećeg i budućeg bogatstva. Realna je bojazan da će dalji tokovi procesa globalizacije učvrstiti postojeću dominaciju najbogatijih pojedinaca i najrazvijenijih država sveta, a novi međunarodni trgovinski poredak dovesti do uvećanja bogatstva, ali i do još izrazitije bede i siromaštva najvećeg sloja stanovništva na našoj planeti.

U takvim globalizovanim odnosima, pravna regulativa MEO postaje složeni funkcionalni skup normi koji se zasniva na izvorima prava: a) državnog nacionalnog karaktera; b) međunarodnih i nadnacionalnih izvora, kao i v) autonomnog prava samih trgovaca, odnosno *lex mercatoria*.

Globalizacija MEO utiče da se njihova pravna nadgradnja zasniva na funkcionalnom skupu pravnih pravila *nacionalnog, međunarodnog, nadnacionalnog i autonomnog karaktera*, kojima se uređuju MEO kako *javno-pravne*, tako i *privatno-pravne prirode*.

Osnovna pravna i naučna disciplina i nadgradnja nad MEO je Međunarodno trgovinsko pravo (MTP), koja se, još pre svog konačnog profilisanja, počela deliti u posebne specijalizovane grane, kao što su: Pravo međunarodnih ekonomskih odnosa; Međunarodno trgovačko pravo; Pravo međunarodnih trgovinskih integracija; Pravo Svetske trgovinske organizacije; Međunarodno investiciono pravo; Pravo međunarodne distribucije; Međunarodno transportno pravo; Pravo međunarodnih plaćanja; Međunarodno stečajno pravo; Međunarodno arbitražno pravo itd.

2. Pojam, termin i osobine globalizacije međunarodnih ekonomskih odnosa

Pod globalizacijom **se** podrazumevaju promene u svim strukturama društva, kulturi i svetskoj privredi, koje dovode do dramatičnog porasta međunarodne trgovinske razmene, kretanja ljudi, razmene ideja. Globalizacija se često posmatra isključivo sa gledišta ekonomije i tada se u prvi plan stavlja njen učinak na proces internacionalizacije proizvodnje, sve veći stepen privatizacije regulatornih nadležnosti u oblasti međunarodnih ekonomskih odnosa, kao i ukupnu liberalizaciju načela „slobodne trgovine“. Međutim, globalizacija obuhvata mnogo šire aspekte društva.

Pojam globalizacije, sa trgovinskog aspekta, znači tendenciju preobražaja svetske privrede u jedinstveno tržište robe, usluga, kapitala i

radne snage. U tom kontekstu je došlo do liberalizacije i do tzv. treće faze internacionalizacije MTO.¹

Termin globalizacija se koristi za obeležavanje niza promena, koje su, u poslednje dve do tri decenije, dotakle sve uglove planete. Njemu se pridaju različita značenja. Jedni pod njim podrazumevaju pojavu neograničenih mogućnosti, raskid sa prošlošću i pojavu tehnološke revolucije, koja će obezbediti čovečanstvu prosperitet. Drugi smatraju da je reč o promenama koje su izmakle kontroli i vode još većoj anarhiji, bez prava na nacionalnu nezavisnost i bezbednost. U svakom slučaju reč je o realnoj pojavi u međunarodnim odnosima u celini.

Ujedinjene nacije pod globalizacijom, u privrednom i spoljnotrgovinskom smislu, podrazumevaju smanjenje i uklanjanje barijera između nacionalnih granica kako bi se olakšao protok roba, usluga, kapitala i radne snage.²

Međunarodni monetarni fond definiše globalizaciju kao “stalno rastuću ekonomsku međuzavisnost država kroz povećanje obima međudržavnog prometa dobara i usluga, slobodnijeg protoka kapitala, i sve bržeg i šireg prostiranja novih tehnologija.”

Prema definiciji Svetske banke, globalizacija podrazumeva široku “mogućnost pojedinaca i korporacija da uspostave međunarodne poslove sa licima iz drugih zemalja”. Dakle, globalizacija, u sferi MEO, znači tendenciju preobražaja svetske privrede u jedinstveno tržište robe, usluga, kapitala i radne snage.

U teoriji se globalizacija ekonomskih odnosa definiše kao „bliska integracija država i naroda koja vodi enormnom smanjenju troškova

1 Prvu fazu internacionalizacije međunarodnih odnosa (50-ih i 60-ih godina XX veka) karakteriše ključna uloga trgovine u ekonomskim razvojnim procesima. Brz rast trgovine, uz ograničavanje trgovinskih restrikcija, omogućava kompanijama da lakše pristupe stranim tržištima, kao i da razviju međunarodno poslovanje (plitka integracija – *shallow integration*). Drugoj fazi (70-ih i 80-ih godina) osnovno obeležje daje recesija izazvana naftnom krizom koja doprinosi uvođenju procesa deregulacije, privatizacije, integracije finansijskih tržišta uz značajan rast kretanja kapitala.

Dominacija kapitalnih nad trgovinskim tokovima do punog izražaja dolazi sredinom 80-ih i u 90-im godinama, kada nastupa treća faza globalizacije sa dominantnom ulogom stranih direktnih investicija. Obim, dinamika investicionih kretanja dobijaju obeležje osnovne motorike ekonomskih zbivanja savremenog razvojnog trenu tka i osnovnog faktora rastućih oblika međunarodne međuzavisnosti.

2 *Summary of the Annual Review of Developments in Globalization and Regional Integration in the Countries of the ESCWA Region by the United Nations Economic and Social Commission for Western Asia* <http://en.wikipedia.org/wiki/Globalization#Definitions>, sajt posećen 02. 04. 2017.

transporta, komunikacija i ruši veštačke barijere prekograničnih tokova robe, usluga, kapitala, znanja i radne snage“ (Thomas, 2000: 9).

Osobine globalizacije u međunarodnoj privredi, upućuju na njena četiri fundamentalna segmenta na kojima se ona zasniva:

a) promet robe i usluga na načelima slobodne trgovine;

b) protok ljudi;

v) protok kapitala i

g) transfer tehnologija. Rezultati privredne globalizacije se ispoljavaju kroz pojačane privredne veze na globalnom nivou i sužavanje nacionalnog suvereniteta u oblasti privrede.

Globalizacija je proces svetske ekonomske, političke i kulturne integracije i unifikacije. Osnovni pratilac tog procesa je svetska podela rada, migracija kapitala, ljudskih i proizvodnih resursa, standardizacija zakonodavstva, ekonomskih i tehnoloških procesa na čitavoj planeti. To je objektivni proces, koji nosi sistemski karakter, i koji obuhvata sve sfere društvenog života. Promene koje idu sa procesom globalizacije uslovljavaju:

a) Brzi razvoj informacionih i telekomunikacionih tehnologija u čitavom svetu, tako da je danas razmena informacija na različitim tačkama planete gotovo istovremena, a kanali te razmene su dostupni širokom krugu korisnika. To je dovelo do globalizacije mnogih lokalnih pitanja i njihovog približavanja globalnom auditorijumu;

b) Izradu čitavog zakonodavstva, normi i standarda u vezi sa gotovo svim aspektima makroekonomske delatnosti. Poštovanje zajedničkih pravila je preduslov izlaska na svetsko tržište. Ona se sve više unifikuju na globalnom nivou i sa visokim stepenom utiču na međuvladine organizacije i nacionalna zakonodavstva. U tom smislu se mogu navesti pravila međunarodne trgovine koja se donose na nivou WTO, uslovi za odobravanje kredita *MMF-a* i *IBRD-a* i dr. Govori se o konstitucionalnom karakteru prava WTO i o njegovom ustavno-pravnom habitusu. Stvara se jedinstvena međunarodna trgovinska i privredna arhitektura, koja diktira ne samo pravila trgovinske saradnje među državama, već opredeljujuće utiče i na njihovu nacionalnu privrednu politiku;

v) Internacionalizaciju kapitala, koja olakšava pristup kreditnim resursima drugih država i dopušta investitorima širenje njihove delatnosti na udaljena područja izvan njihovih nacionalnih granica;

g) Nagli porast tempa svih promena favorizuje one koje su pogodne za brzu primenu, kao i postojeće koje se mogu lako adaptirati. Globalizacija, u tom kontekstu, pogoduje ustanovama građanskog društva, transnacionalnim kompanijama (TNK), a manje nacionalnim vladama i međuvladinim organizacijama. U celini to dovodi do slabljenja uloge vlada pojedinih država, kao i nacionalnih sistema vrednosti, a značajan deo ovlašćenja se prenosi na viši ili niži nivo. Najznačajniji segment institucionalnog aspekta reakcije na globalizaciju uslova i okolnosti međunarodne trgovinske razmene³ je stvaranje Svetske trgovinske organizacije. Niži nivo favorizuje regionalna udruživanja (evro regioni), lokalne (municipalne) organe vlasti, samo tržište i građansko društvo.

Osnovni usmeravajući faktori procesa globalizacije su: međunarodna trgovina; jačanje mreže transnacionalnih preduzeća; internacionalizacija finansijskih resursa i primena novih tehnologija, posebno primena kompjuterske tehnike (Castells, 1996: passim).

Opšti je zaključak da ozbiljne globalne promene umnogome prevazilaze objektivne i subjektivne sposobnosti kontrole, njihovog pravnog i drugog nivoa uređivanja, kao i ukupnog prilagođavanja. Usled toga nastaju posledice u vidu raspada institucionalnih sistema u pojedinim oblastima, zaostajanja u privrednom razvoju i nivou nacionalnog bilansa u trgovinskoj razmeni sa svetom.

Strateške odluke o daljem razvoju sveta, uključujući i međunarodno trgovinsko pravo, sve više se donose na planetarnoj osnovi. Polako, pomalo, ali sve sigurnije, ustanovljavaju se principi kontrolisanog privrednog razvoja pojedinih delova naše planete, ne na nacionalnom, već na svetskom, supranacionalnom, nivou. Međunarodni izvori prava i pravne norme međunarodnog karaktera postaju sastavni element nacionalnog pravnog režima u uređivanju MTO u zakonodavstvima svih država (Ćirić, 2013: 1).

³ Trgovinska globalizacija, kao jedan od aspekata opšte globalizacije, definiše se kao „bliska integracija država i naroda koja vodi enormnom smanjenu troškova transporta, komunikacija i ruši veštačke barijere prekograničnih tokova robe, usluga, kapitala, znanja i radne snage“ (Thomas, 2000:9).

Rezultati globalizacije ukazuju da je liberalizacija trgovine dovela do ekonomskog rasta⁴, ali je njegov raspored izvršen u korist bogatijih trgovinskih partnera na međunarodnom planu i u korist bogatijih privrednika na nacionalnom nivou.

Po mišljenju antiglobalista, globalizacija podriva državni sektor i slabi sistem socijalne pomoći⁵. Na forumu WTO u Sietlu postavljeno je pitanje izbora između "slobodne trgovine" i „nacionalnog suvereniteta“, pri čemu se ukazivalo na protivurečnosti tih instituta. Bilo je radikalnih predloga da se napuste sve šeme "globalizacije" u interesu povratka merama "protekcijonizma", koje su se primenjivale posle Drugog svetskog rata, posebno do 1958. godine, saglasno Bretonvudskim sporazumima⁶.

4 U periodu 1950–1973, obim svetske trgovine robom i uslugama rastao je u proseku 8% godišnje, dok je svetski *GDP* rastao 5%. U deceniji nakon napuštanja fiksnih kurseva utvrđenih *Bretton Woods* sporazumom, i nakon prvog "naftnog šoka", stope rasta svetske trgovine i svetskog *GDP* suštinski su se smanjile. Od 1983. godine, svetska trgovina dobija na zamahu, uz stopu godišnjeg rasta od 5,7%. Ova stopa je znatno iznad godišnje stope rasta svetskog *GDP*, koja je u proseku iznosila 3,4%. Ipak, stopa rasta svetske trgovine niža je nego ona kod direktnih stranih investicija (*Foreign Direct Investment - FDI*), koja iznosi 14% godišnje, računajući od 1985. godine. Godine 1996, globalni izvoz robe bio je 5,1 biliona dolara, a komercijalnih usluga 1,2 biliona. Okvirne cifre uvoza bile su 5,2 biliona za robu, odnosno 1,2 biliona za usluge (*World Trade Organization - WTO Secretariat, Report on Trade Developments 1997*). U strukturi svetske privrede dominiraju energenti, pu tnički au tomobili i informaciono-telekomunikaciona (*IT*) oprema. Dvadeset najznačajnijih proizvoda u strukturi svetske trgovine su: sirova nafta, pu tnički au tomobili, ulja od nafte i minerala, elektronske cevi, telekomunikaciona oprema, specijalne transakcije proizvoda, računarska oprema, delovi, pribor za motorna vozila, lekovi, kancelarijska oprema, električne mašine i aparati, električni aparati za strujna kola, vazdu hoplovi i oprema, prirodni gas, klipni motori sa unutrašnjim sagorevanjem, merni, kontrolni instrumenti, nameštaj i delovi, mašine za pojedine industrijske grane, hartija i karton, odeća. Izvor: *World Economic Outlook, oktobar 2007*.

5 Na plakatama demonstranata, antiglobalista u Sietlu povodom otvaranja foruma WTO 2002. godine pojavio se natpis: *WTO - World Thieves Organization* (Svetska lopovska organizacija), što je ilustracija čitavog spektra privredno-ekonomskih, političkih, socijalnih, nacionalno-etičkih i drugih brojnih protivurečnosti, koje pritiskaju svet u celini, ali i pojedine države i regione.

6 Predlagane su sledeće mere: a) napuštanje monetarnog sistema uz primenu plivajućeg kursa i uvođenje fiksne paritetne vrednosti valuta, po sistemu "zlatnog važenja", što bi omogućilo kamatne stavke za dugoročne kredite (5–30 godina) namenjene razvoju na nivou oko 1%; b) obezbeđenje unutrašnje finansijske kontrole kretanja kapitala i valuta tih kurseva na podlozi suverenosti nacionalnih vlada; v) uspostavljanje mehanizma sporazuma o carinama i trgovini kojima bi se štitilo

Bez obzira na postojanje različitih ocena o globalizaciji, važno je naučiti zakonitosti njenog procesa i dejstva, iskoristiti je maksimalno u kontekstu sopstvenih nacionalnih interesa, koji ne bi protivrečili razvoju MTO u svetu. U tom smislu je globalizaciju potrebno potčiniti ciljevima ravnomernog razvoja, a ne posmatrati je kao alternativni put razvoja međunarodnih trgovinskih odnosa.

Tri su osnovna načela koja su značajna za globalizaciju MTO i koja u suštini čine osnov liberalizacije međunarodne trgovine:

- a) zabrana diskriminacije
- b) transparentnost (prozračnost);
- v) mirno rešavanje sporova.

a) Zabrana diskriminacije ima fundamentalniju prirodu od načela "prozračnosti". To znači da članovi WTO moraju imati jednake mogućnosti i ravnopravan tretman. Načelo podrazumeva dva elementa: nacionalni pristup, koji znači priznanje nacionalnog statusa za uvezene proizvode, kao i status najpovlašćenije nacije, odnosno međunarodni element jednakog tretmana privrednika iz svih država, članica WTO na tržištu određene zemlje. Ovaj princip teži unifikovanom sistemu pravila, koja se pod jednakim uslovima primenjuju na sve države-članice WTO.

b) Značenje termina „transparentnost“ ("prozračnost") u sistemu međunarodne trgovine podrazumeva mogućnost saznanje dostupnosti, pravila o trgovinskim operacijama i karakteristikama njihove primene. Takva mogućnost obezbeđuje predvidivost uslova poslovanja. Sve članice STO preuzimaju obavezu da javno objavljuju svoje zakone, druge propise i aktuelnu praksu koja ima uticaja na njihovu primenu. Tako, ako neki prodavac robe iz Srbije želi da izveze svoj proizvod u Maleziju, potrebno je da raspolaže takvim pristupom informacijama o uslovima realizacije tog posla, kao što je to moguće i domaćem trgovcu. Znači da učesnik MTO ne sme biti doveden u nepovoljniji položaj zbog činjenice da mu nisu dostupne informacije o lokalnim propisima o carinama, o poreskim obavezama, o proizvodnim i upotrebnim standardima, ili o propisima o zaštiti čovekove okoline i slično.

v) Načelo mirnog rešavanja sporova favorizuje pregovore kao sredstvo za rešavanje nastalih sporova. Tek ukoliko pregovori ne daju rezultate, pribegava se pravnim sredstvima ("*rule oriented system*") za konačno rešenje međunarodnih trgovinskih sporova.

poljoprivredni i industrijski razvoj na nivou država, koji bi bio u funkciji razvoja međunarodne privredne i trgovinske saradnje.

Globalizacija načelno, pa i u MTO, zahteva odgovor na pitanje: kako obezbediti odgovarajući pravni okvir međunarodne trgovinske razmene? Pitanje se mora sagledati u svetlu činjenice da u svetu ne postoji „super suveren“, koji definiše političke osnove na kojima počivaju ciljevi čijem ostvarenju globalizacija služi.⁷ Pokušaji da se takav nedostatak supstituiše voljom određenih, pa i najmoćnijih država („*pax americana*“), na kraju prve decenije ovog veka, rezultirao je institucionalnom i strukturalnom krizom koja je ugrozila suštinske vrednosti ostvarene liberalizacijom MTO u poslednjih dvadeset godina. Ekonomisti i pravници su dužni da potraže odgovor koji leži u višem nivou saradnje i iskrenosti država u rešavanju ključnih problema savremenog sveta. Viši nivo privrednog razvoja i njegova ravnomernost svakako su od presudnog uticaja na uspeh ovog procesa koji, ipak, u krajnjem zavisi od jasne i trajne političke volje za njegovo adekvatno sprovođenje.

Poseban značaj u procesu savremenih tendencija ima delatnost WTO, koja čini osnovni instrument pravne nadgradnje trgovinske i privredne globalizacije. Privredna globalizacija bi trebalo da omogući proces stvaranja ambijenta slobodnog od prepreka i ograničenja nametnutih nacionalnim propisima. Njeno delovanje se odvija na dva koloseka: univerzalnom i regionalnom. Na globalnom nivou, njen rezultat je stvaranje *WTO*, dok ga na regionalnom prati pojačana zakonodavna aktivnost regionalnih organizacija, uspostavljanje carinskih unija i zona slobodne trgovine. Međunarodna trgovina danas nije više ni kapitalistička, ni socijalistička. Ona je po svom karakteru međunarodna i kao takva ne poznaje granice (Goldštajn, 1973: 171–174). Ona egzistira u današnjem svetu, koji je ujedno i veoma bogat i veoma siromašan, i koji sa tim svojim osobinama u značajnoj meri utiče na izgradnju novog formalno-pravnog okvira MTO.

3. Potreba za novim pravnim uređenjem globalizovane međunarodne trgovine

U literaturi se s pravom ističe da se među pojavama koje su usmeravale tokove planetarnih zbivanja, teško može naći neka čija bi snaga bila tako velika, a uticaj tako presudan, kao što je to slučaj sa fenomenom trgovine. Trgovina je usmeravala tokove svetske civilizacije, pokretala čovečanstvo na nova dostignuća i bila temelj velikih kultura (Milenković Kerković, 2008: 1). Postoje uverenja da je međunarodna trgovina tvorac i čitavog međunarodnog prava“ (Ćirić, 2010: 1). Njen se savremeni koncept

⁷ Pitanje je prepoznato još 1998. godine, dakle u vreme koje se može nazvati „Periklovo doba“ globalizacije (Jeffrey, 1998: *passim*).

sve više zasniva na pravilima koja nastaju nezavisno od sistema nacionalnih pravnih poredaka. Uloga države u stvaranju normativno-pravnih i drugih uslova za obavljanje MTO se učestano seli u arenu brojnih međunarodnih organizacija u oblasti trgovine, pre svega, u multilateralni trgovinski pravni režim STO.

U savremenoj jurisprudenciji se sve više ukazuje da međunarodnim trgovinskim transakcijama odgovara jedinstven i unifikovan pravni sistem, nezavisan od političkih, ideoloških, ili ekonomskih interesa pojedinih država, na čijim se teritorijama nalaze sedišta učesnika međunarodnih trgovinskih odnosa (MTO). U primeni pravnih pravila za regulisanje MTO, tradicionalno je dolazilo do sukoba rešenja nacionalnih prava. Razlike u rešenjima nacionalnih pravnih sistema su ocenjene kao uzrok postojanja pravnog partikularizma, koji predstavlja kočnicu razvoja međunarodne trgovine. Pravna teorija i praksa su tražile izlaz iz takve situacije u procesima harmonizacije i unifikacije pravnih normi privatno-pravne i javno-pravne prirode, kao i pravila o sukobu zakona i materijalno-pravnih pravila međunarodne trgovine. Krajem prošlog veka ceo svet je, gotovo u svim oblastima, a pre svega u sektoru MTO, zahvatio proces globalizacije. Na normativnom planu, on podrazumeva standardizaciju i internacionalizaciju pravila, kako privatno-pravnog, tako i javno-pravnog karaktera, koja pripadaju različitim nacionalnim pravnim sistemima. Cilj procesa internacionalizacije je izgradnja harmonizovanih i unifikovanih normi (svetsko pravo trgovaca), čija bi primena imala univerzalni – svetski, karakter. Oličenje regulatornog i institucionalnog okvira novog „svetskog trgovinskog prava“ javno-pravnog sadržaja je pravo STO. Sistemom međunarodnih sporazuma uspostavljena su multilateralizovana pravna pravila STO. Njima je, u privatno-pravnoj sferi, korespondentan pravni sistem autonomnih izvora međunarodne trgovine, poznat kao pravo trgovaca (*lex mercatoria*).

Sa druge strane, državni mehanizam kreiranja regulatornog okvira MTO se tradicionalno oslanjao na norme sa javno-pravnim karakterom, koje se odnose na međunarodni trgovinski promet.⁸ Izvori ove vrste su istovremeno i sredstvo realizacije ekonomske politike jedne zemlje u oblasti njenih spoljnotrgovinskih odnosa.

8 Država tom vrstom izvora u tvrđuje: režim uvoza i izvoza robe; promet usluga; međunarodni platni promet; opredeljuje carinski režim; reguliše kreditne odnose sa inostranstvom; određuje pravni režim obavljanja delatnosti stranih firmi na svojoj teritoriji; ustanovljava režim inostranih investicija i ulaganja, kao i čitav niz drugih pitanja.

Suvereno pravo države da reguliše spoljnotrgovinsku delatnost trpi dva značajna vida relativizacije:

- a) interna relativizacija, kada država ili njeni ekonomski savezi, poput carinskih unija i drugih oblika integracije, svojim zakonodavstvom dopuštaju pravnim subjektima drugih država da učestvuju u trgovinskoj razmeni na njenom domaćem tržištu i
- b) eksterna relativizacija, koja podrazumeva prihvatanje međudržavnih sporazuma kojima se država obavezuje da uskladi svoje propise sa preuzetim obavezama sa međunarodnog nivoa (*top down approach*) (Ćirić, 2012: 23–24).

Analize iznete u ovom radu ukazuju na činjenicu da pravna regulativa MTO teži izjednačavanju pravnih normi, kroz procese njihove međunarodne institucionalizacije, multilateralizacije, harmonizacije i unifikacije. To omogućava uspostavljanje tzv. „nulte margine u razlici“ među normama različitih nacionalnih pravnih sistema, odnosno njihovu unifikaciju. Vrednost uniformnosti pravnih normi zasnovana je na argumentu da će trgovačka aktivnost rasti i po obimu i po strukturi ukoliko budu uklonjene barijere nastale zbog pravne nesigurnosti, uzrokovane razlikama u nacionalnim zakonodavstvima. Sa druge strane, postoje ozbiljne rezerve u delu teorije koja skreće pažnju na činjenicu da se iza proklamovanih ciljeva unifikacije skriva jedinstvena strategija javno-pravnih i privatno-pravnih subjekata čiji je interes uspostavljanje liberalnih MTO, koji teže korporativnoj hegemoniji i nepravičnoj preraspodeli imovinskih vrednosti na našoj planeti.

3.1. Javno-pravni regulatorni okvir MTO

Proces globalizacije je značajno uticao na promenu uloge države, koja često nije u stanju da sopstvenom legislativnom aktivnošću prati brzinu dinamičnih promena globalizovanog svetskog tržišta. Svaka država ima interes da kontroliše, usmerava i da normativno uređuje oblast MTO svojih privrednih subjekata sa inostranstvom. Ona to čini određivanjem nacionalnih formalno-pravnih okvira za obavljanje spoljnotrgovinske delatnosti, koristeći pri tome metode originernog i derivativnog postupanja.

Originerna izgradnja nacionalnih izvora prava je rezultat vršenja zakonodavne vlasti država i manifestuje se kroz donošenje zakonskih i podzakonskih akata. Državna regulativa je tvorac domaćeg, nacionalnog zakonodavstva u oblasti MTO.

To su, pre svih, propisi koji imaju javno-pravni karakter i potiču iz upravnog, odnosno administrativnog prava, a odnose se na spoljnotrgovinsko poslovanje. Svi oni, zajedno sa drugim nacionalnim izvorima, čine javni poredak – *ordre public*. Država tom vrstom izvora utvrđuje: režim uvoza i izvoza robe; promet usluga; platni promet sa inostranstvom; opredeljuje carinski režim; reguliše kreditne odnose sa inostranstvom; određuje pravni režim obavljanja delatnosti stranih firmi na svojoj teritoriji; ustanovljava režim inostranih investicija i ulaganja, kao i čitav niz drugih pitanja. Izvori ove vrste su istovremeno i sredstvo realizacije ekonomske politike jedne zemlje u oblasti njenih MTO. Razlike u vođenju te politike na nivou različitih država odražavaju se i na međusobne razlike nacionalnih izvora prava.

Derivativni način stvaranja prava se ispoljava kroz učešće države, preko njenih predstavnika, u radu na donošenju međunarodnih konvencija i drugih akata, koji se kasnije inkorporišu u nacionalni pravni sistem. Takav vid izgradnje nacionalnih propisa doprinosi procesu harmonizacije i unifikacije uporednog zakonodavstva. On podrazumeva tzv. “*Top-down*” pristup, na osnovu koga se rešenja međunarodnih dokumenata (“*top*”, vrh) inkorporišu “niže (“*down*”), u nacionalna zakonodavstva (“*incorporation by reference*”).⁹

Evidentno je danas da se postojeće razlike u nacionalnim pravnim sistemima sve više sužavaju, a samostalnost državnih zakonodavaca je ograničena regionalnim i univerzalnim međudržavnim regulatornim okvirima. Od nacionalne pravne regulative MTO, zahteva se da sužava prostor nepotrebnom etatizmu u regulisanju ove materije. Ona je dužna da im pruža neophodnu pravnu sigurnost u zasnivanju i regularnost u sprovođenju, uz istovremeni respekt njihove međudržavne „multilateralizacije“. Tako, na primer, pravila STO opredeljujuće utiču na funkcionisanje nacionalnih regulatornih sistema, kao i na statusni položaj privrednih subjekata, čija se sedišta nalaze na teritorijama različitih suverenih država. Aksiom neophodnosti učešća nacionalnih privreda u međunarodnoj trgovinskoj razmeni, a sledstveno tome, i u radu STO, kao generatoru globalnog normativnog okvira takve razmene, podrazumeva „samocenzuru“ ciljeva i sredstava nacionalnih politika u skladu sa pravilima „svetskog trgovinskog prava“ („prava STO“). Nacionalni zakonodavci se pouzdaju u zaštitu sopstvenog „interesa očekivanja“, odnosno opravdano

⁹ Suprotan ovom je sistem “*bottom up*”, kojim se na osnovu kompromisnog prihvatanja rešenja nacionalnih izvora, dolazi do međunarodnih pravnih dokumenata. Ova metoda je karakteristična za usvajanje izvora prava iz materije posebnog dela MTP. Tipičan primer izvora te vrste je Konvencija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija).

veruju da će države članice poštovati preuzete obaveze koje proizlaze iz paketa sporazuma STO. Privredni subjekti različitih nacionalnosti slobodnije stupaju u poslovne odnose sa partnerima van granica sopstvene države, uvereni u standarde postupanja ne samo svoje nego i vlada država u kojima obavljaju privrednu aktivnost, ili sa čijim subjektima ostvaruju određene trgovinske interese (Cvetković, 2009: 501–502). U tom smislu se uspostavlja specifičan međunarodno-pravni režim primene unutrašnjih pravnih sistema pojedinih država. Kvalitet zakona jedne zemlje, bez obzira na njihov nacionalni karakter, podvrgava se oceni povezanosti, kako nacionalnog i uporednog, tako nacionalnog i međunarodnog. „Pravni nacionalizam“ u smislu prenebrežavanja savremenih kretanja na ovom planu je poguban. Nužno je da se ostvarivanje nacionalnih privrednih interesa uskladi sa uslovima i realnim zahtevima ne samo međunarodnog tržišta, već i međunarodnog regulatornog okvira. Taj okvir sve sigurnije opredeljuju regionalne i univerzalne međunarodne organizacije kao što su Evropska unija (EU) i Svetska trgovinska organizacija (STO). Tako, na primer, u st. 1 člana 1 Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju Republike Srbije se ističe: „Ovim Zakonom uređuje se spoljnotrgovinsko poslovanje, u skladu sa pravilima Svetske trgovinske organizacije i propisima Evropske unije“¹⁰. Na taj način pravo STO i propisi EU postaju elementi spoljnotrgovinskog režima Srbije.

Dakle, očigledna je neophodnost stalnog usaglašavanja nacionalnih propisa u ovoj oblasti sa izvorima prava međunarodnog karaktera. STO sve više izrasta u sistemski regulatorni okvir svetske trgovine, kao i čitavog procesa globalizacije. Međuzavisnost strukture u svetskoj privredi danas ne dopušta jednostrane odluke nacionalnog karaktera. U takvim okolnostima STO je postala regulator rada vlada zemalja u oblasti MTO, kao i regulator uslova konkurencije sa kojim se na domaćem tržištu suočavaju uvezeni proizvodi.

10 Videti: Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 36/09. U Zakonu o carinskoj tarifi Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 62/2005, 61/2007 i 5/2009), član 3-a, se navodi: „Svrstavanje robe u Carinsku tarifu predstavlja određivanje tarifnog stava za tu robu, u skladu sa ovim Zakonom i propisima donetim na osnovu Zakona. Odluke o svrstavanju koje je doneo međunarodni Komitet za Harmonizovani sistem (*Harmonized System Committee*), a koje je kao klasifikaciona mišljenja u skladu sa članom 8. stav 2. Međunarodne Konvencije o Harmonizovanom sistemu naziva i šifarskih oznaka robe («Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori», br. 6/87, 14/91 i «Službeni list SRJ», broj 2/97), potvrdila Svetska carinska organizacija, obavezne su za primenu. Odluke o svrstavanju objavljene u «Službenom listu Evropske unije» (*Official Journal of the European Union*), obavezne su za primenu.

Pravila STO su rezultat međudržavnih pregovora i međusobnih ustupaka zemalja članica (intergavermentalizam). Sa druge strane, prepoznaju se i elementi nadnacionalizma („supranacionalizma“), koji su više simptom tendencije nego realno stanje.¹¹

Pravo STO nudi predvidljivost uslova za uvoz robe i usluga na tržište zemalja članica, pri čemu im ono ne zabranjuje, ali predviđa dopuštene načine zaštite nacionalnih tržišta. U postojećem pravnom sistemu STO, može se detektovati dvostepena struktura njegove normativno-regulatorne funkcije.

Prvi, opšti modalitet te strukture je izražen u pravnoj zaštiti tzv. „interesa očekivanja“ („*expectation interests*“) država članica STO. On se zasniva na verovanju da će sve države članice, učestvujući u međunarodnoj trgovinskoj razmeni, poštovati pravila ponašanja ustanovljena sporazumima koji čine pravo STO.

Drugi, konkretniji, modalitet je obezbeđenje pravnog mehanizma za usaglašavanje razlika u stavovima država članica u procesu vođenja ekonomske politike i uspostavljanja regulatornog okvira za realizaciju konkretnih MTO.

U literaturi se ističe da se sporazumi iz sistema STO ne mogu okarakterisati kao „biblija neograničene slobodne trgovine“. Njihov je cilj stvaranje jasno struktuiranog, funkcionalnog i efikasnog načina da se vrednosti slobodne trgovine ostvare pravično i principijelno. Stoga je regulatorna uloga STO usmerena na uspostavljanje stabilnih i predvidivih uslova za potencijalni ulazak, na tržište konkretne članice, privrednika iz svih drugih zemalja članica. Istovremeno, STO treba da obezbedi uravnotežene mehanizme verifikacije tih uslova, definisanih u skladu sa potrebom uvažavanja političkih, socijalnih i ekonomskih prilika svake zemlje posebno, kao i sprovođenja standarda „slobodnije trgovine“ u skladu sa njima. Pravo STO, kao njena normativno-regulatorna osnova, ne zabranjuje zaštitu nacionalnog tržišta pojedinih država članica. Suprotno od toga, kada se radi o realizaciji nacionalnog primarnog cilja ekonomske, političke, ili ideološke prirode, STO dopušta primenu odgovarajućih mera od strane države članice u cilju postizanja konkretne pravne zaštite njenih nacionalnih interesa. Drugim rečima, državama članicama

11 Supranacionalizam je metod političkog odlučivanja, koji karakteriše poveravanje donošenja odluka nezavisnim, bilo imenovanim bilo izabranim organima, pri čemu se odluke donose većinom glasova. Suštinska karakteristika odlučivanja supranacionalnom metodom je da država, čiji predstavnici nisu glasali za određenu odluku, može biti primorana da je sprovodi, jer je za takvu odluku glasala većina.

se, pod određenim pretpostavkama, dopušta da one, radi zaštite svojih legitimnih interesa, koji se mogu ispoljiti u konkretnim MTO, odstupe od obaveza preuzetih pristupanjem STO. Na ovaj način, pravo STO ustanovljava „marginu tolerancije“ i uvažava stvarne potrebe država-članica, koje mogu biti političkog, socijalno-ekološkog, ili ekonomskog karaktera. Pritom, ono utvrđuje disciplinu u vezi sa sprovođenjem zaštitnih mera i testira opravdanost njihovog preduzimanja (Božić, Golubović, 2004: 77–87). Tako, na primer, norme STO priznaju pravo državama-članicama da svojim nacionalnim propisima mogu uvesti mere privremenog ograničenja uvoza zbog zaštite platnog bilansa i sprečavanja nastanka neodrživog spoljnotrgovinskog deficita („*safeguard measures*“). Međutim, ukoliko je ovo „pravo odstupanja“ od multilateralizovane obaveze države-članice STO iskorišćeno suprotno materijalnim i proceduralnim uslovima njegove dopuštene primene, ili zloupotrebjeno od strane konkretne države-članice, pravo STO omogućava pravnu zaštitu svim članicama čija su prava povređena. Ona se realizuje kroz mehanizam multilateralnog načina rešavanja sporova koji je zasnovan na primeni prava. Najkraće rečeno, STO nadgleda rad vlada zemalja-članica u oblasti međunarodne trgovine i nastoji da uspostavi uslove konkurencije na nacionalnim tržištima pojedinih njenih članica. STO je, dakle, međunarodna organizacija koja na podlozi uspostavljenog formalno-pravnog okvira, upravlja multilateralnim sporazumima u oblasti trgovine robom (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*), trgovine uslugama (*General Agreement on Trade in Services – GATS*) i trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Right – TRIPS*). Ubrzo posle osnivanja ove organizacije, njen generalni sekretar Renato Ruđijeri je, u formi proklamacije, izjavio: Mi više ne pišemo pravila o odnosu odvojenih nacionalnih privreda, mi stvaramo ustav globalne privrede sveta (Mortensen, 2000: *passim*; Ćirić, Cvetković, 2009, *passim*). Time je na svojevrsan način istaknuta konstitucionalna priroda prava STO, koja u delu pravne teorije ima svoje ozbiljne i dosledne pobornike. Valja napomenuti da se stav o konstitucionalnom karakteru prava STO sudario sa mišljenjem oponenta konstitucionalizacije prava STO, zasnovanim na pravno-političkom argumentu da bi ustanovljavanje takvog karaktera vodilo ograničenju prava države da izabere legitimne političke ciljeve i mere za njihovo ostvarivanje. Navedeno limitiranje prava država članica vodilo bi „izobličavanju“ sistema međunarodnog prava i regulisanja međunarodnih odnosa u celini.

Pitanje karaktera prava STO uključuje razmatranja o postojanju ili negaciji njegove konstitucionalne prirode. Stav o konstitucionalnim

karakteru prava STO zasniva se na institucionalnoj strukturi organizacije, zaštiti „univerzalnih normativnih vrednosti“, koja je jedan od njenih zadataka, kao i odlikama sistema rešavanja sporova država članica STO. Činjenica je da praksa apelacionih tela i panela STO, sa druge strane, ukazuje da stav o konstitucionalnom karakteru normi koje su nastale u okviru sistema STO još uvek nije naišao na prihvatanje. Pitanje „za i protiv“ konstitucionalnog karaktera prava STO svakako je značajno kao signal procesa prevazilaženja podele na međunarodno i nacionalno pravo, barem kada je reč o normama kojima se uređuju međunarodni trgovinski odnosi. Istovremeno, mora se ukazati na činjenicu da se, u ovom trenutku, umesto o konstitucionalnom karakteru prava Svetske trgovinske organizacije, pre može govoriti o njegovom „potencijalu za konstitucionalizaciju“. Realizacija tog potencijala zavisiće od pravca i dinamike opštih tendencija razvoja međunarodnih odnosa, koje, kao i uvek, utiču i na normativni okvir svetske trgovinske razmene (Howse, Nicolaidis, 2001: 227; Ćirić, Cvetković, 2009, *passim*). Sama Svetska trgovinska organizacija postepeno prerasta u svojevrstan vid svetskog „ministarstva trgovine“ (Ćirić, 2010: 304). Ocenjuje se da međunarodno pravo ima perspektivu jedino ukoliko se na planetarnom nivou uspostavi scenario efektivne multilateralizacije, što omogućava realizaciju interesa manjih, politički i ekonomski, slabijih nacija (Krejči, 2010: 207–219).

3.1.1. Uloga i ciljevi STO

Osnivanjem STO stvoreni su uslovi za dalju izgradnju jedinstvenog globalnog svetskog tržišta, slobodnijeg od tradicionalnih ograničenja koja su bila rezultat normativnih i drugih prepreka nacionalnog karaktera. STO nadgleda rad vlada zemalja-članica u oblasti njihovog spoljnotrговinskog prometa i celokupne međunarodne trgovine. Kontroliše mere koje u tim oblastima preduzimaju vlade zemalja-članica, u cilju uvođenja reda u nacionalne trgovinske politike (carine, kvote, damping, subvencije). STO se ne bavi kontrolom privatno-pravnih poslovnih odnosa. Ona je instrument planiranja svetske trgovine, forum i sredstvo uspostavljanja i unapređenja novog međunarodno-pravnog trgovinskog režima. Istovremeno, STO je i mesto za harmonizaciju nacionalnih i regionalnih interesa, ali i poprište rešavanja nastalih sporova u vezi sa međudržavnim trgovinskim odnosima. Bez obzira što sve države sveta nisu pristupile STO, one su prinuđene da se pridržavaju uslova utvrđenih za uređivanje odnosa na svetskom tržištu. Međuzavisnost strukture u svetskoj privredi danas ne dopušta jednostrane odluke

nacionalnog karaktera. U takvim okolnostima STO je postala regulator rada vlada zemalja u oblasti njihovih spoljnotrgovinskih odnosa, kao i regulator uslova konkurencije na svetskom tržištu.

Neposredni zadaci STO su: uređivanje javno-pravnih aspekata međunarodne trgovine; realizacija funkcije foruma za trgovinske pregovore; praćenje trgovinske politike pojedinih zemalja; pružanje tehničke pomoći zemljama u razvoju; rešavanje nastalih sporova i saradnja sa drugim međunarodnim organizacijama. Članice STO su preuzele obavezu da ne preduzimaju jednostrane mere protiv mogućih povreda utvrđenih normi u sistemu sporazuma Organizacije. Postoji obaveza članica da rešavaju sporna pitanja u okviru multilateralnog sistema rešavanja sporova i potčinjavanja njegovim odlukama (Ćirić, 2010a: *passim*).

STO je ovlašćena na preduzimanje odgovarajućih mera u svojstvu:

- a) organa nadzora nad primenom multilateralnih i plurilateralnih trgovinskih sporazuma STO;
- b) foruma za multilateralne trgovinske pregovore između država članica STO;
- v) mesta za rešavanje sporova među članicama u materiji spoljnotrgovinske politike i MTO;
- g) organa kontrole politike državne pomoći koje pojedine članice pružaju svojim privrednim organizacijama;
- d) foruma pružanja pomoći zemljama u razvoju;
- đ) institucije u oblasti MTO za saradnju sa drugim međunarodnim organizacijama.

Cilj STO je uspostavljanje trgovinske liberalizacije međunarodne trgovine, bez neocarinskih (državno-administrativnih) barijera i restrikcija.¹²

Sa druge strane, funkcionalni efekat osnovnog cilja podrazumeva:

12 STO pokušava da ukine antidampinške mere kojima su pribegle mnoge zemlje zbog finansijske krize iz 2008. godine. Ona ocenjuje da protekcionizam usporava izlazak iz krize, najavljujući da će pokušati da sruši antidampinške mere kojima su zbog globalne finansijske krize pribegle brojne zemlje u svetu. Broj antidampinških istraga pred organima STO je porastao za 40 odsto. STO ocenjuje nedopustivim planove SAD da uvedu carine za italijansku mineralnu vodu i francuske sireve, kao odgovor na ograničavanje uvoza američkog mesa. Indija, sa svoje strane, predlaže povećanje carina za čelik (Videti: <http://www.vuxi.net/10-02-2009/sto-za-ukidanje-trgovinskih-barijera>).

- a) povećanje životnog standarda stanovništva u zemljama članicama;
- b) osiguranje veće zaposlenosti;
- v) stabilan rast realnih prihoda;
- g) povećanje proizvodnje i spoljnotrgovinske razmene robe i usluga;
- d) održivost razvoja uz očuvanje prirodne sredine;
- đ) usklađenost sa potrebama svih članica.

STO predstavlja sistem pravila otvorene konkurencije, koja treba da odvoji korektno od nekorektnog ponašanja učesnika MTO. Na pravnom polju, stvaranje univerzalne trgovinske organizacije poput STO, daje prostora za još intenzivniji rad na unifikaciji pravila koja se primenjuju u međunarodnoj trgovinskoj razmeni.

3.1.2. Osnovne karakteristike sistema prava STO

Pojava *GATT-a*, a zatim i STO je obeležila izgradnju procesa prelaska država sa dvostranog na multilateralni vid regulisanja međunarodne trgovine (multilateralizacija MTO).

Prihvatanjem obaveza od strane država članica iz paketa izvora prava STO, otpada potreba za regulisanjem istih pitanja dvostranim međudržavnim ugovorima. Usled toga je dejstvo mnogih ugovora te vrste i prestalo.

Posredstvom prava STO se kroz sistem njegovih principa i sporazuma, deo unutrašnje kompetencije (na primer, tarifnih i netarifnih režima uvoza), stavlja pod režim međunarodno-pravne regulative i kontrole u okviru međunarodnog trgovinskog sistema. Prioritet u načinima i metodama zaštite nacionalnih interesa u sistemu STO se podvrgava isključivo metodama višestranog karaktera, a ne jednostranom ili usko grupnom (plurilateralnom) delovanju država.

Pravila STO su rezultat međudržavnih pregovora i međusobnih ustupaka zemalja članica (intergavermentalizam). Sa druge strane, prepoznaju se i elementi nadnacionalizma („supranacionalizma“), koji su više simptom tendencije nego realno stanje.

Pravo STO nudi predvidljivost uslova za uvoz robe i usluga na tržište zemalja članica. U postojećem pravnom sistemu STO, može se detektovati dvostepena struktura njegove normativno-regulatorne funkcije.

Sistem prava STO, koji čine sporazumi u užem i širem smislu, obezbeđuje primenu tzv. kolektivne distributivne i korektivne pravde. Distributivna pravda je svojevrstan vid preraspodele (distribucije) nekog opšteg interesa između članica STO (Chios, 2006: *passim*; Cvetković, 2010: *passim*). Kada se desi kršenje multilateralizovane obaveze od strane pojedine države-članice, koju ona ima prema svim drugim zemljama, takav akt se sankcioniše. Sankcija je mehanizam zaštite „kolektivnih očekivanja“ država-članica, koja se zasniva na sistemu najpovlašćenije nacije. Država koja trpi konkretnu štetu ima pravo na njenu nadoknadu, kao izraz korektivne pravde. Ona je, dakle, mehanizam zaštite pojedinih interesa članica STO. Cilj joj je nadoknada štete oštećenoj članici.

Mnogi instituti prava STO poprimaju karakter kogentnih normi (*jus cogens*), a u nedrima prava STO tinjaju elementi nadnacionalnog prava. Razvoj prava STO je refleksija težnje za uspostavljanjem globalnog pravnog sistema i predstavlja njegovu najaktivniju dalju razvojnu komponentu. Sa materijalno-pravnim normama STO se rađa i sadržajan blok procesnih normi, a organ za rešavanje sporova STO je preteča međunarodnog trgovinskog suda.

Glavnim rezultatom prava STO smatraju se efekti postignuti na uklanjanju državnih administrativnih i ekonomskih prepreka u prometu robe i usluga. Smanjenje prepreka, u suštini, objektivno znači sužavanje sfere državnog suvereniteta i ustupanje dela ovlašćenja država vrhovnoj međunarodnoj organizaciji.

3.2. Privatno-pravni regulatorni okvir globalizovanih MTO (*Lex mercatoria, transnacionalno pravo trgovaca*)

U primeni pravnih pravila za regulisanje MTO privatno-pravne imovinske prirode, tradicionalno je dolazilo do sukoba rešenja nacionalnih prava. Pravna teorija i praksa su tražile izlaz iz takve situacije u internacionalizaciji normi kroz njihovu harmonizaciju i unifikaciju.¹³

13 Termini „harmonizacija“ i „unifikacija“ često se koriste kao sinonimi, mada se suštinski radi o različitim procesima. Iza ovih razlika krije se različita strategija privatnih i javno-pravnih aktera čiji je cilj podrška daljem razvoju trgovine zasnovane na načelima liberalnog kapitalizma. Unifikacija MTP se definiše kao „proces kod koga se različita pravila dva ili više nacionalnih pravnih sistema, koja uređuju istovrsnu pravnu transakciju, zamenjuju jedinstvenim pravilom“. Harmonizacija podrazumeva ponudu, upućenu zakonodavnim organima različitih nacionalnih jurisdikcija, na korišćenje istih modela za regulatorna rešenja a istovrsni h oblas t i. Preds ta v l j a izba la ns ira n pra vni pris t u p u prevazila ženju pos tojećih normativnih razlika u ak tima kojima se u ređu ju

Tim procesima se izvori prava dva ili više nacionalnih pravnih sistema, koji uređuju istovrsnu pravnu oblast, zamenjuju jedinstvenim pravilom. Cilj procesa internacionalizacije je izgradnja harmonizovanih i unifikovanih normi koje bi činile pravo trgovaca, čija bi primena imala univerzalni, svetski karakter. Značajna faza za njegov razvoj je nastanak međunarodnog autonomnog regulisanja i pojava staleškog autonomnog prava trgovaca – bilo da je reč o stvaranju sopstvenih pravila od strane međunarodnih udruženja trgovaca (spontana unifikacija) (Mlikotin-Tomić, 1999: 3–4), ili o usvajanju višestranih međunarodnih konvencija (zvanična unifikacija).

Kao što smo napred istakli, uzroci koji dovode do nastajanja pravnih normi su materijalno–pravne prirode i oličeni su u volji vladajuće klase. Međutim, u društvu su uvek postojale veoma moćne društvene snage – trgovci, koji preko svojih strukovnih udruženja sami stvaraju formalne izvore prava (*lex mercatoria*). U vezi sa aktivnom ulogom privatnih lica u oblasti MTO, u pravnoj literaturi se pojavila koncepcija o postojanju posebnog transnacionalnog (svetskog) trgovinskog pravnog sistema. Transnacionalno pravo se, pored međunarodnog i nacionalnog prava, u delu pravne teorije shvata kao treći vid pravnog sistema, koji nastaje iz ugovornih normi subjekata privatnog prava, kao i normi nastalih iz odnosa javnog i privatnog partnerstava na podlozi tzv. “dijagonalnih sporazuma” (koncesije, državne javne nabavke i sl.).

istovrsni trgovački odnosi. Može se smatrati slobodnim vidom dobrovoljne kooperacije u proces u izgradnje usaglašenih pravnih pravila na različitim nivoima. Značajna karakteristika procesa usaglašavanja se ogleda u mogućnosti da adresati harmonizovane norme, prilikom njenog implementiranja, imaju širu mogućnost, u poređenju sa unifikacijom, očuvanja prava na ostvarivanje sopstvenih pravno-političkih, privrednih i drugih ciljeva. Harmonizacija se od unifikacije razlikuje jer: a) ne poseduje „nultu marginu“ u normativnim razlikama i b) ne zamenjuje različita nacionalna pravila jedinstvenim međunarodnim izvorom. Ona teži većoj sličnosti, ali bez potpunog identiteta pravnog izvora, odnosno bez neophodnosti njegove supstitucije. Bez obzira na međusobne razlike, zajednički cilj unifikacije i harmonizacije je uniformnost pravila kojima se uređuje međunarodna trgovina. Vrednost uniformnosti pravnih normi zasnovana je na pretpostavci da će trgovačka aktivnost rasti po obimu i po kvalitetu ukoliko budu uklonjene barijere nastale zbog pravne nesigurnosti koja nastupa kod različitih nacionalnih pravila. Suštinski, unifikacija i harmonizacija smanjuju troškove poslovanja i time doprinose porastu opšteg blagostanja (Ćirić, 2010: 33–93). Videti i: „*Unification of the Law of international Trade: Note by the Secreteriat*“, *Official Records of the General Assembly, Twentiet'h Session, Agenda item 92, UN Doc. A/C.6/L.572, UNCITRAL Yearbook 1 (1938-/73), str. 13.*

U pravnoj literaturi se posvećuje izuzetna pažnja autonomnom trgovinskom pravu.¹⁴ Bez obzira na različite poglede jurisprudencije o prirodi *Lex mercatorie*, nesporno je da se radi o pravilima koja nisu rezultat zakonodavne nadležnosti države. Njih stvaraju sami učesnici međunarodnog trgovinskog prometa, čiju artikulaciju prikupljanje i sistematizaciju obavljaju posebna strukovna udruženja i regulatorna tela – *formulating agency*, kao što su Komisija Organizacije ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), Institut za unifikaciju međunarodnog privatnog prava (franc. *Institut international pour l'unification du droit prive – UNIDROIT*), Međunarodna trgovinska komora (MTK, *International Chamber of Commerce – ICC*) i mnoge druge. Dakle, teorija da je država jedini tvorac prava je, pojavom autonomnog prava, podvrgnuta ozbiljnim istraživanjima i proveru, posebno zbog činjenice da pravnu zaštitu autonomnim izvorima prava obezbeđuju državni sudovi i arbitražni organi (Popović, Vukadinović, 2005). O prirodi autonomnog prava postoje brojna mišljenja. Prema jednoj grupi autora reč je o nadnacionalnom, odnosno transnacionalnom trgovačkom pravu, koje pretenduje na ulogu zaokruženog autonomnog pravnog poretka¹⁵, koji se može nezavisno i alternativno primenjivati u odnosu na državni trgovinski pravni sistem. Postoji i shvatanje da primena *Lex mercatoria* ima fakultativni karakter i dolazi u obzir samo u slučajevima ukoliko se pojavi potreba za popunu pravnih praznina kod primene nacionalnog zakonodavstva.¹⁶ Napokon, neki autori smatraju da je *Lex mercatoria* mitska koncepcija, koja se odlikuje nedovoljnim nivoom stabilnosti i formalnosti, koji joj je neophodan za pravno regulisanje međunarodne trgovine.¹⁷ Tom stavu se dodaje i mišljenje da se praksi primene *lex mercatoria* treba zahvaliti, jer ona nije ništa drugo do pojam stvoren od tzv. „uvaženih autora“ za potrebe moćnih korporacija, koje su

14 Na ovom mestu napominjemo da je interesovanje akademskih krugova i pravnih pisaca različitih država za ovu temu veoma ustaljeno. Videti: B. Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration: a Discussion of the New Law Merchant*, Dobbs Ferry, NY: Transnational Juris Publications (1990) 139–160; Harold J. Berman, *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, 1988; Emory J. Int'l Disp. Resol. (1988) 235–310; T. E. Carbonneau, *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant Dobbs Ferry, NY: Transnational Juris (1990) 227 p.*; UNIDROIT *Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria*, ICC Publication No.490/1 (1995) 85–93; G. G. Baron, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?*, <http://www.cisg.law.pace.edu>

15 Ovo stanovište zastupaju: B. Goldman, C. M. Schmitthoff, R. Good, A. Goldštajn, F. de Lu, G.-P. Kalliss i dr.

16 Ovakvo mišljenje imaju Park, Paulson i dr.

17 Ovo zastupaju Lagard, G. Batiffol, Delome, M. Mustill, F. Mann, K. Hajet i dr.

ih stavile na svoju „platnu listu“ (Sornarajah, 1997: 125). U tom smislu se govori o „privatnom stvaranju prava“ u ime i za račun krupnog kapitala (Kunštek, 2002: 25).

Ako pođemo od opšte definicije da je pravo skup pravila ponašanja propisanih i sankcionisanih od strane države, mogli bismo osporiti značaj ne samo izvora *lex mercatoria*, već i autonomnog MTP u celini. Međutim, ovakav kategoričan stav bi bio pogrešan i ne bi odgovarao postojećem regulatornom nivou MTO. Time se ne bi uvažila činjenica o već opšte prihvaćenim pravilima u međunarodnim poslovnim odnosima u savremenom svetu. Pored toga, ovako usko shvatanje prava nije nikada bilo opšte. Ono se ograničavalo na kontinentalno pravo i to naročito od perioda pojave značajnih kodifikacija (*Code civil* od 1804, *Code de commerce* od 1807, Austrijski građanski zakonik od 1811. i sl.). Suprotno ovome, u zemljama *common law-a* i u nekim drugim sistemima u kojima se u dobroj meri primenjivalo pored državnog i običajno pravo, shvatanje o izvorima prava je mnogo šire. Uostalom, šire shvatanje prava u tom smislu je zapaženo još kod rimskih pravnika. Paulus je govorio: “Pravilo je ono što ukratko opisuje stvar; ne treba od pravila pravo da proizlazi, već iz onoga što je pravo treba da postaje pravilo”.¹⁸ Pored toga, organi koji raspravljaju u najvećem broju sporova sa elementom inostranosti – međunarodne trgovačke arbitraže, respektuju ove izvore uzimajući ih u podlogu svojih odluka (Simović, 2008: 65), što predstavlja doprinos pravnoj sigurnosti (Mitrović, 1998: 56). Danas se izvori prava *lex mercatoria* reintegrišu u novo pravo trgovaca koje je neizbežan pratilac procesa globalizacije. Ono je stožer novih normi materijalno-pravnog karaktera i rezultat je potreba novog vremena (Vilus et al. 2008: 45). U takvim prilikama se i sada postavlja staro pitanje – da li postoji samostalno transnacionalno pravo trgovaca kao formalni izvor MTP. Drugim rečima, da li će državni sudovi priznati arbitražne odluke donete samo na osnovu „*lex mercatoria*“. U novijoj praksi redovni sudovi pojedinih zemalja priznaju dejstvo takvih odluka, za razliku od većine nacionalnih prava, u kojima se „*lex mercatoria*“ prihvata kao autonomno trgovačko pravo i poslovni običaj. U osnovi, reč je, dakle, o pravu koje nije rezultat zakonodavne nadležnosti države. Ono je pretežno međunarodnog karaktera. Čine ga pravila ponašanja stvorena od strane učesnika MTO u procesu obavljanja njihove delatnosti.¹⁹ Ona su pogodna za primenu na konkretne poslovne odnose u

18 Digeste, L . 17, i *Paulus libro sexto decimo ad Plautium: “Regula est, que rem quae est breviter enarrat non ex regula ius sumatur sed iure quod est regula fiat”*.

19 U zavisnosti od uticaja moći i nivoa međusobne saradnje i (ne)tolerancije, proces nastanka izvora ima dva pola. Jedan se ogleda u integraciji, karakterističnoj za

prometu robe, usluga i novca na međunarodnom tržištu, kao i u postupku rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražnim organima. Osnov nastanka, ali i primene autonomnog MTP je autonomija volje ugovornih strana, koja je ograničena nacionalnim pravnim poretkom i propisima državnog prava. Ona se ispoljava u dva vida:

- a) u slobodi ugovaranja i
- b) u slobodi izbora pravila čijom primenom poslovni subjekti žele da urede međusobne odnose.

Lex mercatoria je skup normi kojima se uređuju spoljnotrgovinske poslovne operacije, kao što je prodaja, zakup, transfer tehnologije, posredovanje, prevoz, osiguranje, kreditni odnosi i dr. Takav pristup je rezultat shvatanja o ugovornoj prirodi *lex mercatorie*, što je svoj odraz našlo i u nizu odluka međunarodnih arbitraža.²⁰ U tom smislu se transnacionalno pravo („*Lex mercatoria*“) može odrediti kao ukupnost normi kojima se uređuju MTO, koji, u materiji uređenoj dispozitivnim pravnim normama, u celini ili delimično ne podležu dejstvu ni međunarodnog, ni unutrašnjeg prava. Uz prihvatanje ovako širokog koncepta o obuhvatu normi *Lex mercatoria*, u ovu grupu izvora se svrstavaju: a) opšti uslovi poslovanja; b) tipski i adhezioni ugovori; v) trgovački običaji; g) prometni običaji; d) kodifikovana običajna pravila i uzanse; đ) poslovni i proizvodni uobičajeni standardi; e) sudska i arbitražna praksa nacionalnih i međunarodnih arbitraža; ž) međunarodne konvencije; modeli zakoni i drugi izvori prava mekog normativiteta (“*Soft Law*“) koji su odraz, ili sredstvo metoda unifikacije (Ćirić, 2010: 33–93).

4. Zaključak

Iz date analize u ovom radu može se zaključiti da globalizacija može imati pozitivan, ali i negativan uticaj na razvoj MTO. Insistiranje na doslednoj primeni određenih proklamovanih principa na planetarnom nivou, posebno sa aspekta ekonomske i svake druge moći, nosi opasnost od prerastanja krute principijelnosti u svojevrsan vid neprincipijelnosti kluba moćnih, na štetu slabijih nacija i na eroziju institucionalnog oblika organizovanja nacija u formi

srednji vek, kada su trgovci uspeali da izgrade sopstveno pravo nadaleko poznato kao *lex mercatoria*, zasnovano na skupu međunarodnih običaja. Drugi pol tog procesa označavao je dezintegraciju. Naime, izvori prava nastali integracijom inkorporisani su u nacionalne pravne sisteme, koji su ih razgradili unoseći im duh svog partikularizma i nacionalna obeležja.

20 Odluke od 19. 1. 1977. i od 24. 3. 1982. godine u sporovima inostranih investitora protiv Libije i Kuvajta (“*Tehaso s. Libye*“, “*Ammoil s. Koweit*“).

državnih zajednica. Kako će se taj proces dalje odvijati, zavisice od njegovih učesnika i odnosa moći u svetu. Ti činioци će opredeljujuće uticati na savremenu pravnu regulativu, uključujući i međunarodni promet robe, usluga i novca. Pri tome će se paralelno pojavljivati subjekti i realizatori novih ideja, kako na nacionalnom, tako i na nadnacionalnom i međunarodnom planu. Izraz takvih promena biće prisutan u novoj fazi korporativne izgradnje, zatim traženju odgovarajućih formi i metoda pravne regulative u oblasti novog svetskog ekonomskog poretka. U tom smislu će i predmet izučavanja MTP biti proširen novom generacijom ugovora i konvencijama, zakonima modelima, kao odrazu novih interesa učesnika svetskog poretka i njihove odgovornosti u uslovima globalnog preobražaja čitave planete. Pri svemu tome valja imati u vidu uticaj više faktora.

Prvo, u procesu međunarodne podele rada, paralelno sa međunarodnim, egzistira i međuklanovski, međukorporativni pravni poredak. Geopolitički i geoekonomski odnosi u svetu snažno utiču na transformaciju sadržine privredne uloge države, kao subjekta tih odnosa, automatski joj menjajući obeležja njenog političkog i privrednog suvereniteta. Država, kao subjekt kreiranja prava, dovedena je u poziciju da tu svoju ulogu delimično delegira mnogobrojnim privrednim subjektima. U tom smislu, sve sigurnije dolazi do ustanovljavanja novog modela svetskog pravnog sistema, koji je rezultat procesa globalizacije i novih odnosa u svetu.

Drugo, svet je zasut novim procesima izgradnje gigantskih proizvodnih sistema na osnovama visoke informacione tehnologije ("Internet privreda"). Uspostavljaju se transgranični finansijski tokovi, što dovodi do suštinske transformacije modela nacionalnih pravnih režima. Tradicionalizam u shvatanjima i težnja za očuvanjem ranijih odnosa je značajan faktor usporavanja normativne globalizacije, kao i ukupnog procesa uključivanja pojedinih država u promene te vrste. U svakom slu čaju postepeno se dolazi do stadijuma izgradnje novih nacionalnih spoljno-trgovinskih doktrina i međunarodno-pravnog regulisanja svetskog geotrgovinskog prava.

Treći aspekt procesa globalizacije obu hvata masu složenih odnosa koji proističu iz geotrgovinskih i privrednih sukoba interesa, koji se početkom 21. veka ispoljavaju u vidu specijalnih ekonomskih ratova. Globalni preduzetnici, TNK, uključujući i države, u stanju su da utiču na onesposobljavanje nacionalne privrede, i rušenje ekonomske i finansijske infrastrukture. Sve to posledično izaziva smanjenje industrijske proizvodnje, socijalnu napetost i nezaposlenost. Mogućno

je da se bez primene naoružanja preotme čitav nacionalni dohodak, što ulazi u geoprivredni prestup, protiv koga još uvek nema mehanizama zaštite. Postoje mišljenja da bi zemlje žrtve nelojalne finansijske konkurencije i geoekonomskog napada (kreditni udari, raspad bankarskog sistema, uništavanje tržišta kapitala i tržišne infrastrukture u celini), mogle istaći zahtev za naknadu štete po osnovu tzv. "geo-privredne kontribucije".²¹

Četvrti aspekt globalizacije potvrđuje činjenicu da je pravni sistem vekovima bio odraz prava jačega. U tom smislu se sve više uočava narušavanje pravnog principa o zaštiti slabije strane. U uslovima globalizacije pravna norma postaje izraz političke borbe za vladajući položaj na dugi rok u različitim oblastima životnih odnosa uključujući privredu, finansije, industriju, socijalnu sferu, vojnu oblast itd.

Kao peta i završna odlika globalizacije navodi se insistiranje na potrebi usvajanja unifikovanog Kodeksa svetskog geoekonomskog poretka. Realizacija tog zadatka bi mogla rešiti problem međusobnog odnosa tri oblasti prava: nacionalnog, međunarodnog i geostrateškog.

Može se zaključiti da se današnji svet nalazi u procesu tranzicije – od svetske privrede, zasnovane na nacionalnim tržištima, ka integrisanom globalnom svetskom sistemu internacionalizovane proizvodnje i tehnologije, kao i privatizaciji regulatorne nadležnosti međunarodnih trgovinskih odnosa. Sistemu u kome međunarodna proizvodnja, zasnovana na stranim direktnim investicijama, polako ali sve sigurnije zamenjuje trgovinu u funkciji karike koja povezuje međunarodne ekonomske transakcije.

Savremeni proces globalizacije pokazuje tendenciju brisanja barijera u prometu robe, usluga, novca, kapitala, radne snage i znanja. Glavni nosioci tog procesa su transnacionalne korporacije (TNK). Reč je o megakorporacijama, koje su značajno uticale i na kreiranje delokruga rada međunarodnih institucija (Međunarodni monetarni fond, Svetska banka, Svetska trgovinska organizacija), preko kojih odlučujuće utiču na tok MTO. Osnov globalizacije čini mreža TNK, koja je dovela do globalne podele resursa, na osnovama novog načina upravljanja globalnim razvojem i međunarodnim odnosima u celini (Đorđević, 2007: 47–53).

Savremeni globalni liberalni kapitalizam zahteva od države da, kroz proces multilateralizacije i unifikacije pravnih normi, postane „adapter“ domaćih privreda, čija će struktura pogodovati interesima

21 Videti: www.adenauer.ru/report.php

međunarodnog tržišta. Na taj način, država polako, pomalo, ali sve sigurnije, gubi tradicionalni položaj regulatornog „zaštitnika“ nacionalne privrede.

Postoje vrlo uverljive ocene u jurisprudenciji da su savremeni načini kreacije multilateralizacijom javno-pravne sfere i unifikacijom privatno-pravnih normi, uz načine rešavanja sporova, glavni instrumenti zaštite globalne korporativne hegemonije. Ukazuje se na postojanje elitnih trgovačkih struktura označenih kao „merkatokratija“ („*mercatoctacy*“), koje čine transnacionalne kompanije i njihove asocijacije, zatim vladini eksperti i predstavnici međunarodnih organizacija koje su nosioci procesa uspostavljanja globalizovanog trgovinskog pravnog sistema. Reč je o izuzetno moćnoj grupaciji koja uspešno sprovodi svoje interese uz potporu transnacionalnog kapitala i monopola nad ekspertskim znanjima i „školama mišljenja“, koje se kreiraju i menjaju u skladu sa interesima „merkatokratije“.

Nastanak „merkatokratije“ je povezan sa dva savremena procesa:

- a) prvi je razvoj globalnih proizvodnih odnosa, a drugi
- b) obuhvata procese internacionalizacije i multilateralizacije javno-pravne sfere u materiji MTO, kao i privatizaciju regulatornih nadležnosti kroz harmonizaciju i unifikaciju izvora MTP privatno- pravnog karaktera, što sve zajedno obezbeđuje uspostavljanje globalnog trgovinskog pravnog sistema.

Dakle, multilateralizacija javno-pravne sfere i harmonizacija i unifikacija privatno-pravnih pravila međunarodne trgovine su u funkciji standardizacije i internacionalizacije pravila, koja pripadaju različitim pravnim sistemima. Ti procesi su vrlo značajan instrument globalizacionih promena, koje istovremeno vode i u globalizaciju pravne misli.

Cilj internacionalizacije je izgradnja harmonizovanih i unifikovanih normi, koje bi činile transnacionalni trgovinski pravni sistem univerzalne primene. Posebno značajna faza za njegov celokupni razvoj je nastanak međunarodnog autonomnog regulisanja i staleškog autonomnog prava trgovaca – bilo da je reč o usvajanju višestranih međunarodnih konvencija (zvanična unifikacija), ili o stvaranju sopstvenih pravila od strane međunarodnih udruženja trgovaca (spontana unifikacija) (Mlikotin Tomić, 1999: 3–4). Proces unifikacije i harmonizacije kao integralni element jačanja privatnog uticaja na regulatorne procese kritikovan je s argumentom da vodi stvaranju „opne za zaštitu korporativnih

interesa“ (Farnsworth, 1995: 82–88). Sa druge strane, zanemareni su interesi nerazvijenih i država u razvoju, kada se radi o javno-pravnom segmentu, kao i interesi potrošača, malih i srednjih poslovnih entiteta, kada je reč o privatno-pravnom učešću. Istina je da tendencija unifikacije, privilegovanjem privatne na račun javno-pravne sfere regulatornog uticaja nacionalnih država, vodi denacionalizaciji kapitala i njegovom izdvajanju iz domena uticaja nacionalnih vlasti. Ocenjuje se da se na taj način postiže efikasnost trgovinske razmene u praktičnom i funkcionalnom smislu, dok kao pravni fenomen, zasnovan na vrednosno neutralnim standardima i načelima, služi „globalizaciji pravne misli“ (Perillo, 1994: 292). Stoga su supranacionalizam, multilateralizacija, unifikacija i harmonizacija suštinski odraz procesa globalizacije, kojima se pridaje značaj progresivnog fenomena za uspostavljanje transnacionalnog trgovinskog pravnog sistema. Međutim, stav oponentata o opravdanosti postojanja samostalnog transnacionalnog trgovinskog pravnog sistema, temelji se na pravno-političkom argumentu da bi njegovo ustanovljavanje vodilo ograničenju prava države da izabere legitimne nacionalne ciljeve i mere njihovog ostvarivanja. Navedeno limitiranje prava država članica vodilo bi u izobličavanje sistema čitavog međunarodnog prava i redefinisane njegovog pojma.

Globalizacija ne označava samo rastući broj nacionalnih privreda koje postaju međusobno povezane u prekograničnim tokovima robe, usluga i faktora proizvodnje. Ona označava kvalitativni proces *upravljanja* sve kompleksnijim sistemom međunarodnih odnosa i veza. Proces globalizacije označava međuzavisnost politike i duboke integracije, i uključuje stalnu interakciju između trgovačkih društava, tržišta i države.

Bez obzira na razlike koje postoje u shvatanjima zastupnika savremene teoretske misli o karakteru novog globalizovanog trgovinskog sistema, njegova nova univerzalna pravila nesumnjivo imaju ispražnjujuće dejstvo na zakonodavni kapacitet suverenih država. Tendencija unifikacije, privilegovanjem privatne na račun javno-pravne zakonodavne funkcije država, vodi denacionalizaciji kapitala i njegovom izdvajanju iz sfere uticaja nacionalnih vlasti. Strukturiranje međunarodnog trgovinskog pravnog sistema na opšti (statusni, javno-pravni) i na poslovni (trgovački, privatno-pravni) deo, više je stanje tendencije koje ukazuje na dalja opredeljenja takvog procesa. Unifikacija pravila međunarodnog trgovinskog prava (MTP) je samo jedan, i to vrlo značajan instrument globalizacionih promena, koje istovremeno vode i u globalizaciju pravne misli. Mogući pravci daljih promena sistema čitavog međunarodnog prava će se dalje odvijati u uslovima koji alternativno podrazumevaju:

- a) učvršćivanje hegemonije najjačih privreda sveta;
- b) multilateralizaciju međunarodnih trgovinskih odnosa;
- v) postojanje paralelnih nacionalnih privrednih sistema;
- g) izbalansirano koordinisanje međusobnih interesa multilateralizovanih međunarodnih trgovinskih odnosa sa interesima nacionalnih privrednih sistema, ili
- d) haos.

U vezi sa tim, skloni smo da se priklonimo stanovištu dela jurisprudencije, po kome međunarodno pravo ima perspektivu jedino ukoliko se na planetarnom nivou uspostavi scenario multilateralizacije uz postojanje nacionalnih privrednih sistema, koji će funkcionisati na principima nediskriminacije i efektivne jednakosti. U međunarodnim trgovinskim odnosima bi takav pristup mogao da stvori pretpostavke za uspostavljanje funkcionalnog međunarodnog trgovinskog pravnog sistema. On bi se mogao posmatrati kao razumno rešenje koje uvažava legitimne nacionalne interese država u kontekstu postojanja realnih odnosa u svetu i koje pruža šansu za zaštitu interesa manjih, politički i privredno slabijih državnih zajednica, kakva je i Republika Srbija.

Literatura

Božić, M. Golubović, S. (2004). Razvoj trgovine između balkanskih zemalja na putu ka Evropskoj uniji. U Mitrović, Lj. Đorđević, D. i Todorović, D. (Prir.). *Društvene promene i etnički odnosi i evrointegracijski procesi na Balkanu*. Niš: Filozofski fakultet u Nišu. 77–87.

Vilus, J. Carić, S. Šogorov, S. Đurđev, D. Divjak, D. (2008). *Međunarodno privredno pravo*. Novi Sad.

Goldštajn, A. (1973). The New Law Merchant Reconsidered. *Festschrift fur C.M. Schmithoff*. 171–174.

De Ly, F. (1998). Uniform Commercial law and International Self – Regulation, The Unification of International Commercial Law. In Ferrari, F. (Ed.). *Tilburg lectures/ Auflage*.

Đorđević, S. (2007). Transnacionalne korporacije u ulozi nosilaca procesa globalizacije. *Poslovna politika*. 36/3. 47–53.

Jeffrey, S. (1998). Globalization and the Rule of Law. *Yale Law School Occasional Papers*. 2.

- Krejčí, O. (2010). Geopolitics and International Law, Tracing the Global Crisis 2010. *Czech Yearbook of International Law*. Volume 1/2010. 207–219. Kunštek, E. *Arbitražna nadležnost ICSID*. Rijeka.
- Milenković-Kerković, T. (2008). *Autonomni ugovori trgovinskog prava*. Niš: Ekonomski fakultet u Nišu.
- Mitrović, D. (1998). *Međunarodna trgovinska arbitraža*. Beograd. Mlikotin-Tomić, D. (1999). *Pravo međunarodne trgovine*. Zagreb: Školska knjiga.
- Mortensen, L. J. (2000). The Institutional Requirements of the WTO in an Era of Globalisation: Imperfections in the Global Economic Polity. *European Law Journal*. Vol. 6, No. 2. 176-204.
- Popović, V. Vukadinović, R (2005). *Međunarodno poslovno pravo, Opšti deo*. Banja Luka, Kragujevac.
- Simović, A. (2008). Lex mercatoria kao izvor međunarodnog trgovinskog prava u praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije. *Arbitražna*. 5/2008.
- Sornarajah, M. (1997). Power and Justice in Foreign Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*. 14/1997. 103–140. Stojiljković, V. (2003). *Međunarodno privredno pravo*. Beograd.
- Thomas, F. (2000). *The Lexus and the Olive Tree: Understanding Globalisation*. New York: First Anchor Books.
- Ćirić, A. (2013). *Pravo spoljne trgovine*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.
- Ćirić, A. (2012). *Međunarodno trgovinsko pravo: Opšti deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.
- Ćirić, A. (2010). *Međunarodno trgovinsko pravo: Opšti deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.
- Ćirić, A. (2010). Postupak rešavanja sporova pred Svetskom trgovinskom organizacijom. *Pravni život*. Br. 11, tom 3. 313–328.
- Ćirić, A. Cvetković, P. (2009). O pravu Svetske trgovinske organizacije: pro et contra konstitucionalne prirode. *Pravo i privreda*. 5–8/2009. 481–495.
- Farnsworth, A.E. (1995). Unification and Harmonization of Private Law. Harmonization and Change, Workshop Papers from the Twenty-fifth Annual Workshop on Commercial and Consumer Law. University of Toronto, Faculty of Law. 82–88.

Howse, R. Nicolaides, K. (2001). Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far. In Porter, R.B. (Ed.). *Efficiency, Equity and Legitimacy: the multilateral trading system and the millennium*. Washington: Brookings Institution Press. 227–252.

Castells, M. (1996). *The Rise of the Network Society*. Blackwell Publishers.

Cvetković, P. (2009). O pravu Svetske trgovinske organizacije: asimetrija prava i obaveza kao ključna determinanta. *Teme*. 2/2009. 493–509.

Cvetković, P. (2009). Uvod u pravo STO. *Pravni život*. 12/14. 767–778. Chios, C.

(2006). WTO Obligation as Collective. *The European Journal of International Law*. 172(2). 419–443.

Aleksandar Ćirić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

THE INFLUENCE OF GLOBALIZATION ON LEGAL REGULATION OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS

Summary

Globalization is a process of worldwide economic, political and cultural integration and unification. On the global scale, this process is accompanied by distribution of labour, migration of capital, human and production resources, standardization of legislation, and standardization of economic and technological processes. It is an objective process of systemic character which covers all spheres of social life. The changes underlying the globalization process give rise to a rapid development of information and telecommunication technologies, the creation of new legal norms and standards pertaining to almost all aspects of macroeconomic activity, the internationalization of capital and dynamic changes in all aspects of human life. In the opinion of anti-globalists, globalization undermines the public sector and weakens the system of social assistance.

There are three principles which are important for globalization of international trade relations (ITR): a) prohibition of discrimination; b) transparency; and c) peaceful settlement of disputes. In essence, they are the cornerstones for liberalization of international trade.

From the aspect of international trade, the notion of globalization implies the tendency to transform the world economy into a single market of goods, services, capital and labour (workforce). States are increasingly deprived of their independence and autonomy in implementing their trade policies and taking comprehensive unilateral legislative measures. The role of the state in creating normative and other conditions for ITR activities has been substituted by many international trade organizations, and national regulations are increasingly subjected to the multilateral trading legal regime of the World Trade Organization (WTO).

*The WTO law is the embodiment of the regulatory and institutional framework of the new "global trade law" system in the sphere of public law. The system of international agreements has established the multilateral legal rules of the WTO. In the domain of public law, the system which corresponds to the international agreements' framework is the system of autonomous sources of international trade, known as *lex mercatoria*.*

Keywords: *globalization, international trade, WTO law, global trade law, *lex mercatoria*.*

Dr Mileva Anđelković,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776595A

UDK: 336.22
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

IZAZOVI SAVREMENIH PORESKIH REFORMI**

Apstrakt: Predmet analize u radu jesu izazovi sa kojima se suočavaju države u sprovođenju poreskih reformi u današnjim kriznim uslovima. Usklađivanja sa globalizacijom ekonomskih tokova vode snižavanju stopa poreza na dobit korporacija i graničnih stopa poreza na dohodak za najbogatija lica. Zbog očuvanja nivoa prihoda, poreski teret se srazmerno prebacuje na poreze na potrošnju. Izmene poreske strukture praćene su jačanjem preventivne komponente delovanja poreskih administracija. Na međunarodnom nivou, povećava se broj država koje se uključuju u procese razmene poreskih informacija i uspostavljanje opšteprihvaćenih pravila u domenu suzbijanja štetne poreske konkurencije. Najnoviji izazov povezan je sa pokušajima reformisanja međunarodnog oporezivanja dobiti multinacionalnih kompanija (BEPS).

Ključne reči: poreske reforme, poreska konkurencija, razmena poreskih informacija, poboljšani odnosi oporezivanja, BEPS.

* mevi@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije pod brojem 179046 D

1. Uvod

Poreski sistemi se reformišu pod uticajem globalizacije ekonomskih i finansijskih tokova i širenja elektronskog poslovanja, potrebe sprečavanja gubitaka poreskih prihoda kao i intenzivnije borbe protiv međunarodne poreske evazije i agresivnog poreskog planiranja multinacionalnih kompanija. Poreske promene u većoj meri se odvijaju u industrijski razvijenim državama. Prekretnica u razvijanju međunarodnih poreskih odnosa nastupa izbijanjem svetske finansijsko-ekonomske krize 2008–2009. godine što je moćnim međunarodnim organizacijama (OECD, G20, MMF) pružilo priliku da pokrenu proces međunarodne poreske saradnje u vidu razmene poreskih informacija. Države još uvek nastoje da sačuvaju nacionalne poreske suverenitete, međutim, prihvatanjem globalno nametnutih poreskih standarda od strane OECD-a, *de facto* se same odriču određenih fiskalnih ovlašćenja na svojim teritorijama.

Savremene reforme poreskih sistema nastaju kao odgovor kreatora poreskih politika na više unutrašnjih i međunarodnih izazova. Veliki broj država (uglavnom razvijenih) je u poslednjih trideset godina snizio stope poreza na dobit i granične stope poreza na dohodak što se odrazilo na njihove fiskalne efekte. Nedostatak poreskih prihoda poreske vlasti su nastojale da nadoknade povećanjem finansijske uloge poreza na potrošnju. Problemi u vezi sa zaštitom životne sredine ponovo su skrenuli pažnju razvijenih zemalja na korišćenje ekoloških poreza. Finansijska kriza iz 2008–2009. godine oživela je inicijativu o uvođenju poreza na valutne transakcije u cilju smanjivanja špekulativnih finansijskih aktivnosti i uspostavljanja stabilnosti međunarodnog finansijskog sistema. Liberalizacija trgovinsko-finansijskih tokova i intenzivna digitalizacija poslovnih transakcija i javnih poslova stvorili su značajne izazove delovanju poreskih administracija. Bez znatnijih izmena njihovih zakonskih ovlašćenja, u poresku proceduru se unose drugačiji, netradicionalni načini rešavanja problema i teškoća u radu, pre svega sa velikim poreskim obveznicima sa naglaskom na preventivnu komponentu delovanja.

Najveći izazov sa kojim su države suočene u domenu međunarodnih poreskih odnosa jeste intenziviranje procesa razmene informacija između nacionalnih poreskih administracija i fiskalna transparentnost. Razlike (neusklađenosti) u nacionalnim poreskim zakonodavstvima iskorišćavaju moćne multinacionalne kompanije uspevajući da maksimalno smanje ukupan poreski teret, ili čak da ne budu oporezovane,

što je iniciralo potrebu za uspostavljanjem međunarodnih pravila u domenu suzbijanja štetne poreske konkurencije. Zbog agresivnog poreskog planiranja ovih ekonomski veoma snažnih subjekata, sve češće se čuju zahtevi za definisanjem i primenom opštih poreskih mera antiabuzivnog i antievazivnog zakonodavstva na nivou EU. Najnoviji projekat OECD-a (BEPS) usmeren je na rešavanje problema poreski neprihvatljivog ponašanja multinacionalnih kompanija sa ciljem uključivanja što većeg broja država u procese međunarodne poreske saradnje.

2. Snižavanje poreskih stopa kao odgovor na globalizaciju savremenih ekonomija

Od kraja 80-ih godina prošlog veka u razvijenim industrijskim državama započinje proces snižavanja stopa poreza na dohodak i poreza na dobit pod uticajem liberalizacije i povezivanja tržišta, što je olakšalo međunarodnu mobilnost kapitala i značajno povećalo prekogranične transakcije. Američka poreska reforma iz sredine 80-ih godina prošlog veka dala je zamah prihvatanju i realizaciji takve inicijative u velikom broju zemalja. U ovom periodu, u mnogim zemljama OECD-a marginalna stopa poreza na dohodak iznosila je više od 65%, dok je najviša stopa poreza na dobit retko bila ispod 45% (Bryson, Matthews, Owens, 2011: 3). Snižavanje poreskih stopa kod neposrednih poreza bilo je u skladu sa postavljenim ciljevima poreskih reformi u pravcu veće alokativne efikasnosti i jačanja horizontalne pravičnosti.

Kapitalu oslobođenom od nacionalnih stega bile su potrebne nove destinacije, pre svega u poreskim oazama i ošor centrima. Svi ovi naponi bili su, u suštini, sračunati na ostvarenje što većih neoporezovanih profita van domašaja rezidentnih država. Većina ekonomista je ovo snižavanje stopa poreza na dobit korporacija objašnjavala štetnom poreskom konkurencijom. Ovakav trend ne bi trebalo mešati sa politikom sniženja stopa u zemljama u razvoju i u tranziciji koje su želele da poreskom konkurencijom privuku strane investicije.

Snižavanje poreskih stopa uz širenje poreskih osnovica donekle se nastavilo i kasnije kao odgovor na finansijsko-ekonomsku krizu, preporučeno od strane međunarodnih organizacija, kao efikasan put podsticanja ekonomskog rasta i povećanja poreskih prihoda. U suštini, radi se o vladajućoj ekonomskoj filozofiji da „dobar“ poreski sistem mora sniziti poreski teret bogatima i međunarodno mobilnom kapitalu i odstupiti od korišćenja poreske politike kao aktivnog instrumenta ekonomskog upravljanja (Steinmo, 2003: 226).

Nažalost, tako orijentisana poreska politika rezultirala je izraženijim socijalnim raslojavanjima u savremenim društvima jer su bogati postali još bogatiji ne doprinoseći u odgovarajućoj meri opštem dobru. Razrešenje klasičnog *trade-off*-a između ekonomske efikasnosti i pravičnosti teško je ostvarivo u praksi, tako da će primat u realizaciji jednog ili drugog fundamentalnog principa oporezivanja, u suštini, zavisiti od političke orijentacije stranke (ili koalicije stranaka) na vlasti.

3. Privlačnost oporezivanja potrošnje u savremenim kriznim uslovima

Snižavanje stopa poreza na dohodak i dobit ima za posledicu postepeno restrukturiranje poreskih sistema, jačanjem finansijske uloge poreza na potrošnju, posebno poreza na dodatu vrednost (PDV). Privlačnost ovog poreskog oblika za savremene poreske vlasti je razumljiva imajući u vidu njegovu veliku finansijsku izdašnost. O tome govori i podatak da je preko 150 zemalja, različitog nivoa ekonomske razvijenosti, uvelo PDV tokom protekle tri decenije. Jača usmerenost ka oporezivanju potrošnje odraz je i stare teorijsko-političke dileme o tome šta je bolje oporezovati – dohodak ili potrošnju? Definitivnog odgovora na ovo uvek aktuelno pitanje nema. Postoje i autori koji tvrde da je oporezivanje potrošnje (definisano kao prihod umanjen za štednju) put za budućnost, što se povezuje sa starijom idejom o odbacivanju korporativnog oporezivanja, jer ono vodi dvostrukom oporezivanju prihoda (Rišar, 2008: 146). Prema teoriji ekonomskog rasta, to je efikasniji način oporezivanja zanemarujući pritom njegovu osnovnu negativnu osobinu u vidu nepravično raspodeljenog poreskog tereta na široke slojeve stanovništva. Posle izbijanja svetske finansijske krize iz 2008–2009. jedan broj država je bio prinuđen da poveća standardnu i/ili sniženu stopu PDV-a. To je poslužilo kao jedan od važnih instrumenata fiskalne konsolidacije kako bi se, s jedne strane, povećali poreski prihodi, a s druge strane omogućilo niže oporezivanje prihoda od rada (tzv. fiskalna devalvacija).¹ Treba imati u vidu da se svako smanjenje poreza na kapital u odnosu prema dohotku od rada može smatrati korakom ka oporezivanju potrošnje. Čini se opravdanom bojazan nekih istaknutih poreskih teoretičara da dugoročno snižavanje stopa poreza na dohodak i dobit uz generalno okretanje od oporezivanja kapitala i bogatih lica ka manje mobilnim poreskim obveznicima i izvorima (potrošnja i rad)

1 Videti više o tome u radu: Anđelković, M. (2013). Privlačnost PDV u kontekstu ekonomske krize. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. Br. 64. 1–14.

ozbiljno remete poreske strukture, dok poreske sisteme širom sveta čine regresivnijim (Leviner, 2014: 218).

4. Ekološki porezi kao odgovor na izazove zaštite životne sredine

Opozivanje radi ostvarenja ciljeva zaštite životne sredine novijeg je datuma. U teorijskom smislu, opravdanje se nalazi u postojanju negativnih eksternalija, odnosno štetnih spoljnih efekata u životnoj sredini što vodi narušavanju životnih zakona u prirodi. Ugrožavanje životnih uslova sve više zabrinjava države koje nastoje da „ekologiziraju“ poresku politiku ali su nacionalni naponi nedovoljni i neefikasni pa se rešenja traže i na globalnom planu, u vidu zaključivanja različitih konvencija i predloga o uvođenju globalnih ekoloških poreza (porez na ugljen-dioksid, porez na vazdušni saobraćaj).

U finansijskom smislu, ekološki porez je jedan od manje izdašnih poreza imajući u vidu njegovu osnovnu svrhu promene ponašanja poreskih obveznika (zagađivača). Glavni problem kod uvođenja ovog poreza jeste određivanje njegovog optimalnog iznosa tako da bi visina stope trebalo da zavisi od mogućnosti supstitucije poreskog objekta i od aktuelnog tehničkog stepena razvoja društva (Lončarić Horvat, 2011: 635). Pored internalizacije spoljnih efekata, u teoriji javnih finansija se smatra da ekološki porezi mogu imati podsticajnu i fiskalnu ulogu. Prema načelu fiskalne neutralnosti, očekivani porast prihoda po osnovu ekoloških poreza trebalo bi da bude praćen smanjenjem prihoda po osnovu ostalih distorzivnih poreza, čime se postiže fenomen „dvostruke dividende“. Ukratko, pretpostavlja se da ekološki porezi mogu obezbediti kako poboljšani kvalitet životne sredine tako i bolji poreski sistem. Međutim, prema nekim autorima, takvo očekivanje možda i nije opravdano jer uvođenje ekoloških poreza, uz već izražene distorzije, može ih samo pogoršati. Rezultat koji proizlazi iz novije literature jeste da ovaj efekat može lako prevagnuti nad dobitima u efikasnosti od smanjenja stopa na postojeće poreze (Oates, 1995: 916). Najznačajniji oblik ekoloških poreza jeste porez na ugljen-dioksid i najšire je zastupljen u skandinavskim državama. Problemi zaštite životne sredine imaju izraženu globalnu dimenziju koja se odražava kroz usvajanje međunarodnih konvencija o smanjenju štetne emisije ugljen- dioksida. Posebno je važno da SAD, kao jedan od najvećih zagađivača životne sredine, nisu potpisale niti ratifikovale Kjoto protokol, koji je stupio na snagu 2005. godine (Bird, 2014: 19).

U međuvremenu su održavane klimatske konferencije, ali bez nekog suštinskog značaja, s tim da je odlukom iz Durbanu produženo važenje Protokola iz Kjota do 2018. godine.

5. Izazovi oporezivanja finansijskih transakcija

U razvijenim ekonomijama finansijski sektor se razvio do ogromnih razmera u odnosu na realni sektor ali njegovo oporezivanje i dalje je neadekvatno takvoj ekonomskoj snazi. Liberalizacija i deregulacija finansijskih tržišta pružile su neograničeni prostor za različite vrste transakcija, često i špekulativnih, i van domašaja nacionalnih poreskih vlasti. Džejms Tobin je 1978. godine predlagao uvođenje poreza na međunarodne valutne transakcije, kao sredstvo za usporavanje prekograničnog kretanja špekulativnog kapitala i sprečavanje kriza valutnih kurseva. On je još tada isticao da je osnovni problem za nacionalne ekonomije „prevelika“ mobilnost privatnog finansijskog kapitala. Međutim, njegova ideja nije izazvala veću pažnju kreatora ekonomske politike sve do izbijanja poslednje finansijske krize 2008–2009. godine (Rodrik, 2013: 101). U pokušajima da oporezuju finansijske transakcije u postkriznom periodu najdalje su otišle zemlje članice EU. Evropska komisija je 2011. godine predložila plan o primeni evropskog poreza na finansijske transakcije sa glavnim ciljevima da finansijski sektor plati svoj deo troškova krize, da se finansijske institucije obeshrabre od preduzimanja preterano rizičnih aktivnosti i, naravno, da se povećaju prihodi. Predlog nije jednoglasno prihvaćen, tako da je početkom 2013. godine Evropska komisija izašla sa novim predlogom ovog poreza za 11 zemalja članica na osnovu tzv. procedure „poboljšane saradnje“ (Lakić, 2013: 57). Još uvek nije postignut potpuni sporazum o važnim pitanjima kao što su obuhvat poreza niti o raspodeli prihoda, jer se neke države veoma protive usmeravanju bilo kakvih prihoda u budžet EU. Vreme će pokazati šta će ostati od originalne verzije poreza, ali jedno je sigurno: pomenuti predlog pre je predstavljen kao način povećanja prihoda nego kao instrument obeshrabrivanja špekulativnih transakcija. Ozbiljnije razmatranje oporezivanja finansijskog sektora, bez sumnje, će biti aktuelno u narednim godinama, zbog potencijalnih opasnosti nedovoljne i neadekvatne regulisanosti ovog, sve značajnijeg, segmenta svetskog tržišta. Na današnjem stepenu međunarodne saradnje, veća je politička podrška preduzimanju koordiniranih aktivnosti za usvajanje međunarodne finansijske regulative (pravila Bazelskog komiteta) nego za globalno oporezivanje finansijskog sektora (Keen, 2011: 20).

6. Funkcionisanje poreskih administracija u globalizovanom okruženju

Poreske administracije danas funkcionišu u složenom okruženju koje nameće i određene promene u načinima njihovog rada. Ne odričući se tradicionalne kontrolne i represivne funkcije, posebna pažnja se usmerava na preventivnu komponentu u upravljanju poreskom saglasnošću (Owens, 2014: 16). Radi se o pokušajima izgradnje poboljšanih odnosa sa poreskim obveznicima (za sada uglavnom velikim), efikasnijem upravljanju poreskim rizicima i obeshrabrivanjem agresivnog poreskog planiranja. Ključni elemenat u tom pristupu jeste uslužna orijentacija ka poreskim obveznicima i njihov klijentski tretman. Od „osnovnog odnosa“ (*base relationship*) poreske administracije ekonomski razvijenih zemalja grade „poboljšani odnos“ oporezivanja (*enhanced relationship*), sa ciljem uspostavljanja i održavanja poverenja sa poreskim obveznicima. Na takvim promenama insistira OECD u cilju podsticanja poboljšane poreske komunikacije kao načina upravljanja poreskim posledicama ekonomske krize i povećanih zahteva za rešavanjem problema agresivnog poreskog planiranja.² Koncept poboljšanih poreskih odnosa zasniva se na transparentnosti i saradnji, uz saglasnost obveznika da tačno i potpuno informiše poresku administraciju o mogućim poreskim rizicima u poslovanju (npr. transferne cene) i dostavi potrebne činjenice o tome. Zauzvrat, poreska administracija će nastojati da blagovremeno pruži informacije o poreskim posledicama planirane transakcije čime će obezbediti obvezniku sigurnost i predvidljivost u izvršavanju poreskih obaveza, ne samo po slovu nego i u duhu zakona (Owens, 2012: 517). Koncept poboljšanih odnosa, po mišljenju nekih autora, tiče se promene ponašanja njihovih subjekata u smislu uspostavljanja uzajamnog poverenja i postizanja pravne sigurnosti, uz izbegavanje nepotrebnih poreskih rizika (Roch, 2012: 22–23).

Razlog za diferencirani pristup poreskim obveznicima nalazi se u tome što brojni privredni subjekti imaju različite potrebe u pogledu usluga, pomoći i instrukcija i samim tim pokazuju različite tipove poreskih rizika. Zato se razvijene poreske administracije strukturno organizuju na osnovu tzv. „segmentacije tržišta“, usmeravanjem aktivnosti na pojedine kategorije obveznika, imajući u vidu njihov finansijski potencijal. U okviru OECD-a se smatra da takav pristup omogućava bolje razumevanje potreba obveznika i rizika za poreski sistem. Neki poreski

² Više o tome: OECD (2013). Co-operative Compliance: A Framework. From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance, Retrieved 5. September 2015, from <http://www.oecd.org/ctp/administration/co-operative-compliance.htm>

praktičari vide u tome mogućnosti da se sa ograničenim resursima ne samo povećaju poreski prihodi nego i smanje troškovi plaćanja poreza savesnih poreskih obveznika (D'Ascenzo, 2015: 90). U razvijanju ovog novog pristupa prednjače Australija („*cooperative compliance*“) i Holandija („*horizontal monitoring*“). Osnovna ideja je da treba pomoći onim obveznicima koji žele da uredno plaćaju poreze dok bi uporne poreske utajivače trebalo podvrgnuti kontrolama i strožem kažnjavanju (Owens, 2014: 19). Koristeći saznanja finansijske psihologije, poreski organi mogu dobiti bolji i dublji uvid u raznovrsne reakcije poreskih obveznika koje će ugraditi u svoje strategije delovanja. Konceptu „poboljšanih odnosa“ oporezivanja trebalo bi da doprinese i alternativno rešavanje poreskih sporova korišćenjem medijacije i drugih pristupa uređivanja spornih poreskih situacija. Ova mogućnost je za sada dopuštena u manjem broju država, uglavnom velikim poreskim obveznicima, pa s obzirom na njihovu finansijsku i političku moć postoji opravdana bojazan od „privatizacije“ procesa oporezivanja.

7. Izazovi nametanja fiskalne transparentnosti i efikasnije međunarodne razmene poreskih informacija

Na međunarodnom planu sve veći broj država se uklju čuje u procese međunarodne razmene poreskih informacija. Zvanično objašnjenje OECD-a tiče se rešavanja problema međunarodne poreske evazije i agresivnog poreskog planiranja i ubiranja dodatnih prihoda od strane rezidentnih država (*A Step Change in Tax Transparency*, 2013: 5). Izvesno je da će ovi procesi doneti koristi pojedinim državama. Međutim, ubrzano podsticanje određenih aktivnosti u ovom domenu ima neke druge, ne tako očigledne ciljeve. U pozadini ovih procesa međunarodne poreske saradnje nalazi se prikrivena težnja za poreskom harmonizacijom, potpunom kontrolom ekonomskih i finansijskih tokova u svetu, ograničavanjem nacionalnih fiskalnih suvereniteta postavljanjem globalnih poreskih standarda uz ubeđivanje država da je to u njihovom najboljem interesu.³

Zvanične aktivnosti na ovom planu započinju sa Izveštajem OECD-a o štetnoj poreskoj konkurenciji, objavljenim 1998. godine (*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*), kojim se zahtevalo da poreske oaze i ofšor centri započnu procese međunarodne razmene poreskih informacija na zahtev. U okviru OECD-a se 2000. godine formira Globalni forum o

³ Samim tim što je međunarodna razmena poreskih informacija proglašena za politički prioritet od strane G20, OECD, UN, EU, znači da je ona jako važna u smislu definisanja globalnih poreskih okvira.

fiskalnoj transparentnosti i razmeni informacija u poreskim stvarima koji formuliše globalne standarde poreske saradnje⁴, usvajanjem Model sporazuma o razmeni poreskih informacija 2002. godine. U skladu sa tim, revidira se čl. 26 Model konvencije OECD-a o oporezivanju dohotka i imovine sa ciljem prihvatanja navedenih standarda krajem 2014. godine. Bitna novina je da domaći interes i bankarska tajnost više nisu razlozi za odbijanje razmene poreskih informacija na zahtev. Na aprilskom skupu u Londonu 2009. godine, G20 je samovoljno proglasila da je došao kraj bankarskoj tajnosti. U literaturi se ovaj događaj ocenjuje kao prekretnica u domenu međunarodne poreske saradnje (Oberson, 2013: 21). Posle finansijske krize povećava se broj država koje zaključuju bilateralne sporazume o razmeni poreskih informacija, van formalnih puteva, tradicionalno primenjivanih prilikom pregovaranja o bilateralnim sporazumima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja (Stewart, 2012: 162). Mnoge države su „dobrovoljno“ prihvatile fiskalnu transparentnost kako ne bi bile smatrane kao nekooperativne jurisdikcije (Pistone, 2013: 219). U cilju ubrzavanja i uključivanja svih država u procese međunarodne razmene poreskih informacija, OECD i Savet Evrope usvajaju 2010. godine Protokol uz Multilateralnu konvenciju o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima⁵ (zaključena još 1988. godine) sa primenom od 1. 6. 2011. godine. Iste godine, SAD donose Zakon o oporezivanju računa domaćih državljana u inostranstvu (*FATCA*) kojim obavezuju sve finansijske posrednike u svetu da američkoj poreskoj administraciji dostavljaju podatke o prihodima američkih klijenata. U okviru OECD-a, tokom 2014. godine, postiže se saglasnost o uspostavljanju automatske razmene finansijskih informacija kao sveopšteg standarda u međunarodnoj poreskoj saradnji. *De facto*, pod vidom borbe protiv međunarodnih poreskih prevara krije se interes najmoćnijih ljudi sveta za potpunom kontrolom globalnih finansijskih tokova, na šta ukazuje sve intenzivnije delovanje važnih međunarodnih organizacija u pravcu ubrzavanja ovog procesa.

4 Neki autori dovode u pitanje vaľjanost (opravdanost) globalnog karaktera standarda međunarodne razmene poreskih informacija imajući u vidu nepotpunu legalnu zaštitu prava poreskih obveznika. Više o tome: Dourado, A.P. (2013). Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies. *EUI Working Paper RSCAS 2013/11*. www.eui.eu/RSCAS/Publications/

5 Vid.: Protocol amending the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, 2010.

8. Izazovi sprečavanja štetne poreske konkurencije

Uobičajena je praksa u međunarodnom poslovanju da države koriste povoljnije poreske režime u cilju privlačenja investicija i mobilnog kapitala koji, skoro bez ikakvih ograničenja, prelaze nacionalne granice. Ono što je legitimni fiskalni interes nacionalnih država, posljednje dve decenije se od strane OECD-a i EU proglašava štetnom i nelojalnom poreskom konkurencijom. Postoji široko rasprostranjeno uverenje u poreskoj teoriji i praksi da privlačenje stranih investicija putem snižavanja stopa poreza na dobit (poznato kao "trka do dna") može ugroziti integritet poreskih sistema (Devereux, Vella, 2014: 3), zbog čega se moraju postaviti i prihvatiti određena pravila na širem planu. EU prednjači u promovisanju fer poreske konkurencije. Od 1998. godine počinje da se primenjuje Kodeks ponašanja za oporezivanje poslovnih aktivnosti (*Code of Conduct in Business Taxation*) na evropskom tržištu. To nije pravno obavezujući dokument, ali postoji političko obavezivanje država članica da uklone poreske odredbe koje narušavaju fer poresku konkurenciju u nacionalnim zakonodavstvima. U samom Kodeksu su navedeni kriterijumi koji služe za kvalifikaciju mera koje se smatraju nepravičnim. Treba naglasiti da EU počinje da postavlja povećane zahteve i zemljama koje nisu njene članice. Njihovo (ne)pristajanje na standarde Globalnog foruma o transparentnosti i razmeni poreskih informacija, kao i one postavljene u EU Kodeksu o ponašanju, odraziće se u zajedničkom postupanju zemalja članica EU prema njima u budućnosti (*Platform for Tax Good Governance*).

Za razliku od EU, OECD pokušava da reši ovaj problem na širem, međunarodnom planu usvajanjem 1998. godine Izveštaja o štetnoj poreskoj konkurenciji. U njemu su tačno definisani kriterijumi koji su korišćeni u prepoznavanju štetne poreske konkurencije i na kraju je naveden niz preporuka kako bi se efikasno moglo boriti protiv takve pojave. Protivljenje SAD doprinelo je slabljenju ove inicijative OECD-a da reguliše međunarodnu poresku konkurenciju (Eccleston, 2011: 19). Ona je kasnije osnažena prihvatanjem novog projekta *BEPS-a* koji zahteva obaveznu spontanu razmenu pravila o nepravičnim poreskim režimima i njihovu primenu vodeći računa o transparentnosti i suštini transakcija i poslovnih aktivnosti (*Action 5 BEPS*).

9. Definisanje opštih anti-evazivnih i antiabuzivnih mera

Razlike u nacionalnim poreskim sistemima pružaju široke mogućnosti multinacionalnim kompanijama za međunarodno poresko planiranje.⁶

Zbog agresivne prirode ovog procesa veliki broj država je razvio određene zaštitne mehanizme. Oni su ili generalne prirode, u cilju sprečavanja svake zloupotrebe poreskog zakonodavstva, ili su usmereni na specifične aranžmane i šeme koji se obično koriste radi izbegavanja poreza. Opšte antiabuzivno zakonodavstvo (*GAAR*) javlja se kao važno oruđe koje poreski organi i sudovi mogu da koriste u slučajevima sprečavanja *preteranih* poreskih zloupotreba gde se procenjuje stvarna suština transakcije. Zbog značaja ovog fenomena, poslednjih godina su se čuli zahtevi u međunarodnoj poreskoj javnosti za njegovim jedinstvenim tretmanom na multinacionalnom nivou, npr., u vezi sa hibridnim aranžmanima. Radi se o iskorišćavanju neusklađenosti poreskih sistema u pogledu pravne kvalifikacije i poreskog tretmana instrumenata, subjekata i transfera, što se često zloupotrebljava i koristi za izbegavanje plaćanja poreza.

OECD posvećuje posebnu pažnju u okviru *BEPS* projekta, ne samo hibridnim aranžmanima nego i jačanju *CFC* (*controlled foreign corporations legislation*) pravila, ograničenju odbitaka poreski motivisanih isplata kamata i drugih finansijskih plaćanja i prevenciji zloupotrebe poreskih sporazuma. Evropska komisija je pozvala države članice da razmotre uvođenje zajedničkog *GAAR-a* koji bi se podjednako primenjivao u međusobnim odnosima ali i u situacijama sa trećim zemljama. U Preporuci iz 2012. godine (*Recommendation on Aggressive Tax Planning*) izložen je u glavnim crtama harmonizovani EU pristup najagresivnijim vrstama poreske evazije. Formulacija predloženog *GAAR-a* zasniva se na poznatoj odluci Evropskog suda pravde u slučaju *Cadbury Schweppes* (CJEU 2006b) gde se za primenu nacionalnog opšteg antiabuzivnog zakonodavstva zahteva „potpuna artifičijelnost aranžmana“, tj. onih kojima nedostaje ekonomska suština i koji imaju za cilj isključivo izbegavanje plaćanja poreza (Gadžo, Klemenčić, 2014: 287).

6 Korišćenje sofisticiranih transakcija u međunarodnom poslovanju može imati za rezultat neželjene posledice, kao što su dvostruko neoporezivanje, dvostruki poreski odbici, artifičijelno ostvarenje stranih poreskih kredita i dr.

10. Izazovi u vezi sa međunarodnim usaglašavanjem pravila o oporezivanju multinacionalnih kompanija

Najnoviji projekat OECD-a iz 2013. godine (BEPS)⁷ (uz političku podršku G20) zvanično je usmeren na sprečavanje erozije poreske osnovice i veštačko prebacivanje profita u zemlje sa niskim porezima. Takvo poresko planiranje multinacionalnih kompanija može dovesti do dvostrukog neoporezivanja čime se remeti konkurentnost na međunarodnom tržištu i narušava integritet nacionalnih poreskih sistema. Imajući u vidu značaj ovog fenomena za ekonomski razvijene zemlje, OECD ubrzo izrađuje ambiciozan i sveobuhvatan plan za sprovođenje *BEPS-a*.⁸ Od država se očekuje da ispituju kako njihovi nacionalni poreski zakoni doprinose *BEPS-u* i da osujete korišćenje međunarodnih i domaćih poreskih pravila od strane multinacionalnih kompanija u cilju smanjenja ukupnih poreskih obaveza artifičijelnim prebacivanjem profita u jurisdikcije sa niskim porezima. Po prirodi i širini dejstava, *BEPS* zahteva koordinirane aktivnosti naročito u domenu domaćih zakonodavnih mera. U dokumentu se ističe da države zadržavaju svoje poreske suverenitete a dogovorene mere mogu biti primenjene na različite načine pod uslovom da nisu u protivrečnosti sa njihovim međunarodnim zakonskim obavezama (*Explanatory Statement*, 2014: 3). Akcioni plan predviđa preispitivanje nekoliko ključnih oblasti međunarodnih poreskih pravila. U fokusu međunarodnog interesovanja jesu sistemi poreza na dobit korporacija koje treba modifikovati kroz pravila o neutralisanju hibridnih aranžmana, jačanje *CFC* pravila i ograničavanje erozije osnovica putem odbitaka kamata i drugih finansijskih plaćanja unutar grupe kompanija. Sledeća oblast provere tiče se postojećih međunarodnih poreskih pravila o poreskim sporazumima, stalnom mestu poslovanja i transfernim cenama, kako bi se utvrdilo da li se profiti oporezuju tamo gde su obavljene ekonomske aktivnosti i gde je stvorena vrednost. Posebna pažnja je posvećena transparentnosti, uklju čujući opšti obrazac za svrhe izveštavanja kompanija o raspodeli profita i poreza. Očekuje se i veća saradnja vlada u pogledu uzajamnog obaveštavanja o izdatim poreskim pravilima multinacionalnim kompanijama. OECD će, u cilju što brže primene svih smernica i aktivnosti iz Akcionog plana, razviti multilateralni instrument za zainteresovane države kako bi se izmenile postojeće mreže njihovih bilateralnih

7 OECD (2013). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

8 OECD (2013). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

poreskih sporazuma.⁹ Premda se u dokumentu navodi da je *BEPS* inicijativa, u suštini, usmerena na zatvaranje nekih praznina umesto preispitivanja fundamentalne strukture međunarodnog poreskog sistema, imajući u vidu da zahvata mnoge oblasti, moglo bi se zaključiti da se radi o nastavku aktivnosti sprečavanja štetne poreske konkurencije sa krajnjim ciljem harmonizacije pravila oporezivanja multinacionalnih kompanija i drugačijom raspodelom prava oporezivanja.¹⁰ Na takav zaključak upućuju predložene preporuke za dokumentaciju o transfernim cenama i izveštavanjima po zemljama, koje uobličavaju šire izveštajne zahteve koji idu daleko izvan onoga što se traži u svrhe poreske naplate (*Action 13 BEPS*). Ostaje otvoreno pitanje: šta je pravi cilj *BEPS-a*?

11. Zaključak

Tokom poslednjih nekoliko decenija uočavaju se veoma značajne promene u savremenim poreskim sistemima. Poreske reforme se sprovode kao odgovor na izazove sa kojima se države suočavaju kako u nacionalnim okvirima tako i u međunarodnim poreskim odnosima. Nekada se te promene odvijaju saglasno interesima država a nekada su im nametnute od strane moćnih međunarodnih organizacija. Izazovi savremenih poreskih reformi povezani su sa kontinuiranim snižavanjem stopa poreza na dohodak i poreza na dobit, širom primenom poreza na potrošnju, problemima oporezivanja elektronskog poslovanja i uvođenja ekoloških poreza i poreza na finansijske transakcije, uz razvijanje alternativnih pristupa funkcionisanju poreskih administracija. Navedena kretanja na nacionalnim nivoima nedvosmisleno potvrđuju da slabi značaj principa *ability-to-pay* kao fundamentalnog pravila za modeliranje savremenih poreskih sistema. Na međunarodnom planu, ubrzava se proces međunarodne razmene poreskih informacija, radi se na kreiranju pravila o ograničavanju štetne poreske konkurencije, čine se pokušaji definisanja opšteg antievazivnog zakonodavstva, za sada, makar na regionalnom nivou (predlozi u okviru EU), pokrenut je projekat sprečavanja erozije poreske osnovice i veštačkog prebacivanja profita u zemlje sa blagim poreskim režimima. Sve navedene promene u savremenim poreskim sistemima ukazuju na preformulisanje postojećih i orijentaciju ka utvrđivanju opšteprihvaćenih međunarodnih poreskih pravila.

9 OECD (2014). *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264219250-en>

10 O mogućim promenama u sistemu korporativnog oporezivanja pogledati u: Devereux, M., Vella, J. (2014). *Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21 century?* *Oxford University Center for Business Taxation WP 14/25*. 1–21.

Literatura

- Anđelković, M. (2013). Privlačnost PDV u kontekstu ekonomske krize. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. br. 64. 1–14.
- Bird, R. (2014). Global Taxes and International Taxation: Mirage and Reality. *International Center for Public Policy Working Paper Series*. Paper 4. Retrieved 31, August 2015, from <http://scholarworks.gsu.edu/icepp/4>
- Brys, B., Matthews, S., Owens, J. (2011). Tax Reforms Trends in OECD Countries. *OECD Taxation Working Papers*. No.1. OECD Publishing. pp. 1-16. <http://dx.doi.org/10.1787/5kg3h0xxmz8t-en>
- D'Ascenzo, M. (2015). Global Trends in Tax Administration. *Journal of Tax Administration*. Vol. 1. No. 1. 81–100 Retrieved 5, Septembre 2015, from jota.website/article/view/15/30
- Devereux, M. P., Vella, J. (2014). Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21 century? Oxford University Centre for Business Taxation. WP 14/25. 1–21.
- Eccleston, R. (2011). Revolution or Evolution: Sovereignty, the Financial Crisis and the Governance of International Taxation. *Journal for Applied Law and Policy*. 13–24.
- OECD (2014). Explanatory statement. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. www.oecd.org/tax/beps-2014-deliverables-explanatory-statement
- Gadžo, S., Klemenčić, I. (2014). Time to stop avoiding tax avoidance issue in Croatia? A proposal based on recent developments in the European Union. *Financial Theory and Practice*. 38 (3). 278–302.
- Keen, M. (2011). Rethinking the Taxation of the Financial Sector. *CESifo Economic Studies*. Vol. 57. 1–24. [oi:10.1093/cesifo/ifq019](https://doi.org/10.1093/cesifo/ifq019)
- Leviner, S. (2014). The Intricacies of Tax and Globalization. *Columbia Journal of Tax Law*. Vol. 5. No. 2. pp. 207–227. Retrieved 2, September 2015, from <http://ssrn.com/abstract=2254849>
- Lakić, S. (2013). Teoretska i praktična održivost Tobinovog poreza. *Economics&Economy*. Vol. 1. No. 2. 47–60.
- Lončarić Horvat, O. (2011). Pravna prosudba ekoloških poreza. *Tematski zbornik Ekologija i pravo*. Pravni fakultet Niš. 631–642.

Oates, W. (1995). Green Taxes: Can We Protect the Environment and Improve the Tax System at the Same Time? *Southern Economic Journal*. Vol. 61. No. 4. 915–922. Retrieved 31, August 2015, from <http://www.jstor.org/stable/1060731>

OECD (2013). *Co-operative Compliance: A Framework. From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, Retrieved from <http://www.oecd.org/ctp/administration/co-operative-compliance.htm>

Oberson, X. (2013). Exchange of Information and Crossborder Cooperation between Tax Authorities, General Report, *Cahiers de Droit Fiscal International*. Vol. 98b. IBFD. Amsterdam. 17–57.

Owens, J. (2014). BEPS: What's in it for tax Administrations? *Tax Tribune* 31. 15–25.

Owens, J. (2012). Tax Administrators, Taxpayers and their Advisors: Can the Dynamics of the Relationship Be Changed? *Bulletin for International Taxation*. 516–518.

Pistone, P. (2013). Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic. *Bulletin for International Taxation*. 216–225.

European Commission. *Platform for Tax Good Governance: Discussion paper on the follow-up of the Commission, Recommendation regarding measures intended to encourage third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters*. DOC: Platform/00572014/EN. 3–4.

Rodrik, D. (2011). *Paradoks globalizacije: zašto svetsko tržište, države i demokratije ne idu zajedno*. Službeni glasnik. Beograd. 101.

Roch, M. (2012). *Tax administration vs. Taxpayer. A New Deal?* Retrieved 31. August 2015, from www.eatlp.org/uploads/...Moessner%20lecture.p...

Rišar, Ž.F. (2008). *Tačno u podne*. Clio. Beograd

Steinmo, S. (2003). The evolution of policy ideas: tax policy in the 20th century. *British Journal of Politics and International Relations*. Vol. 5. no. 2. 206–236.

A Step Change in Tax Transparency: Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context. (2013). OECD. www.oecd.org/.../exchange...taxtransparenc...

Stewart, M. (2012). Transnational Tax Information Exchange networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration. *World Tax Journal*. 152–179.

Mileva Anđelković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

CHALLENGES OF CONTEMPORARY TAX REFORMS

Summary

The subject matter of analysis in this paper are the challenges that states encounter in the process of implementing tax reforms in the circumstances of contemporary global crisis. Alignment with the global economic flows leads to reduction of corporate income tax rates and marginal income tax rates for the richest individuals. In order to ensure a steady inflow of revenues, the tax burden is increasingly shifting to consumption taxes. Changes in tax structure are accompanied by tax administration reforms, primarily aimed at strengthening the preventive role of tax administrations. At the international level, a growing number of countries is involved in the processes of exchanging tax information and establishing common rules and generally accepted codes of conduct regulating harmful tax competition. The most recent challenge is related to attempts to reform the area of international taxation of corporate income tax of multinational companies, envisaged in the OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Sharing (BEPS).

Keywords: *tax reforms, tax competition, tax information exchange, enhanced tax relations, BEPS.*

Dr Srđan Golubović,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776611G

UDK: 336.711

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

UTICAJ GLOBALNE FINANSIJSKE KRIZE NA EVOLUCIJU ULOGE CENTRALNE BANKE**

Apstrakt: U radu se razmatra promena uloge centralne banke pod uticajem globalne finansijske krize. Najvažnija promena tiče se širenja liste ciljeva za čiju je realizaciju zadužena centralna banka. Pored stabilnosti cena, koja i dalje predstavlja prioritetni cilj, centralne banke gotovo jednaku pažnju posvećuju jačanju i očuvanju finansijske stabilnosti. Ovoj promeni u oblasti ciljeva odgovara i uvođenje nove, makroprudencijalne funkcije, od koje se očekuje da eliminiše, odnosno umanju opasnost od sistemskog rizika. Realizacija ovako definisanih ciljeva i zadataka nametnula je i promene u domenu instrumenata. U uslovima kada konvencionalni instrumenti nisu dali željene efekte, centralne banke bile su prinuđene da nestandardnim instrumentima otklone probleme u funkcionisanju transmisionog mehanizma monetarne politike.

Ključne reči: globalna finansijska kriza, centralna banka, monetarna i finansijska stabilnost, instrumenti monetarne politike

* golub@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

1. Uvod

U radu se razmatra uticaj globalne finansijske krize, inicirane krahom na hipotekarnom tržištu Sjedinjenih Američkih Država krajem 2007. godine, na promenu uloge centralne banke. Tokom istorije, pod uticajem ekonomskih kriza, percepcija o načinima delovanja centralne banke se više puta menjala. Samo u dvadesetom veku uloga centralne banke preispitivana je dva puta. Prvi put, kao odgovor na Veliku ekonomsku krizu od 1929. do 1933. godine, kada se centralna banka, od institucije koja je prvenstveno osnovana da brine o likvidnosti finansijskog sistema, transformisala u instituciju koja blisko saraduje sa Vladom u realizaciji ekonomsko-političkih ciljeva. Ova promena došla je do punog izražaja 1946. godine, kada su u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) usvojeni propisi (*1946 Employment Act*) koji, između ostalog, obavezuju centralnu banku da zajedno sa Vladom teži ostvarivanju ciljeva, poput rasta zaposlenosti, proizvodnje i kupovne moći (Mishkin, 2006: 411–412). Tokom sedamdesetih godina prošlog veka uloga centralne banke ponovo se menja. Većina razvijenih zemalja u to vreme suočila se sa problemom visoke stope inflacije. Kao odgovor na ovaj izazov, a pod uticajem monetarističke teorije, uloga centralne banke evoluirala i ograničava se samo na rešavanje problema inflacije, odnosno očuvanja monetarne stabilnosti, dok se pitanje realizacije ostalih ekonomsko-političkih ciljeva prepušta izvršnoj vlasti. Štaviše, u većini zemalja pravni akti kojima se uređuje položaj centralne banke utemeljeni su na principu nezavisnosti, odnosno samostalnosti u vođenju monetarne politike i ostvarivanju monetarne stabilnosti, kao primarnog cilja za koji je odgovorna centralnobankarska institucija. Nakon izbijanja globalne finansijske krize 2007. godine, i njenog intenziviranja u narednim godinama, ponovo smo svedoci redefinisanja uloge centralne banke. Najvažnija promena tiče se širenja liste ciljeva za čiju je realizaciju odgovorna centralna banka. Stabilnost cena i dalje predstavlja primarni cilj, ali se od centralnih banaka očekuje da gotovo jednaku pažnju posvete očuvanju i jačanju finansijske stabilnosti. Naglašavanje važnosti finansijske stabilnosti podrazumevalo je i nove nadležnosti centralnih banaka. Tradicionalnim funkcijama pridodaje se i funkcija vođenja makrobonitetske politike. Najzad, izazovi globalne finansijske krize nametnuli su i promene u domenu instrumenata. Pored standardnih instrumenata, centralne banke na izazove krize reaguju uvođenjem nestandardnih instrumenata monetarne politike.

2. Monetarna i finansijska stabilnost

Centralna banka predstavlja finansijsku instituciju koja ima glavnu ulogu u organizovanju, usmeravanju i regulisanju monetarnih tokova. U savremenim uslovima, većina zemalja, polazeći od vladajuće monetarno-političke paradigme, u svoje zakonodavstvo unela je odredbe koje centralnu banku čine samostalnom u realizaciji ciljeva koji su joj povereni i nezavisnom u odnosu na druge oblike vlasti, posebno u odnosu na izvršnu vlast. Princip nezavisnosti najvažnije monetarne institucije podignut je na nivo pravne tekovine Evropske unije (EU), koji mora biti ispoštovan ukoliko država članica želi da postane deo Evropske monetarne unije (EMU), odnosno međunarodnog standarda prihvaćenog od strane međunarodnih finansijskih institucija, pre svega Međunarodnog monetarnog fonda koji odobravanje sredstava državama sa platnobilansnim teškoćama uslovljava njegovim sprovođenjem (Lastra, 2010: 322). Sa usvajanjem Ustava iz 2006. godine i Srbija se priključila onoj grupi zemalja koje dodatno jačaju položaj monetarnih vlasti u odnosu na druge oblike vlasti, unošenjem odredbe o samostalnosti centralne banke i u najviši pravni akt zemlje.¹ Mada se način definisanja nezavisnosti razlikuje od zemlje do zemlje, nesporno je da nezavisnost centralnobankarske institucije sadrži zabranu uticaja izvršne vlasti na izbor ciljeva monetarne politike, instrumentalnu i personalnu nezavisnost. I dok se instrumentalna, odnosno personalna nezavisnost prihvata bez većih prigovora, pitanje samostalnosti centralne banke u vođenju monetarne politike je mnogo kontroverznije. Glavni predmet spora tiče se pitanja da li ovaj aspekt nezavisnosti uključuje i punu slobodu u definisanju ciljeva i, ukoliko uključuje, da li određivanje ciljeva treba prepustiti instituciji na koju ni parlament ni vlada nemaju moć da utiču? U teoriji se smatra da bi davanje pune slobode centralnoj banci da samostalno određuje ciljeve značilo da ostvarivanje primarnog cilja zavisi prvenstveno od benevolentnosti centralnog bankara. Upravo želja da se spreči samovolja centralnog bankara razlog je da većina zemalja prihvata rešenje koje ograničava slobodu u određivanju ciljeva monetarne politike, i to tako što se zakonom eksplicite stabilnost cena određuje kao primarni cilj, za čiju realizaciju je odgovorna nezavisna centralna banka. Ovakav pristup potkrepljen je i rezultatima empirijskih istraživanja koja pokazuju da institucionalno rešenje sa centralnom bankom zaštićenom od političkog uticaja sužava

1 Prema čl. 95 Ustava Srbije, „NBS je samostalna i podleže nadzoru parlamenta, kome odgovara”, Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, 98/06.

prostor za vođenje diskrecione politike, kao i da je snažno korelisano sa stabilnošću cena i niskom inflacijom (Duff, Arthur, 2014: 186).

Globalna finansijska kriza i recesija koja je pogodila privrede najrazvijenijih zemalja imala je značajan uticaj na evoluciju ciljeva za čiju je realizaciju odgovorna centralna banka. Kao odgovor na krizu, države su usvojile programe oporavka čiju pretpostavku čini zaustavljanje nepovoljnih kretanja na finansijskom tržištu. Glavna uloga u realizaciji programa pripala je centralnoj banci, kao instituciji koja je jedina bila u stanju da svojom kreditnom podrškom spreči kolaps finansijskog sektora. Suočene sa krizom, centralne banke bile su prinuđene da menjaju prioritete. Umesto monetarne stabilnosti primat se daje očuvanju i jačanju finansijske stabilnosti (Lastra, 2012: 1265). Pod finansijskom stabilnošću podrazumeva se sposobnost finansijskog sistema (banaka i nebankarskih finansijskih institucija) da i u uslovima ekonomskih poremećaja nastavi sa obavljanjem svojih funkcija, koje se odnose na finansijsko posredovanje, formiranje i plasiranje finansijskih resursa. Dakle, finansijski sistem je stabilan ukoliko je u stanju da se nosi sa ekonomskim poremećajima, nezavisno od toga da li su izazvani internim ili eksternim faktorima. Za razliku od monetarne stabilnosti, koja se univerzalno definiše kao stabilnost opšteg nivoa cena, kod finansijske stabilnosti ne postoji opšte prihvaćena definicija. Recimo, pojedini autori, umesto precizne definicije, nastoje da ovaj pojam objasne tako što definišu stanje finansijske nestabilnosti. Prema ovom pristupu, finansijska nestabilnost povezana je sa pojavom finansijskih mehura i nestabilnošću finansijskog tržišta u celini. Drugi autori se pak opredeljuju za pozitivnu definiciju, i finansijsku stabilnost određuju kao nesmetano funkcionisanje svih elemenata finansijskog sistema: institucija, tržišta i infrastrukture. Stabilan finansijski sistem, prema ovom stanovištu, efikasan je u obavljanju svojih funkcija, koje obuhvataju alokaciju resursa, odnosno pretvaranje štednje u investicije, procenu i upravljanje rizicima, obavljanje platnog prometa, apsorbovanje neočekivanih poremećaja u finansijskoj i realnoj ekonomskoj sferi (Schinasi, 2006: 82). Mada na prvi pogled precizno definisan, koncept finansijske stabilnosti i dalje je upitan. Tako se u finansijskoj literaturi postavlja pitanje koje su institucije finansijskog sistema ključne za njegovu stabilnost, tj. da li sektor nebankarskih institucija ima jednaku važnost za stabilnost finansijskog sistema kao i bankarski sektor? Odgovor na ovo pitanje zavisi od modela finansijskog sistema. Ukoliko je reč o finansijskom sistemu sa dominantnom ulogom banaka, svakako da bankarskom sektoru pripada ključna uloga. Nasuprot tome,

u modelu finansijskog sistema sa dominantnom ulogom finansijskog tržišta uticaj nebankarskog sistema je mnogo izraženiji. Nezavisno od modela finansijskog sistema, stabilnost bankarskog sektora od izuzetne važnosti je za ukupnu stabilnost, prvenstveno zbog uloge banaka u platnom prometu i činjenice da poremećaji u ovom sektoru mogu lako da se preliju na ostale segmente finansijskog sektora. Stabilnost bankarskog sektora, međutim, nije dovoljna, već je nužno da na makro nivou pažnja bude usmerena ka čitavom finansijskom sektoru (Jovanić, 2009: 159). Koristi od finansijske stabilnosti su višestruke. Počev od toga da stvara pogodne uslove za poslovanje i pruža sigurnost bankarskim komitentima i investitorima na finansijskom tržištu, pa do povećane efikasnosti finansijskih posrednika i bolje alokacije oskudnih resursa. Najzad, očuvanje i jačanje finansijske stabilnosti u funkciji je zaštite slabijih ekonomskih subjekata – komitenata i finansijskih investitora. Jedno od pitanja koje izaziva sporove odnosi se na to da li nastojanje centralne banke da očuva finansijsku stabilnost ugrožava ostvarivanje njenog primarnog cilja – stabilnosti cena (Schnabel, 2016: 49–54). Dosadašnje iskustvo nam govori da ovi ciljevi nisu konfliktni već komplementarni i da od stabilnosti finansijskog sektora (pre svega bankarskog sektora) zavisi efikasnost transmisije mera monetarne politike. Nestabilan finansijski sistem otežava prenošenje impulsa mera monetarne politike, a samim tim i ugrožava sposobnost centralne banke da osigura stabilnost cena. S druge strane, stabilan finansijski sistem, tj. sistem koji je u stanju da apsorbira finansijske i ekonomske poremećaje, olakšava i ostvarivanje ostalih ciljeva ekonomske politike.

3. Makroprudencionalna funkcija centralne banke

Kao i u pogledu ciljeva, funkcije centralne banke pod pritiskom globalne finansijske krize evoluiraju. Ove promene manifestuju se na dva načina. Prvo, neke funkcije koje su tokom perioda ekonomske stabilnosti bili stavljene u drugi plan pod uticajem krize dobijaju na značaju. To se pre svega odnosi na funkciju zajmodavca poslednje instance, čija je revitalizacija uslovljena željom da se poboljša likvidnost bankarskog sektora i funkcija indirektnog finansiranja budžetskog deficita kupovinom državnih obveznica na sekundarnom tržištu (Menéndez, 2014:129). Druga važna promena tiče se uvođenja novih funkcija. Do izbijanja globalne finansijske krize, preovladavao je stav da je za funkcionisanje finansijskog sektora i uspostavljanje optimalnog odnosa između principa maksimiziranja profita i principa očuvanja solventnosti i stabilnosti finansijskog sistema dovoljna primena

prudencionih normi i ograničenja.² Mikroprudencionalna kontrola imala je zadatak da prati, procenjuje i umanju rizike u finansijskom sektoru i na taj način unapredi performanse banaka, odnosno obezbedi odgovarajući nivo stabilnosti i poverenja u bankarski sistem (Jović, 1990: 108–109). Međutim, ovakav model finansijske supervizije pokazao se neefikasnim u ublažavanju ekonomskih i finansijskih šokova sa kojima su se države suočile tokom globalne finansijske krize. To je i razlog što se u većini zemalja iniciraju promene u sistemu supervizije, tako što se uvodi makroprudencijalna kontrola, od koje se očekuje da popuni prazninu između mikroprudencionalne politike i ostalih ekonomskih politika (Dumičić, Pečarić, 2016: 267).

Makroprudencijalna politika podrazumeva ukupnost mera i sredstava za praćenje kapitalnih i likvidnosnih rizika u finansijskom sistemu, prevenciju, ublažavanje i izbegavanje sistemskog rizika, kao i za jačanje otpornosti sistema na finansijske poremećaje. U međunarodnom kontekstu makroprudencijalna ili makrobonitetska politika prvi put se pojavljuje krajem sedamdesetih godina prošlog veka, kada se pokazuje da tada važeći mehanizam nadzora nije dovoljan i da je neophodan širi pristup, koji će olakšati prepoznavanje poremećaja koji nisu jasno vidljivi na mikroprudencionalnom nivou, budući da se tiču finansijskog sektora u celini, a ne samo pojedinačnih finansijskih institucija (Clement, 2010: 60). Poslednja finansijska kriza jasno je pokazala da se finansijska stabilnost ne može očuvati bez makrobonitetskog pristupa. Za razliku od mikroprudencione supervizije koja u fokusu ima sigurnost i stabilnost pojedinih finansijskih institucija, odnosno zaštitu komitenata, od makroprudencijalne supervizije očekuje se da obezbedi sigurnost finansijskog i ekonomskog sistema u celini, odnosno prevenciju sistemskog rizika. Globalna finansijska kriza pokazala je da značajan deo rizika proizlazi iz samog sistema, čak i u periodima koje karakteriše stabilnost cena i fiskalna ravnoteža. U takvim uslovima, kontrola individualnih finansijskih institucija ne umanjuje sistemski rizik niti povećava otpornost sistema na finansijske udare. Za ovakve izazove neophodan je makrobonitetski nadzor koji treba da identifikuje slabosti finansijskog sistema, rano otkrije rizike koji bi u budućnosti mogli da ugroze finansijsku stabilnost, odredi njihovu prirodu (da li su strukturnog ili cikličnog karaktera) i definiše

2 Jačanje finansijske stabilnosti podrazumeva: 1) razvoj regulatornih i supervizorskih aranžmana koji jačaju tržišnu disciplinu, 2) kreiranje institucionalnih okvira i finansijske infrastrukture neophodne za zdrav finansijski sektor i 3) promovisanje tržišne discipline i efikasne korporativne kontrole preko finansijskih institucija.

mere za ublažavanje sistemskog rizika. Na ostvarivanje ovih zadataka makrobonitetska politika najpre deluje preventivno, nastojeći da praćenjem različitih pokazatelja pravovremeno uoči povećanje rizika u finansijskom sistemu i primenom određenih mera smanji ili spreči pojavu i akumulaciju sistemskih rizika. Drugi aspekt delovanja makroprudencijalne politike tiče se jačanja otpornosti sistema i očuvanja njegove sposobnosti da nastavi sa normalnim funkcionisanjem i u uslovima većih ekonomskih poremećaja. Najzad, ukoliko i pored preduzetih mera dođe od materijalizacije sistemskog rizika, tj. pojave krize, od makroprudencijalne politike se očekuje da efikasnim upravljanjem kriznom situacijom minimizira potencijalne štetne efekte (Dumičić, 2015: 3).

Sagledavanje i nadzor finansijskog sistema u celini podrazumeva i odgovarajuću regulatornu strukturu, odnosno jasno definisane ciljeve i instrumente. Mada se modeli makroprudencijalnog nadzora razlikuju od zemlje do zemlje, gotovo svi daju značajnu ulogu centralnobankarskoj instituciji. Više je razloga za to. Prvo, ova funkcija je kompatibilna sa odgovornošću centralne banke za stabilnost cena. Odgovornost centralne banke za monetarnu stabilnost podrazumeva stalno praćenje sistemskog rizika i eventualno preduzimanje mera za njegovo ublažavanje. Prikupljanjem i analizom podataka, ona je u poziciji da blagovremeno prepozna rizike kojima je izložen finansijski sektor, kao i da pomogne njihovom umanjenju davanjem odgovarajućih upozorenja i preporuka. Isključivanje centralne banke iz makroprudencijalnog nadzora umanjuje njenu sposobnost da realizuje svoj primarni zadatak i, ujedno, kao što je to pokazala globalna finansijska kriza, čini izvesnom kreditnu ekspanziju kako bi se izbegla nelikvidnost finansijskog sektora. Drugo, centralna banka je, po prirodi stvari, zainteresovana za nesmetano funkcionisanje finansijskog sistema, budući da od toga zavisi transmisija monetarne politike i njena uspešnost u očuvanju stabilnosti cena. Vođenje makroprudencijalne politike treba da redukuje sistemski rizik i poveća otpornost finansijskog sistema na poremećaje. Osnovni smisao makroprudencijalne funkcije je prevencija, a ne upravljanje finansijskom krizom. U tu svrhu centralna banka koristi razne analitičke aparate (sveobuhvatna ocena bankarskih bilansa, testiranje otpornosti banaka, tzv. stres test) za pravovremenu identifikaciju i procenu sistemskog rizika (Dimitrijevic, 2017: 519). Najzad, i sam pravni status centralne banke čini je pogodnom za vođenje makrobonitetske politike. Nosiocje makroprudencijalne politike, kada donose odluke o primeni sredstava i instrumenata, treba zaštititi od političkog uticaja. Stoga se

uključivanje centralne banke (čija je samostalnost zaštićena najvišim pravnim aktima zemlje) u makroprudencijalni okvir samo po sebi nameće.

Poveravanje vodeće uloge centralnobankarskoj instituciji u koncipiranju i sprovođenju makroprudencijalne politike pored dobrih ima i negativnih strana. Najveća zamerka je da instituciji, koja već raspolaže ogromnom moći, se ta moć dodatno uvećava. Pored toga što vodi monetarnu politiku, koja predstavlja ključnu determinantu makroekonomskih performansi jedne privrede, delokrug centralne banke se proširuje i to tako što ona postaje nadležna i za regulaciju nebankarskih finansijskih institucija, odnosno za koncipiranje i primenu mera makrobonitetske politike. Stoga se s pravom postavlja pitanje da li uticaj na ključne determinante, od kojih zavisi šta će se desiti u društvu, treba da bude van kontrole demokratski izabраниh tela. Odgovor na ovo pitanje je da povećana moć treba da bude praćena povećanim stepenom odgovornosti i transparentnosti u radu centralne banke. Ta povećana odgovornost podrazumeva njenu eksplicitnu obavezu da nosiocima vlasti podnosi redovne izveštaje kojima će objasniti ili opravdati svoje akcije i odluke, i preuzeti odgovornost za rezultate tih aktivnosti. Ključni element institucionalnih aranžmana kojima se uređuje pitanje odgovornosti centralne banke povezano je sa transparentnošću u radu. Transparentnost se odnosi na okruženje u kome su ciljevi politike, njeni institucionalni i ekonomski okviri, odluke o primeni određenih mera, kao i razlozi za njihovu primenu dostupni javnosti na jedan sveobuhvatan, razumljiv i pravovremen način. U demokratskom društvu centralna banka može biti nezavisna samo ukoliko je ovakav status podržan od strane javnosti. S druge strane, ova podrška može biti ostvarena samo pod uslovom da je ova politika transparentna i ukoliko postoje mehanizmi koji centralnu banku čine odgovornom za realizaciju jasno definisanih ciljeva.

4. Primena nestandardnih instrumenata monetarne politike

Dometi monetarne politike, tj. njena sposobnost da utiče na makro-ekonomske agregate, posebno kretanje cena, u velikoj meri zavise od prenosa impulsa koje, primenom određenih mera, šalje učesnicima na tržištu novca. U uslovima finansijske stabilnosti, transmisioni mehanizam monetarne politike normalno funkcioniše i centralna banka primenom standardnih mera uspeva da utiče na makroekonomske agregate (Cecioni, Ferrero, Secchi. 2011: 1–40). Međutim, tokom finansijske krize vođenje monetarne politike postaje mnogo složenije. Kriza

otežava transmisiju monetarnih impulsa tradicionalnim kanalima (pre svega kanalom kamatne stope), čime se smanjuju dometi uticaja instrumenata monetarne politike. Kako su operacije na otvorenom tržištu glavni instrument monetarne politike, razumljivo je što snažni poremećaji na finansijskom tržištu čine neefikasnom primenu ovog instrumenta. Pokušaj centralnih banaka razvijenih zemalja da snižavanjem referentne kamatne stope na najniži mogući nivo (od 0% – 0,25%) daju podsticaj oporavku privrede, i na taj način umanje posledice globalne finansijske krize pokazao se neuspešnim. To je ujedno značilo da je referentna kamatna stopa dostigla granicu nakon koje nije moguće vođenje ekspanzivne monetarne politike primenom standardnih instrumenata. U takvim uslovima, centralne banke bile su prisiljene da menjaju asortiman instrumenata uvođenjem novih, tzv. nestandardnih, odnosno nekonvencionalnih instrumenata monetarne politike.

Centralne banke razvijenih zemalja (Federalne rezerve SAD i Evropska centralna banka) opredelile su se za primenu nestandardnih instrumenata monetarne politike. Instrumente nekonvencionalne monetarne politike možemo razvrstati u dve grupe. Prvu grupu čine kvantitativne olakšice koje podrazumevaju mere kojima se kreira i ubrizgava svež novac u finansijske tokove, dok druga grupa obuhvata tzv. politiku budućih smernica, kao novog vida komunikacione strategije čiju osnovu čini najava budućeg smera delovanja monetarne politike (Nakić, 2015: 122). Modaliteti primene ovih instrumenata razlikuju se zavisno od problema sa kojima su se centralne banke suočavale, odnosno ciljeva za čiju su realizaciju zadužene. Tako je centralna banka SAD prvenstveno nastojala da primenom nestandardnih instrumenata spreči pad privredne aktivnosti, odnosno povećanje nezaposlenosti. U tom smislu, ona je kvantitativnim olakšicama pokušavala da podstakne kreditnu aktivnost banaka i održi postojeći nivo potrošnje. Intenziviranje krize tokom 2008. godine nametnulo je potrebu restrukturiranja banaka, kupovinom kontaminirane aktive i sprovođenjem rigoroznih stres testova odmah nakon restrukturiranja. Tokom vremena uvode se i različite vrste programa kupovine hartija od vrednosti i to program kupovine komercijalnih zapisa (*Commercial Paper Funding Facility – CPFF*), odnosno program kupovine hartija od vrednosti pokrivenih potrošačkim kreditima i kreditima malim preduzećima (*Term Asset- Backed Securities Loan Facility – TALF*). Primenom ovih mera centralne banke su nastojale da dalje redukuju visinu kamatne stope, poboljšaju likvidnost na finansijskom tržištu i učine dostupnijim finansijska sredstva privrednim subjektima i finansijskim institucijama. Najzad,

u kategoriju nestandardnih instrumenta svrstavaju se i mere pružanja kreditnih pogodnosti koje ne izazivaju promene u veličini bilansa centralne banke, ali menjaju njegovu strukturu u pravcu manje likvidnih i rizičnijih finansijskih instrumenata. S druge strane, Evropska centralna banka se opredelila za primenu nestandardnih mere poput: negativne kamatne stope na depozite kod ECB, kao i za set mera poznat pod nazivom program za tržišta hartija od vrednosti (Jovancai, Stakić, 2013: 70–74). U okviru ovog programa, centralne banke država članica EMU mogle su istupati na sekundarnom tržištu, kad su u pitanju utržive obveznice emitovane od strane države ili javnopravnih ustanova država čija je valuta evro, odnosno na primarnom i sekundarnom tržištu za hartije od vrednosti emitovane od strane privatnih subjekata koji su osnovani u evropodručju. Počev od 2009. godine, realizovano je nekoliko programa kupovine hartija od vrednosti. U nastojanju da pokrene rast u evrozoni, Evropska centralna banka pokrenula je program kupovine pokrivenih obveznica (*Covered Bond Purchase Programme*). U periodu od 2010. do 2012, ECB je sproveda intervencije na finansijskom tržištu. Juna 2014. godine Evropska centralna banka najavila je niz operacija dugoročnog refinansiranja (*Targeted Longer-term Refinancing Operations – TLTRO*), radi podsticanja bankarskog kreditiranja nefinansijskog privatnog sektora u evrozoni. Glavni motiv za uvođenje ovih programa bio je da se ponudom dugoročnih sredstava pod povoljnim uslovima podstakne kreditna aktivnost banaka. U sklopu ekspanzivne monetarne politike, ECB je u popis imovine prihvatljive kao kolateral uvrstila i obveznice nominovane u evrima sa investicijskim rejtingom koje izdaju nebankarske korporacije sa sedištem u evrozoni. Suočavanje pojedinih članica Evropske monetarne unije sa dužničkom krizom prisililo je ECB da 2012. godine najavi mogućnost direktnih intervencija na sekundarnom tržištu državnih obveznica (Cour-Thimann, Winkler, 2013: 20–23). Program direktnih monetarnih transakcija odnosio se na potencijalno neograničenu kupovinu državnih obveznica na sekundarnim tržištima, sa rokom dospeća od jedne do tri godine. Na taj način, omogućeno je da i države sa niskim kreditnim rejtingom dođu do sredstava neophodnih za finansiranje budžetskog deficita. Primena nestandardnih mera monetarne politike bila je motivisana željom da se pruži podrška finansijskim tržištima, odnosno spreči urušavanje finansijskog sistema i podstakne kreditna aktivnost banaka. Intervencijom na finansijskom tržištu centralne banke su, pored uticaja na cene finansijskih instrumenata, uspele da povrate poverenje investitora i na taj način daju podsticaj ukupnoj ekonomskoj aktivnosti.

Druga vrsta nestandardnog instrumenta koje centralne banke uvode kao odgovor na izazove globalne finansijske krize predstavlja nova komunikaciona strategija. U okviru ovog instrumenta centralna banka upozna je javnost sa aktuelnim merama i sa ciljevima i strategijom monetarne politike koju će primenjivati u budućnosti. Komunikacija centralne banke bazira se na važećem monetarnom pravilu i na projekcijama o kretanju stope inflacije i privrednom rastu. Brojna empirijska istraživanja pokazuju da pružanje informacija javnosti o merama monetarne politike ima uticaj na finansijsko tržište, olakšava privrednim subjektima donošenje odluka i pomaže u realizaciji ciljeva centralne banke (Nakić, 2015: 124). Pružanje informacija o nameravanoj politici predstavlja važnu promenu u načinu rada centralne banke, za razliku od prethodnih metoda upoznavanja javnosti kada su se uglavnom prezentovale procene o aktuelnim privrednim tokovima i faktorima koji mogu da ugroze stabilnost cena, ali ne i informacije o smeru delovanja centralne banke u budućnosti.

5. Zaključak

Uloga centralne banke pretrpela je značajne promene pod uticajem globalne finansijske krize. Od centralne banke kao nezavisne institucije, sa jasno ograničenim mandatom i obavezom da prvenstveno brine o stabilnosti cena, ona evoluirala u instituciju koja ima mnogo aktivniju ulogu. Ova promena bila je uslovljena i time što je centralna banka jedina od subjekata ekonomske politike raspolagala određenim sredstvima, koja su joj omogućavala da bez značajnijih promena u pravnom statusu pravovremeno reaguje na izazove krize. U domenu ciljeva, ove promene manifestuju se tako što centralne banke, pored obaveze da brinu o stabilnosti cena, dobijaju jasan mandat da brinu i o stabilnosti finansijskog sistema. Suprotno pojedinim shvatanjima da proširenje liste ciljeva može da ugrozi ostvarivanje primarnog cilja, pokazalo se da aktivnost centralne banke usmerena na jačanje i očuvanje finansijske stabilnosti ne samo da ne ometa, već doprinosi monetarnoj stabilnosti. Promene u domenu ciljeva nužno obuhvataju i promene u domenu funkcija centralne banke. Naime, nametanje obaveze centralnoj banci da brine o stabilnosti finansijskog sistema podrazumeva i širenje funkcija centralne banke, tako što se postojećim funkcijama dodaje i makroprudencijalna funkcija, od koje se očekuje da popuni prazninu između mikroprudencionalne politike i ostalih ekonomskih politika. Poveravanje ove funkcije centralnoj banci je očekivano budući da od svih institucija uključenih u sistem nadzora i kontrole finansijskog

sistema jedino ona, kao nezavisna institucija, raspolaže svim potrebnim resursima za sagledavanje promena u finansijskom sektoru i prepoznavanje sistemskog rizika. Najzad, na izazove krize centralna banka morala je da reaguje i promenama u domenu instrumenata. U uslovima kada otklanjanje uzroka globalne finansijske krize podrazumeva mnogo dublje strukturne, fiskalne, institucionalne i regulatorne promene, koje se ne mogu realizovati u kratkom roku, centralnoj banci je pripala ključna uloga u realizaciji programa izlaska iz krize. Upotrebom konvencionalnih i nekonvencionalnih instrumenata monetarne politike ona je bila u stanju da obezbedi likvidnost, spreči nekontrolisan pad cena finansijskih instrumenata, paničnu prodaju imovine i bankrot država suočenih sa dužničkom krizom. U uslovima kada su se standardni instrumenti pokazali nedelotvornim, centralne banke su primenom nestandardnih instrumenata uspele da prevaziđu prepreke transmissionom mehanizmu monetarne politike.

Literatura

- Dimitrijević, M. (2017). Normative Regulation Of Banking Union In European Monetary Law. *Teme*. 2(XLI), 517–528.
- Dumičić, M. (2015). Kratak uvod u svijet makroprudencijalne politike, *Pregledi HNB*. 26, 1–26.
- Duff, W., Arthur, S. (2014). Central Bank Independence and Macroprudential Policy: A Critical Look at the U. S. Financial Stability Framework. *Berkeley Business Law Journal*. 11 (1), 183–219.
- Jovanić, T. (2009). *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Jovancai, A. Stakić, N. (2013). Nestandardne mere monetarne politike. *Bankarstvo*. Br. 1, 58–75.
- Jović, S. (1990). *Bankarstvo*, Beograd: Naučna knjiga
- Lastra, M. R. (2012). The Evolution of the European Central Bank. *Fordham International Law Journal*. No 35, 1260–1280.
- Lastra, M. R. (2010). Central banking after the Crisis. *International Finance*. 13 (2), 321–340.
- Menéndez, A. J. (2014). Editorial: A European Union in Constitutional Mutation? *European Law Journal*, 20 (2), 127–141.

Mishkin S. F. (2006). *Monetarna ekonomija, bankarstvo i finansijska tržišta*. Beograd: Data status

Nakić, M. (2015). Komunikacija središnje banke – novi instrument monetarne politike. *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*. 13(2), 121–141.

Schinasi, J. G. (2006). *Safeguarding Financial Stability: Theory and Practice*, Washington: Interantional Monetary Fond

Schnabel, I. (2016). What role for central banks in safeguarding financial stability? *Sveriges riskbank economic review*. No 3. 49–54.

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*. Br. 98 (2006)

Clement, P. (2010.) The term ‘macroprudential’: origins and evolution. *BIS Quarterly Review*. march, 59–67.

Cecioni, M., Ferrero, G., Secchi, A. (2011). Unconventional Monetary Policy In Theory And In Practice. *Questioni di Economia e Finanza*. No 102, 1–40.

Cour-Thimann P., Winkler, B. (2013). The ECB’s non-standard monetary policy measures the role of institutional factors and financial structure. *European Central Bank Working Paper*. No 1528, 1–46.

Srđan Golubović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE IMPACT OF THE GLOBAL FINANCIAL CRISIS ON
THE EVOLVING ROLE OF CENTRAL BANKS**

Summary

The paper discusses the impact of the global financial crisis, initiated by the collapse of the mortgage market of the United States in late 2007, on the changed role of the central bank. The global crisis has changed the general perception about the modus operandi of policy makers. This particularly refers to the central bank as an institution which, in most countries, has been vested with the primary responsibility to implement the anti-crisis program. This qualitatively new role includes the expanded list of goals whose implementation was the responsibility of the supreme monetary authority. Thus, in addition to the generally accepted goal of ensuring price stability, a new goal is to ensure the stability of the entire financial system. Establishing and maintaining financial stability also implies new responsibilities of national central banks. In addition to their traditional functions, central banks have the key role in managing macro-prudential policy. Finally, the challenges of the global financial crisis brought changes in the domain of monetary Instruments. Apart from using the standard tools, central banks respond to the challenges of the global crisis by introducing non-standard monetary policy instruments, which inter alia include the so-called quantitative easing (QE) and direct monetary transactions.

Keywords: *global financial crisis, central bank, financial stability.*

Dr Marina Dimitrijević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776625D

UDK: 336.144

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

REFORMISANJE MODELA JAVNOG BUDŽETIRANJA KAO GLOBALNI TREND**

Apstrakt: *Veliki broj savremenih država kroz budžetske reforme manifestuje svoje opredeljenje da oblikuje i primeni nove modele finansiranja javnog sektora kako bi rezultati njegovog funkcionisanja bili poboljšani. Prilika za jačanje javnih finansija, transparentniju i racionalniju upotrebu budžetskih sredstava prepoznaje se u aktivnostima prelaska sa tradicionalnog (linijskog) na naprednije modele javnog budžetiranja (programsko budžetiranje i budžetiranje prema učinku). Cilj rada je da ukaže koliko se time kreira ambijent pogodan da doprinese održavanju fiskalne discipline, delotvornom alociranju javnih sredstava i efikasnom pružanju javnih dobara i javnih usluga kao izuzetno značajnim državnim ciljevima. Snaga države, dobrim delom, počiva na jakim javnim finansijama, odnosno jake javne finansije predstavljaju „odraz“ jake države. Navedene konstatacije, koje je vreme mnogo puta potvrdilo kao tačne, najbolje „objašnjavaju“ zašto težnja savremenih država da permanentno poboljšavaju (reformišu) modele javnog budžetiranja ima obeležja globalnog trenda.*

Ključne reči: *javni sektor; javno budžetiranje; reforma javnog budžetiranja; modeli javnog budžetiranja.*

* marina@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu “Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije”, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine. Rad je izložen u vidu usmenog izlaganja na Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Globalizacija i pravo“, koja je održana 21–22. aprila 2017. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

1. Uvod

Vlade brojnih zemalja u svetu permanentno su izložene zahtevima za većom javnom potrošnjom nego što to dozvoljava ekonomska baza oporezivanja. Kontinuirani rast javnih izdataka, znatno poresko opterećenje obveznika, visoki nivo javnog duga i veliki budžetski deficit – ključni su izazovi današnjice i, svakako, problemi hitni za rešavanje. Pritisak na budžete država vrlo je izražen a ne izostaju ni glasnjiji zahtevi građana (poreskih obveznika) da se prilikom njihove izrade pokaže veći stepen odgovornosti u pogledu toga za koje namene i u kom opsegu će se trošiti budžetska sredstva. Shodno tome, preduzimaju se brojne promene u postojećim budžetskim sistemima, koje se mogu okarakterisati kao savremene budžetske reforme.

U situaciji kada je ugrožena fiskalna pozicija konkretne zemlje, dostizanje odgovarajućeg nivoa kvaliteta upravljanja javnim finansijama postaje prioritetno. Identifikovanje, predupređivanje i adekvatno postupanje sa fiskalnim rizicima i štetnim makroekonomskim neravnotežama tada izbija „u prvi plan“. Raspoloživa budžetska sredstva moraju se što efikasnije upotrebljavati, odnosno javnu potrošnju je potrebno adekvatno strukturirati na način da se ostvari pogodan uticaj na razvoj ekonomije i osiguraju bolji uslovi života za građane. Usled toga budžetski proces i tema primenjenog modela javnog budžetiranja sa posebnim naglaskom na javne rashode dobijaju na važnosti. Oni su predmet analize u ovom radu. Nesporno, reformom u fiskalnom (budžetskom) području treba podržati fiskalnu i makroekonomsku stabilnost, ustanoviti kvalitetan sistem i praksu upravljanja finansijama države, poboljšati uspešnost u upravljanju javnim resursima, unaprediti efikasnost pružanja javnih dobara i usluga, povećati transparentnost i odgovornost u domenu trošenja javnih sredstava. Cilj rada je da ukaže na bitne aspekte ovog reformskog procesa. Nakon uvoda obrađuje se polazna osnova reforme modela javnog budžetiranja i pitanje dizajniranja *okvira za procenu unapređenja upravljanja javnim rashodima* i učinaka budžetskog sistema u tom procesu. U nastavku se detaljnije razmatra tema razvoja modela javnog budžetiranja u kontekstu savremenih budžetskih reformi. Završni deo rada posvećen je obradi osnovnih obeležja tradicionalnog i savremenih modela javnog budžetiranja.

2. Polazna osnova reforme modela javnog budžetiranja

Budući da fiskalno neodgovorne vlade rizikuju da izazovu ne samo makroekonomsku nestabilnost, već i uvlačenje države u zavisne

spoljnodužničke odnose, potreba reformisanja tradicionalnog modela finansiranja javnih izdataka (modela javnog budžetiranja) nameće se kao neodložna. Položaj i finansiranje javnog sektora je, stoga, potrebno ozbiljno preispitati u cilju pronalaženja odgovarajućeg odnosa prema tržišnom sektoru, kao i podnošljive granice izdvajanja za finansiranje javnih potreba. Razvijene zemlje su proces preispitivanja tradicionalnog modela javnog budžetiranja pokrenule pre zemalja u razvoju sa prevashodnim ciljem postizanja sledećih *ključnih dimenzija otvorenog i uređenog sistema javnih finansija*: kredibilitnost budžeta; sveobuhvatnost i transparentnost; budžetiranje je zasnovano na politici; predvidivost i kontrola izvršenja budžeta; eksterni nadzor i revizija (Olden, Last, Yläoutinen, Sateriale, 2012: 1–50).

Polaznu osnovu svake reforme javnog budžetiranja predstavlja jasno identifikovanje i adekvatno uvažavanje osobenih karakteristika, tj. kvalitativnih razlika ovog oblika budžetiranja (finansiranja) u odnosu na tržišno finansiranje (Fölscher, 2007: 109–112). *Prvo*, merilo evaluacije uspešnosti u tržišnom (poslovnom) finansiranju je jednodimenzionalno: *profit i njegovo maksimalno povećanje*. Novac se angažuje (troši) da bi se, što je moguće više, uvećao. Kod javnog budžetiranja to nije slu čaj. Naime, ono ima više ciljeva, iza kojih stoje brojni subjekti čije potrebe kroz javnu potrošnju treba da budu zadovoljene, kao i mnoštvo potreba na nivou svakog od njih ponaosob. Kada se posmatraju subjekti javne potrošnje, njihove preferencije su različite, a ponekad su im i interesi suprotstavljeni. Zapravo, oni „konkurišu“ za limitirana budžetska sredstva, bez preciznog merila kao što je to doprinos profitu (merilo važi u tržišnom sektoru), na osnovu koga bi se mogao vršiti nesumnjiv izbor šta bi trebalo a šta ne finansirati. Teorija blagostanja je, treba ukazati, pokušala relativno neuspešno da kao kriterijum uspešnosti funkcionisanja javnog sektora primeni preferencije potrošača, koje se ispoljavaju kada koriste javne usluge, što bi moralo da dođe do izražaja i u izbornom procesu. Međutim, kako nema ni načina ni mogućnosti da se preferencije građana (potrošača – korisnika usluga) egzaktno procene i izmere, da se na osnovu određenih kriterijuma utvrdi njihov rezultat kao merilo uspešnosti pružanja javnih usluga, traganje za pouzdanijim kriterijumima i standardima efikasnosti države i njenog budžeta išlo je i u drugim pravcima. U tom smislu treba pomenuti i pokušaj da se, prilikom utvrđivanja uspešnosti javnog sektora, primene određeni egzaktni kvantitativni i kvalitativni kriterijumi, poput kriterijuma (principa) vrednost za novac (*value for money*). *Drugo*, sredstva u poslovnom finansiranju praktično su neograničena: subjekti su upućeni na

tržište kapitala, na kome u principu svaki dobar program (aktivnost, projekat) može da bude finansiran u punom potrebnom iznosu. Za potrebe javnog finansiranja država može da se zadužuje, ali zaduživanje nema ni izdaleka onu ulogu koju ima u poslovnom finansiranju.

Da li je i u kojoj meri u funkcionisanju i finansiranju (budžetiranju) javnog sektora moguće uvesti neke vrednosti, tehnike i instrumente koji potiču iz tržišnog (privatnog) sektora? Odgovor je nesporno potvrđan uz naznaku da je u javnom sektoru potrebno udovoljiti zahtevima uspešnosti ali uvažiti i vrednosti poput tačnosti, pouzdanosti, poverljivosti, sigurnosti, pravne jednakosti i dr.

Javno budžetiranje karakteriše još jedno specifično obeležje. To je *politička dimenzija* javnog budžetiranja, preko koje se ogledaju interesi pojedinih interesnih grupa, reflektuje raspodela moći između ključnih političkih činilaca, pokazuje odnos izvršne i predstavničke vlasti i drugih učesnika u procesu budžetiranja.

Pravo raspolaganja budžetskim sredstvima, tj. *moć nad novcem (power of the purse) javnog sektora* je, sama po sebi, vrlo značajna. Treba naglasiti da je prethodnih godina uočljivo izvesno slabljenje tradicionalne uloge parlamenta kao „čuvara nacionalnog novčanika“ u većini savremenih budžetskih sistema što, mišljenja smo, zahteva hitnu promenu. Dobro stanje u domenu državnih finansija i javnog budžetiranja nije moguće ukoliko je parlament pasivni posmatrač budžetskog procesa i ukoliko se vlada (izvršna vlast) ne učini odgovornijom za svoja postupanja u ovom domenu. Svojevrsna „borba“ vlade i parlamenta za kontrolu nad budžetom treba da bude tretirana kao uobičajena pojava, a ponekad „napeti“ odnos među njima treba posmatrati kao jednu od vitalnih provera u razvijenoj demokratiji.

U suštini javno budžetiranje pokazuje šta vlada (uz podršku parlamenta koji usvaja predlog zakona o budžetu) namerava da radi sa državnom kasom, na koji način je osmislila da troši javni novac i za koje namene, odnosno u kojoj meri će ta potrošnja biti kontrolisana. Kako je „*riznica bez nadzora besmislica*“, potrebno je ustanoviti razgranati sistem kontrole trošenja budžetskog novca. Postojanje višestruke budžetske kontrole, u različitim momentima izvršenja budžeta, pretpostavka je njenog kvaliteta, ali i pokazatelj spremnosti da se pravilno upravlja javnim finansijama i adekvatno realizuje javno budžetiranje. Pouzdana budžetska kontrola ima potencijal da javno budžetiranje i funkcionisanje javnog sektora učini kvalitetnijim, na način da obezbeđuje zaštitu osnovnih vrednosti države, i postavlja pitanje odgovornosti u pogledu toga da li se javni

poslovi i nezaobilazno trošenje javnih sredstava vrši saglasno važećoj pravnoj regulativi (Dimitrijević, 2016: 754).

3. Kreiranje okvira za procenu unapređenja upravljanja javnim rashodima i učinaka budžetskog sistema u budžetskom reformskom procesu

Za kvalitetno makroekonomsko upravljanje i efikasnu raspodelu sredstava budžetom je potrebno kompletno obuhvatiti sve budžetske prihode i budžetske rashode, odnosno oni treba u potpunosti da budu integrisani u nacionalni budžet. Samo u takvom ambijentu može se pouzdano proceniti unapređenje upravljanja javnim rashodima koje, ukoliko je ostvareno, može pozitivno da utiče na ekonomiju javnog sektora. S tim u vezi neophodno je istaći sledeće: bez fiskalne discipline (koja određuje maksimalne iznose potrošnje) nije moguće postići potrebne efekte, odnosno efikasno raspodeliti sredstva (u skladu sa prioritetima vlade, tj. programima i resornim politikama); poboljšanje upravljanja javnim rashodima radi ostvarivanja efikasnosti raspodele sredstava nepouzdan je bez čvrste fiskalne discipline. Takođe, čvrsta fiskalna disciplina uz proizvoljnu (arbitrarnu) raspodelu sredstava i nedovoljno efikasne aktivnosti nije održiva u dužem vremenskom periodu. Ukoliko su okviri potrošnje postavljeni proizvoljno, bez uvažavanja unutrašnjeg funkcionisanja sistema javne potrošnje, moguće je da bude nedovoljno sredstava za važne aktivnosti i može nastati deformacija politike prioriteta u javnoj potrošnji.

Putem tri komplementarna i međuzavisna cilja upravljanja javnim finansijama, tj. ciljeva budžetskih sistema – poboljšanja ukupne fiskalne discipline, ostvarivanja alokacije resursa u skladu sa prioritetima vlade (alokativne efikasnosti), kao i podsticanja efikasnog pružanja usluga (operativne – tehničke efikasnosti), kreira se *okvir za procenu unapređenja upravljanja javnim rashodima i učinaka budžetskog sistema u budžetskom reformskom procesu*.

Održavanje i poboljšanje ukupne fiskalne discipline, kao prvi cilj upravljanja javnim finansijama, u suštini predstavlja inoviranje pristupa starom problemu uspešnog raspolaganja ograničenim budžetskim sredstvima. Navedeno iziskuje pronalaženje odgovarajućeg odnosa između prethodnog (*ex ante*) ispitivanja sadržaja i smera budžetske politike i naknadnog (*ex post*) pažljivog ispitivanja kvaliteta izvršenja budžeta. Zapravo, teži se adekvatnoj kontroli ukupnih javnih rashoda kroz

uspostavljanje ograničenja na izdatke koji su obavezni i na ukupnom nivou i na nivou pojedinih budžetskih korisnika.

Novi pristup upravljanju javnim rashodima u skladu je sa trendom postavljanja *čvrstih fiskalnih pravila u budžetiranju (čvrstih budžetskih ograničenja)*, kako bi se ograničili ukupni rashodi, a ne samo da bi se postigla budžetska ravnoteža. U principu, *fiskalna pravila* su zakonska ili ustavna ograničenja fiskalne politike koja postavljaju specifične limite fiskalnim indikatorima kao što su budžetska ravnoteža, javni dug, javna potrošnja, oporezivanje. Takođe, postoje i tzv. proceduralna fiskalna pravila koja se odnose na opštu proceduru formulisanja fiskalne politike, kao i na postupke koji pomažu da se osigura izvršenje prihvaćenih fiskalnih pravila.

Primena fiskalnih pravila, da bi bila delotvorna, podrazumeva sledeće promene u budžetiranju: proširenje vremenskog horizonta budžetskog procesa sa jednogodišnjeg na srednjoročni okvir; pouzdane projekcije budućih budžetskih uslova; procene uticaja političkih promena na naredne budžete; procedure za proveru budžetskih rezultata i preduzimanje odgovarajućih korektivnih mera; kontrolne mehanizme radi osiguranja poštovanja pravila od strane političara (Schick, 2003: 8–9).

Međutim, treba imati u vidu da su fiskalna pravila u izvesnom smislu pravila „posebne vrste“ i da, shodno tome, njihova delotvornost zavisi i od političkih, ali i ekonomskih uslova s obzirom na to da većina njih predviđa klauzulu koja omogućava odstupanja u slučaju nepredviđenih spoljnih (ekonomskih) šokova. Ona mogu da „deluju“ samo ako su „osnažena“ i podržana od strane politike, a fiskalne vlasti ih se pridržavaju. Jedino tako fiskalna pravila mogu da budu „tretirana“ kao okosnica stabilnosti i održivosti javnih finansija. Naime, u uslovima nepostojanja sankcija za njihovo nepoštovanje i izostanka pozivanja na političku odgovornost, s pravom se može postaviti pitanje: „Da li su fiskalna pravila neophodnost ili samo jedna ‘dekorativna’ institucija?“ Takođe, insistiranje na slepoj primeni fiskalnih pravila, nezavisno od tekućih makroekonomskih kretanja, dovodi u pitanje opravdanost njihovog postojanja. To znači da nije dovoljna samo politička doslednost za poštovanje fiskalnih pravila, već i spremnost za njihovo prilagođavanje ukoliko je to potrebno. Bitno je, naime, procenjivanje fiskalne situacije koja treba da obuhvati dopuštene okvire odstupanja od propisanih ograničenja i nužnu meru redefinisivanja radi povećanja njihove fleksibilnosti (Anđelković, Dimitrijević, 2015: 41).

U pojedinim zemljama, potrebno je naglasiti, osnovani su i *fiskalni saveti* (*fiscal councils*), kao dopuna fiskalnim pravilima, odnosno institucije koje treba da doprinesu njihovom poštovanju, kao i poboljšanju fiskalnih performansi (Wyplosz, 2012: 1; Calmfors, Wren-Lewis, 2011: 26). Radi se o nezavisnim institucijama čiji je cilj podsticanje održivih javnih finansija putem različitih funkcija, uključujući procene fiskalnih planova i evaluaciju, kao i sastavljanje makroekonomskih ili budžetskih prognoza. Dakle, fiskalni saveti funkcionišu uz fiskalna pravila na dvostruki način: fiskalni saveti prate da li se fiskalna pravila primenjuju i ukoliko se ona ne poštuju obaveštavaju o tome javnost; fiskalni saveti mogu imati, u složenim ekonomskim uslovima, ulogu savetodavca vlade da odstupi od propisanih fiskalnih pravila, odnosno mogu joj davati predloge da se postojeća fiskalna pravila poboljšaju.

Mora se primetiti da šira javnost vrlo malo suštinski razume svet javnih finansija. Ona, najčešće, o ovoj oblasti saznaje samo ono što se zvanično objavi a tiče se vođenja fiskalne politike. Stoga se u literaturi fiskalni saveti tretiraju kao objektivni „posmatračići“ budžetskog procesa i održivosti budžetske politike (Posner, Blöndal, 2012: 16). U tom smislu se od fiskalnih saveta očekuje da: upoznaju javnost sa stvarnim stanjem u državnim finansijama; ukazuju na pokušaje kreativnog računovodstva; vrše nepristrasne analize makroekonomskog razvoja; izradom ili procenom makroekonomskih predviđanja pružaju doprinos budžetskom procesu i vođenju razborite fiskalne politike. Fiskalni saveti nemaju način da obavežu vlast na poštovanje fiskalnih pravila i da pozovu na odgovornost političare. Međutim, oni mogu da predlažu, opominju, upozoravaju. Od vlade i parlamenta, koji su suvereni u odlučivanju, zavisi da li će uvažiti ili ignorisati njihove preporuke.

Efikasna raspodela sredstava, kao drugi cilj upravljanja javnim finansijama, ostvaruje se ukoliko vlada ima sposobnost da budžetska sredstva usmeri na osnovu postavljenih prioriteta i efektivnosti programa. Ona obuhvata i preusmeravanje sredstava sa starih na nove prioritete ili sa manje produktivnih na više produktivne aktivnosti, a sve saglasno ciljevima vlade. Delotvornost (efektivnost), koja se odnosi na opseg do koga se ciljevi politike, programa ili aktivnosti postižu, uveliko zavisi od odluka o alokaciji sredstava. Efikasna raspodela sredstava nužno podrazumeva permanentno inoviranje modela finansiranja javnog sektora, odnosno prelazak sa tradicionalnog na naprednije (savremene) modele javnog budžetiranja.

Tehnička (operativna) efikasnost korišćenja budžetskih sredstva, kao treći cilj upravljanja javnim finansijama, odnosi se na mogućnost implementacije programa i pružanja usluga po što nižim troškovima. U većini savremenih zemalja reforme budžeta usmerene su na podsticanje ostvarivanja potrebnog učinka, odnosno zadovoljenje prihvaćenih javnih zahteva sa što manje troškova. Takve promene se zasnivaju na očekivanjima da se izdaci iz budžeta mogu limitirati pomoću dve međusobno povezane strategije: povećanje ukupne kontrole preko definisanja ciljeva u okviru srednjoročnog budžeta i praćenja njegovog u činka; unapređenje u činka (efekata, brzine i kvaliteta rada) javnog sektora (Anđelković, 2010: 120).

4. Razvoj modela javnog budžetiranja u kontekstu savremenih budžetskih reformi

Dometi savremenih budžetskih reformi prvenstveno su usmereni na smanjenje javnih rashoda, odnosno na izgradnju institucionalnih mehanizama koji su nužni za kontrolu javne potrošnje i razvoj postojećih modela javnog budžetiranja. *Šire posmatrano*, ovi mehanizmi obuhvataju: srednjoročno budžetiranje (budžetski horizont se produžava sa jedne na nekoliko godina u cilju veće predvidivosti i stabilnosti fiskalne politike i efikasnijeg trošenja javnih sredstava u srednjem roku); jasna makroekonomska predviđanja; eksplicitne troškove („cenu koštanja“) javnih (vladinih) politika; pristup budžetiranju *odozgo na dole* (priprema budžeta kreće od okvira za makroekonomsku i fiskalnu politiku, koju određuje vlada, uključujući glavne srednjoročne fiskalne ciljeve u kojima je sadržana obavezujuća politička odluka o ukupnom iznosu javnih rashoda i njihovoj podeli po pojedinim ministarstvima za određenu budžetsku godinu); slabljenje centralne kontrole resursa (*inputs*); naglasak na rezultate (*outputs*); budžetsku transparentnost; veću nezavisnost za fiskalne institucije; moderno finansijsko upravljanje (Blöndal, 2003: 10; Allan, Parry, 2003: 7). *Uže posmatrano*, u savremenim budžetskim reformama poseban fokus usmeren je na proširenje vremenskog horizonta budžetskog planiranja, promene u pristupu javnom budžetiranju, kao i njegovu fiskalnu transparentnost. Ti mehanizmi će, u nastavku teksta, biti predmet detaljnijeg razmatranja.

Proširenjem vremenskog horizonta budžetskog planiranja, koje je u funkciji stabilnosti (predvidivosti), čine se naponi na *makronivou* da se godišnji budžet dopuni srednjoročnim i dugoročnim projekcijama i da se uvede

obračunsko računovodstvo, kao i različite forme *cost-benefit* analize. Na *mikronivou*, javni (budžetski) upravljači ohrabruju se na dugoročna

razmišljanja kroz uvođenje veće fleksibilnosti u odlučivanju, šire vremenske okvire, obuhvatnije računovodstvene tehnike i pokazatelje učinka zasnovane na rezultatima delatnosti. Godišnji budžet smešta se u *srednjoročne budžetske okvire (medium-term budgetary frameworks)*, zasnovane na srednjoročnim predviđanjima makroekonomskih varijabli značajnih za budžet kao što su ekonomski rast, inflacija, cena nafte, kamatna stopa i dr. Njima se preciziraju srednjoročni ciljevi za ukupne iznose prihoda budžeta, ukupne rashode, deficit/suficit i javni dug. Potrebno je, potom, ovako definisane fiskalne ciljeve operacionalizovati na nižem nivou utvrđivanjem čvrstih budžetskih ograničenja po ministarstvima i programima za predviđeni broj godina (Anđelković, 2010: 127).

Srednjoročni budžetski okvir najčešće obuhvata period od tri do pet godina, s tim što projekcije obuhvataju tekuću budžetsku godinu i period od naredne tri do četiri godine. Reč je o planskom dokumentu koji odražava političku saglasnost sa fiskalnom disciplinom. Primarna svrha srednjoročnih budžetskih okvira ogleda se u obezbeđenju međuvremenske konzistentnosti budžetske politike, i u tom smislu ovim okvirima pojašnjava se kako će srednjoročni fiskalni ciljevi biti realizovani zaredom u godišnjim fazama. Druge svrhe ovih srednjoročnih okvira mogu biti jačanje stabilizacione funkcije budžeta i smirivanje tenzija u budžetskom procesu oko trošenja limitiranih budžetskih sredstava (GOV, PUMA, SBO, 2003: 18).

U budžetskim reformama svojom važnošću posebno se ističe tzv. *pristup budžetiranju „od vrha ka dole“ (top-down pristup)* (Ljungman, 2009: 1–24). Tradicionalni budžeti sastavljani su primenom *pristupa „od dole ka vrhu“ (down-top pristupa)* što je faktički značilo da su svi državni organi, agencije i ministarstva slali zahteve za obezbeđenje sredstava ministarstvu finansija. Često su iznosi prevazilazili realne troškove funkcionisanja budžetskih korisnika, tako da je ukupan iznos sredstava dogovaran sa ministarstvom finansija. U praksi su se ispoljili nedostaci takvog načina formulisanja budžeta, u vidu dužine vremena potrebnog za slanje i usaglašavanje zahteva budžetskih korisnika, nepostojanja sistema za realokaciju sredstava unutar budžetskih korisnika (resornih ministarstava), teškoća održavanja prioriteta budžetske politike. Navedeni nedostaci su, upravo, i uticali da se *pristup budžetiranju „od dole ka vrhu“ zameni pristupom od „vrha ka dole“*, gde priprema kreće od okvira za makroekonomsku i fiskalnu politiku koju određuje vlada, uključujući glavne srednjoročne fiskalne ciljeve. U njima je sadržana obavezujuća politička odluka o ukupnom iznosu javnih rashoda i njihovoj podeli po pojedinim ministarstvima za određenu budžetsku godinu.

Resornim (linijskim) ministarstvima prepuštena je detaljna raspodela budžetskih sredstava, a uloga ministarstva finansija je da kontroliše poštovanje utvrđenih limita po resorima. Ovakvim pristupom budžetiranju težnja je da se ostvari veća odgovornost budžetskih izvršilaca za efektivno ostvarenje postavljenih ciljeva i disciplinovani odnos u korišćenju odobrenih sredstava (Anđelković, 2012: 297–298).

Fiskalna transparentnost podrazumeva otvorenost u pogledu ciljeva fiskalne politike, formulisanja i primene budžeta. U principu, proces javnog budžetiranja treba u činiti dostupnim i razumljivim javnom mnjenju. Izvršni odbor Međunarodnog monetarnog fonda (MMF) je 2014. godine, nakon verzija iz 2001. i 2011. godine, usvojio treću verziju *Kodeksa fiskalne transparentnosti (The Fiscal Transparency Code)*, koji se zasniva na sledećim načelima: *fiskalno izveštavanje* – fiskalni izveštaji treba da sadrže sveobuhvatni, svrsishodni, pravovremeni i pouzdani pregled fiskalnog položaja i rada vlade; *fiskalna predviđanja i budžeti* – budžeti i fiskalna predviđanja na kojima se oni zasnivaju moraju sadržati jasan stav o vladinim budžetskim ciljevima i preduzetim merama, uz sveobuhvatne, pravovremene i pouzdane projekcije razvoja javnih finansija; *analiza i upravljanje fiskalnim rizicima* – vlade treba da objavljuju, analiziraju i upravljaju rizicima javnih finansija i osiguraju efikasnu koordinaciju fiskalnog odlučivanja u okviru celog javnog sektora (MMF, 2014: 1–12).

Važan element fiskalne transparentnosti je *računovodstveno izveštavanje*. Otuda i orijentacija nekih zemalja ka napuštanju gotovinskog načela i primeni obračunskog načela. Obračunsko računovodstvo (*accrual accounting*) evidentira transakcije na osnovu nastanka poslovnog događaja i smatra se da omogućava bolje sagledavanje stvarnih troškova javnih finansija.

Nesporno je da se u savremenim budžetskim reformama jako insistira na poštovanju budžetskog procesa i prethodno razmatranih mehanizama, kao i dostizanju što povoljnijih rezultata u javnom sektoru. Budžetski proces, a samim tim i budžetske institucije vrlo su bitni, posebno u delu upravljanja budžetom i javnim rashodima. Upravo razvijene budžetske institucije imaju vitalni značaj u pogledu mogućnosti da se u jednoj zemlji kreira i implementira efektivna fiskalna politika. Takve institucije mogu osigurati odgovornost vlade i preduprediti nenamensko „odlivanje“ javnih sredstava, povećati efikasnost upotrebe oskudnih javnih resursa i poboljšati izgleda za održavanje fiskalne stabilnosti i društveni razvoj (Dabla-Norris, Allen, Zanna, Prakash, Kvintradze, Lledo, Yackovlev, Gollwitzer, 2010: 3).

5. Tradicionalni i savremeni modeli javnog budžetiranja

Linijsko budžetiranje predstavlja tradicionalni model javnog budžetiranja. Budžeti brojnih država u svetu su, vremenski prilično dugo, imali oblik (format) linijskog budžeta. *Linijsko budžetiranje (line-item budgeting)* kao model planiranja i izrade budžeta (zakona o budžetu) pruža informacije o pojedinačnim budžetskim korisnicima, razvrstava opredeljena sredstva na osnovu ekonomske klasifikacije i funkcionalne klasifikacije, pruža uvid u izvore finansiranja javnih rashoda. Radi se o tzv. *inkrementalnom budžetiranju*, koje kao takvo podrazumeva da se svaka budžetska stavka promeni za unapred utvrđeni procenat, koji je zasnovan na očekivanom rastu ekonomije. Svakom budžetskom korisniku zajemčena je prošlogodišnja alokacija sredstava, kao i inkrementalna povišica koja se dodaje na prošlogodišnji iznos. Na taj način prostor za konkurenciju među zahtevima budžetskih korisnika za sredstvima je sužen, a otežana je i mogućnost realokacije sredstava između različitih budžetskih pozicija, bez obzira na njihovu nedovoljnu efikasnost. Štaviše, budžetski korisnici nemaju podsticaj da ostvare uštede u okviru svake budžetske godine ili da isplaniraju svoje rashode sa orijentacijom na rezultate. U prethodnim dekadama, mnogo zemalja dozvoljavalo je svojim inkrementalnim budžetima da „rastu“ na bazi određenih makroekonomskih pokazatelja. Međutim, iako je ovakav prilaz vrlo pogodan ako se ima u vidu vreme koje je potrebno za pripremu budžeta, on ne omogućava adekvatnu raspodelu javnih sredstava, što u znatnoj meri umanjuje njegovu vrednost. Dakle, u linijskom budžetiranju radi se o postupku mobilizacije i alokacije javnih sredstava, koji se ne temelji na identifikaciji učinaka i utvrđivanju njihovog odnosa sa uložnim sredstvima i angažovanim resursima, nego prosto na zatečenom stanju nasleđenom iz prošlosti. U linijskom budžetu mnoga davanja iz budžeta zakonski su predodređena i fiksirana nezavisno od postupaka kroz koje se alociraju komponente javne potrošnje. Takvu praksu usmeravanja sredstava iz budžeta određenim subjektima neki teoretičari nazivaju *neodlukama (nondecisions)* budući da su, sa stanovišta budžetskog procesa, one jednostavno predodređene i strogo egzogene (Von Hagen, 2007: 30).

U *linijskom (inkrementalnom) budžetu* poznato je koliko se budžetskih sredstava troši, ali takav način „kreiranja“ formata budžeta ne pruža puno informacija o ciljevima javnih politika koji će se ostvariti posredstvom javnih izdataka. Konkretnije, linijski budžet ne definiše ključne ciljeve politike vlade, ne povezuje ciljeve sa budžetom, ne traga za najefikasnijom kombinacijom *input*-a kako bi se isporučila potrebna javna dobra (javne usluge). Kako je već i ukazano, linijski budžet, koji

je usredsređen na rashode po osnovu ekonomske klasifikacije (npr., zarade, robe, usluge itd.), pretežno preko funkcionalne klasifikacije omogućava prepoznavanje nadležnosti korisnika budžeta, a merenje učinaka u ovom obliku budžeta orijentisano je prvenstveno na poštovanje standarda troškova i pravila alociranja *input*-a (Gorčić, 2009: 70). Otuda potreba da se tradicionalni model javnog budžetiranja postepeno zameni savremenim modelima. Aktuelna budžetska promišljanja u ovoj oblasti jasno se kreću u pravcu uvođenja programskog budžetiranja i budžetiranja prema učinku. Navedeno se prepoznaje kao trend u savremenim reformama budžetske sfere.

Programsko budžetiranje (program budgeting) predstavlja budžetiranje po programskoj (budžetsko računovodstvenoj) klasifikaciji kojom se prikazuju ciljevi programa, očekivani rezultati i sredstva potrebna za ostvarivanje ciljeva. Najjednostavnije posmatrano, reč je o planiranju, odobravanju i izvršavanju budžetske potrošnje kroz programe, odnosno o uspostavljanju razvijenijeg modela planiranja, raspodele i potrošnje budžetskih sredstava, koji omogućava da se, s jedne strane, uvede jasnija veza između politika vlasti, odnosno programa koje sprovodi, tj. sredstava potrebnih za njihovu realizaciju (*inputs*), i s druge strane ciljeva tih programa (*outcomes*) i očekivanih neposrednih izlaznih rezultata (*out-puts*) u vidu javnih dobara i usluga (Robinson, 2013: 52–53).

U programskom budžetu finansijska sredstva alocirana su po programima, a svaki od programa ima svog *rukovodioca* koji je zadužen za realizaciju programa, kao i za izveštavanje o ostvarivanju očekivanih rezultata i stepenu ispunjenja zacrtanih ciljeva. Time se poboljšava prioritizacija javnih izdataka, proces upravljanja programima i racionalna potrošnja budžetskih sredstava, kako u kratkoročnom tako i u srednjoročnom vremenskom periodu. Očekivanje je da se time ostvari pozitivan uticaj na povećanje odgovornosti u funkcionisanju državnih institucija (organizacija javnog sektora), zakonitost i svrsishodnost javnog trošenja.

Prema tome, bitna razlika između linijskog i programskog budžetiranja se i ogleda u načinu upravljanja javnim rashodima. Programsko budžetiranje omogućava *aktivno upravljanje javnim rashodima* koje je usmereno ka maksimiziranju efekata (u činaka) i ispunjavanju ciljeva u javnom sektoru. Programskim budžetom stvaraju se mogućnosti preusmeravanja rashoda sa manje produktivnih ka produktivnijim javnim rashodima. Veća kontrola trošenja sredstava iz budžeta, budžetska disciplina i poštovanje fiskalnog okvira za celokupnu javnu potrošnju ostvarivi su, u velikoj meri, ukoliko se precizno odrede limiti za određenu funkciju

države (tj. čvrsta ograničenja na strani rashoda), kao i za programe u okviru funkcija. Zahvaljujući praćenju u činaka određenih programa, programski budžet može da utiče na povećanje obima i kvaliteta javnih dobara i usluga.

Često se u praksi *programsko budžetiranje izjednačava sa budžetiranjem prema učincima (performance budgeting), što nije sasvim tačno*. Programsko budžetiranje, kako iskustvo pokazuje, prethodi budžetiranju prema učincima. Naime, razvoj i unapređenje budžetskog procesa potrebno je organizovati u okviru sledećeg logičkog hijerarhijskog redosleda (Fiskalni savet, 2014: 2): uspostavljanje efikasnog budžetskog procesa na godišnjem nivou i njegovo poštovanje u toku kalendarske godine; postepeni prelaz na srednjoročne budžete u cilju povećanja fiskalne predvidivosti; razvoj programske strukture budžeta; uspostavljanje budžeta prema učincima (na osnovu indikatora performansi). Dakle, *budžetiranje prema učincima sledi nakon uvođenja budžetskih programa i programskog budžetiranja* i podrazumeva da se finansijska sredstva za narednu budžetsku godinu raspoređuju na osnovu rezultata (učinaka) budžetskih korisnika iz prethodnih godina. Drugačije rečeno, finansiranje subjekata (organizacija) javnog sektora dovodi se u blisku vezu sa rezultatima koje oni u svom radu ostvaruju. Informacije o učinku (pokazatelji, evaluacije, „cene“ programa itd.) koriste se za uspostavljanje ove veze. Programsko budžetiranje ne mora da bude zasnovano na učinku, mada informacije o prošlom ili očekivanom učinku pojedinih programa predstavljaju jedan od faktora odlučivanja o tome da li će i koliko sredstava za neki novi program biti dodeljeno (Vujović, 2013: 24). Primena programskog budžetiranja je moguća i kada postoji izvesna nesigurnost u vezi koja se uspostavlja između rezultata programa i njegovog finansiranja, upravo zbog toga što ono ne povezuje toliko čvrsto (kao budžetiranje prema učincima) finansiranje sa rezultatima (učincima).

Uspostavljanje programskog budžetiranja (programskog budžeta) i budžetiranja prema učincima (indikatora performansi) zahteva ispunjavanje brojnih preduslova. Radi se o procesu u dve etape: potrebno je najpre razviti adekvatnu programsku strukturu i uspešno je implementirati; ovu programsku strukturu zatim treba iskoristiti za merenje performansi i zahtevanje odgovornosti kod nadležnih budžetskih korisnika. Obe etape se vremenski postupno implementiraju u dužem vremenskom periodu.

6. Zaključak

U uslovima ekonomsko-finansijske krize koja je zahvatila svet, pritisak u pravcu smanjenja javnih izdataka naročito je izražen a pitanje unapređenja budžetske oblasti ne prestaje da bude aktuelno. U budžetu, kao „nervnom centru javnog sektora“, prikupljaju se i za određene namene raspoređuju ogromni iznosi budžetskih sredstava. Od načina na koji se danas vrši upravljanje budžetom, oblikuje i implementira model javnog budžetiranja, suštinski će zavisiti budućnost javnih finansija svake države, tj. da li će u vremenu koje dolazi njeno javno budžetiranje biti zdravo i održivo. Otuda i potreba za reformisanjem modela javnog budžetiranja koje poprima obeležja globalnog trenda. Preduslovi za uspostavljanje efikasnijeg i delotvornijeg modela javnog budžetiranja u odnosu na postojeći obuhvataju adekvatnu političku podršku, izgradnju potrebnih kadrovskih i operativnih kapaciteta korisnika budžetskih sredstava, kao i usvajanje konzistentnog programa reforme u skladu sa najboljim međunarodnim iskustvima i prilagođenog uslovima u konkretnoj zemlji. Nesporno, navedeno se preduzima u cilju smanjenja prostora za donošenje brzopletih i u pogledu pozitivnih efekata koje mogu da izazovu nedovoljno utemeljenih odluka o trošenju budžetskih sredstava. Korišćenje sredstava iz budžeta treba da donese korist celom društvu na način da se osigura ekonomski, socijalni, politički i opšti kulturni napredak i prosperitet države. U tome treba i pronalaziti „ključ“ kvalitetnog upravljanja javnim finansijama.

Literatura

Allan, W., Parry, T. (2003). Fiscal Transparency in EU Accession Countries: Progress and Future Challenges. *IMF Working Paper*. WP/03/163. 1–26.

Anđelković, M., Dimitrijević, M. (2015). Fiskalna konsolidacija kao imperativ upravljanja javnim finansijama u Republici Srbiji. *Finansije*. 1–6(LXX). 32–47.

Anđelković, M. (2012). *Javne finansije i finansijsko pravo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Anđelković, M. (2010). *Budžetsko pravo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Blöndal, J. (2003). Budget reform in OECD member countries: Common Trends. *OECD Journal on Budgeting*. 4(2). 7–25.

Von Hagen, J. (2007). Budgeting Institutions for Better Fiscal Performance. In A. Shah (Ed.), *Budgeting and Budgetary Institutions* (pp. 27–51). Washington: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank

Vujović, D. (2013). *Studija o delotvornom korišćenju indikatora performansi u procesu izrade budžeta i planova u javnom sektoru: Kreiranje indikatora performansi u cilju unapređenja učinaka programskih budžeta u Srbiji*. Beograd: USAID projekat za bolje uslove poslovanja

GOV, PUMA, SBO (2003). Reallocation: The Role of Budget Institutions. 15. 1–42.

Gorčić, J. (2009). *Upravljanje krizom – svet i mi*. Beograd: Proinkom

Dabla-Norris, E., Allen, R., Zanna, L., Prakash, T., Kvintradze, E., Lledo, V., Yacovlev, I., Gollwitzer, S. (2010). Budget Institutions and Fiscal Performance in Low-Income Countries. *IMF Working Paper*. WP/10/80. 1–56.

Dimitrijević, M. (2016). Advancing Budget Control in Contemporary Budget Systems. In M. Lazić and S. Knežević (Ed.), *Legal, Social and Political Control in National, International and EU Law* (pp. 753–766). Niš: Faculty of Law, University of Niš

Ljungman, G. (2009). Top-Down Budgeting – An Instrument to Strengthen Budget Management. *IMF Working Paper*. WP/09/243. –24.

MMF: Kodeks fiskalne transparentnosti (2014). Institut za javne financije. *Newsletter*. 91. 1–12.

Olden, B., Last, D., Yläoutinen, S., Sateriale, C. (2012). Fiscal Consolidation in Southeastern European Countries: The Role of Budget Institutions. *IMF Working Paper*. WP/12/113. 1–50.

Posner, P., Blöndal, J. (2012). Democracies and Deficits: Prospects for Fiscal Responsibility in Democratic Nations. *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*. 1(25). 11–34.

Robinson, M. (2013). *Program Classifications for Performance-Based Budgeting: How to Structure Budget to Enable the Use of Evidence*. Washington: Independent Evaluation Group, International Bank for Reconstruction and Development/ World Bank

Schick, A. (2003). The roll of Fiscal Rules in Budgeting. *OECD Journal on Budgeting*. 3(3). 7–34.

Fölscher, A. (2007). Budget Methods and Practices. In A. Shah (Ed.), *Budgeting and Budgetary Institutions* (pp. 109–135). Washington: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank

Fiskalni savet (2014). *Budžetski proces u Republici Srbiji: Nedostaci i preporuke*

Calmfors, L., Wren-Lewis, S. (2011). *What should fiscal councils do?* Stockholm University and Swedish Fiscal Policy Council, Oxford University. 1–53.

Wylosz, C. (2012). *Fiscal Rules: Theoretical Issues and Historical Experiences*. Cambridge: National Bureau of Economic Research. *Working Paper*. 17884 . 1–27.

Marina Dimitrijević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

REFORMING THE MODEL OF PUBLIC BUDGETING AS A GLOBAL TREND

Summary

The public sector worldwide has been constantly under pressure to increase the rational spending of budget funds, to improve the efficiency of securing the public goods, and to raise the quality of public services. The need to improve the operation of the public sector, to cut the public expenditures and the budget deficit is a pre-requisite for undertaking of a series of complex activities and measures which may be designated as the global trend of reforming the public budgeting model. Modern states are facing a huge challenge of accomplishing a higher level of accountability in managing public resources, which requires a gradual transition from traditional to modern public budgeting models.

The provision of an adequate amount of public goods and services is one of the fundamental roles of the public sector, which has a significant impact on the economic, political and social aspects of social development. Consequently, it has a substantial impact on taking adequate reform measures in the domain of improving the public budgeting model. The introduction of programme-budgeting and performance-based budgeting models, as substitutes for the line-item (incremental) budgeting model, should contribute to establishing strong and well-organised public finances as a prerequisite for the development of a powerful state, further improvement of all economic sectors, and overall social progress.

Keywords: *public sector, public budgeting, reform, public budgeting models.*

Dr Aleksandar S. Mojašević,*

Docent Pravnog fakulteta,

Univerzitet u Nišu

Dr Ljubica Nikolić,

Redovni profesor Pravnog fakulteta,

Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak

doi:10.5937/zrpfni1776641M

UDK: 004.738.5:339

Rad primljen: 01.10.2017.

Rad prihvaćen: 30.11.2017.

ONLAIN SISTEM REŠAVANJA SPOROVA I ELEKTRONSKA TRGOVINA**

Apstrakt: U ovom radu analiza je usmerena na različite savremene forme onlajn (sistema) rešavanja sporova (ORS) koji nastaju između ugovornih strana koje učestvuju u elektronskoj trgovini. Polazimo od dve poznate činjenice: prve, koja se odnosi na globalnu primenu alternativnih metoda rešavanja sporova (ADR) do koje je došlo usled razvoja savremene tehnologije, i druge, koja se odnosi na široku upotrebu onlajn platformi za rešavanje sporova između ugovornih strana u elektronskoj trgovini na evropskom nivou. Cilj rada je podrobno ispitati stanje u vezi sa (onlajn i oflajn) primenom ADR metoda na evropskom tlu, kao i prateću regulativu u oblasti alternativnog rešavanja sporova u elektronskoj trgovini (tzv. ADR Direktivu i ORS Uredbu). Osim toga, prikazujemo i primere dobre prakse onlajn rešavanja sporova između učesnika elektronske trgovine u svetskim razmerama. Konačno, želimo da ispitamo i stanje savremenih onlajn sistema rešavanja sporova u Republici Srbiji, kao i perspektivu njihove primene.

Ključne reči: onlajn rešavanje sporova (ORS), alternativno rešavanje sporova (ARS), tehnologija, elektronska trgovina.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs, ljubica@prafak.ni.ac.rs.

** Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, finansiranog od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046).

* Rad je bio izložen u vidu usmenog saopštenja pod istim nazivom na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Globalizacija i pravo“, održanoj 21. i 22. aprila 2017. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

1. Uvod

Alternativno rešavanje sporova (skr. ARS – prema našoj terminologiji, odnosno na engleskom govornom području ADR – alternative dispute resolution) predstavlja takav način rešavanja sporova koji je usmeren na postizanje sporazuma (poravnanja) između strana u sukobu, bilo na osnovu *neposrednih* pregovora ili *posredno* uz pomoć trećeg lica. Među *posrednim* alternativnim metodama počasnno mesto zauzimaju medijacija i arbitražna, ali su se u praksi (pre svega, američkoj) razvili i drugi metodi, poput: mini-parnice, rane neutralne evaluacije, mirenja, privatnog suđenja, itd. Ovi metodi su nastali i razvili se zbog ispoljenih nedostataka redovnog sudskog postupka, a koji se svode na preveliku konzumaciju resursa (vremena, novca ili truda učesnika postupka). Iz tog, ali i drugih razloga (recimo, formalnost sudskog postupka), oni se sve više koriste radi rešavanja sporova iz različitih oblasti prava: porodičnog prava, radnog prava, privrednog prava, prava osiguranja, itd. Njihova popularnost, a koja je posledica ustrojstva samih ADR postupaka (dobrovoljnost, fleksibilnost, poverljivost, hitnost, ekonomičnost), ide do te mere da se, recimo, u SAD ogromna većina sporova (*preko 90%*) okončava sklapanjem poravnanja, sudskog ili vansudskog.

U našoj zemlji pak tradicionalni sudski postupak i dalje zauzima dominantno mesto u hijerarhiji različitih metoda rešavanja sporova i predstavlja prvi izbor naših građana u slučaju nastanka konflikta (sukoba). Kako pojedine studije pokazuju (Mojašević, 2014a) oni i dalje poklanjaju veće poverenje sudskom načinu rešenja spora, uprkos tome što je medijacija institucionalno uvedena u naš pravni sistem 2005. godine.¹

Pokazalo se da zakonsko normiranje medijacije nije dovoljno da bi ona zaživela u praksi. Medijacija je mnogo više od pukog pravnog instituta koji država treba da uvede i dâ mu legalitet i legitimitet. Iako je nesporna uloga države u razvoju ovog pravnog instituta, da bi on stvarno zaživeo i predstavljao pravu alternativu sudskom postupku, potrebno je adekvatno informisati i obrazovati građane za njegovo korišćenje i stvoriti adekvatnu „infrastrukturu“ (recimo, prostorni kapacitet ili sistem upućivanja sudskih predmeta na medijaciju) za razvoj ovog metoda (Mojašević, 2014b: 786–787). U tom pogledu smo zatajili, uprkos evidentnim naporima zakonodavca da novim *Zakonom o posredovanju u rešavanju sporova* iz 2014. godine² stvari pomeri sa „mrtve tačke“. Pre svega, tu se misli na mogućnost da sporazum iz medijacije, pod određenim uslovima, dobije snagu izvršne isprave (čl. 27 Zakona), kao i na mogućnost

1 Zakon o posredovanju – medijaciji, *Sl. glasnik RS*, 18/2005

2 *Sl. glasnik RS*, 55/2014

oslobađanja od plaćanja sudskih, odnosno administrativnih taksi, ako se postigne sporazum o rešavanju spora putem posredovanja nakon pokrenutog sudskog (ili drugog) postupka do zaključenja prvog ročišta za glavnu raspravu (čl. 31 Zakona). Osim ovih ekonomskih podsticaja za korišćenje medijacije, koji se u domaćoj literaturi ocenjuju pozitivno (Mojašević, 2014v: 269–270), Ministarstvo pravde i Nacionalno udruženje medijatora Srbije³ poslednjih godina ulažu napor u pravcu stvaranja održivog sistema medijacije (stvaranje jedinstvenog registra medijatora, poboljšanje edukacije medijatora, medijska promocija medijacije, itd.).

No, pored tradicionalnog alternativnog načina rešavanja sporova koji podrazumeva neposredni kontakt trećeg lica (medijatora, arbitra ili koncilijatora) i strana u sukobu, razvoj *tehnologije* iznedrio je još jedan vid alternativnog rešavanja sporova – onlajn sistem alternativnog rešavanja sporova (ORS). U SAD, a u poslednje vreme i u Evropi, ovaj sistem postaje sve popularniji, pre svega, za rešavanje sporova između učesnika (ugovornih strana) *elektronske ili e-trgovine*. Kod nas je oblast elektronske trgovine, kao vid daljinske trgovine robom i uslugama, regulisana posebnim *Zakonom o elektronskoj trgovini*, koji je na snazi od 2009. godine.⁴

Uvažavajući činjenicu da naši građani nedovoljno koriste medijaciju i druge ADR metode rešavanja sporova, kao i da je razvoj elektronske trgovine već uzeo maha kod nas, postavljamo tezu *da dodatni prostor za afirmaciju ADR metoda treba tražiti i u onlajn platformama za rešavanje sporova, pre svega, u oblasti elektronske trgovine, ali i u drugim oblastima*.

Da bismo proverili ovu tezu, želimo da ispitamo efikasnost onlajn platformi za rešavanje sporova između učesnika elektronske trgovine na evropskom nivou, polazeći od pravnih akata EU u ovoj oblasti, ali i od prakse zemalja članica EU u pogledu rešavanja sporova između učesnika elektronske trgovine.

2. Podaci o ADR programima u EU

Neefikasno rešavanje sporova predstavlja ozbiljnu prepreku trgovini između ugovornih strana, posebno onih koje se nalaze u dugoročnim poslovnim odnosima. No, i u jednokratnim poslovnim odnosima (recimo, u

3 Videti: <http://nums.rs/>

4 *Sl. glasnik RS*, 41/2009 i 95/2013

slučaju jednokratne kupovine proizvoda ili usluge), ako sistem rešavanja sporova ne funkcioniše zadovoljavajuće, otvara se pitanje perspektive tih odnosa, odnosno da li će ubuduće strane stupati u (iste ili slične) ugovorne odnose. Ovo pitanje efikasnog rešavanja sporova posebno dolazi do izražaja u slučaju prekogranične trgovine, odnosno kada su ugovorne strane iz različitih zemalja.

Upravo je ovo pitanje i aktuelizovano u svakodnevnoj praksi (onlajn ili oflajn) kupovine proizvoda i usluga između ugovornih partnera iz *različitih zemalja članica EU*. Naime, različit i nejednak pristup ADR metodima rešavanja sporova, različit kvalitet pružanja ADR usluga, kao i različiti nivo svesti i znanja o upotrebi ovih metoda ugovornih strana iz različitih zemalja članica EU (kao i onih van ove organizacije), predstavljao je ozbiljnu prepreku normalnom odvijanju trgovine na jedinstvenom evropskom tržištu. U prilog tome, podaci (Evropska Komisija, 2011: 16) pokazuju da u EU postoji *preko 750 različitih* ADR programa za zaštitu potrošača, privatnog ili javnog tipa, ustanovljenih od države, privrede ili potrošačkih organizacija. U većini evropskih zemalja ADR programi su nacionalnog karaktera,⁵ mada postoje i oni koji su regionalnog ili lokalnog karaktera,⁶ namenjeni samo za određeni sektor ili za više sektora privrede. Samo jedna trećina članica EU ima ADR programe (notifikovane od EK) koji se odnose *na sve potrošačke sporove*.⁷ Zatim, odluke ADR tela mogu biti donete kolektivno ili individualno, sa obavezujućom ili neobavezujućom snagom. Dalje, većina ovih ADR programa ne pravi razliku između onlajn i tradicionalne kupovine proizvoda i usluga, već sve sporove tretira jednako. Ipak, postoje određeni izuzeci, kao što su, recimo, *Electronic Consumer Dispute Resolution* (ECODIR) – platforma preko koje se cela procedura rešavanja sporova nastalih u elektronskoj trgovini može sprovesti onlajn, ili *Financial Dispute Resolution Network* (FIN-NET) – platforma specijalizovana za finansijske sporove.⁸ S tim u vezi, skoro polovina ADR programa nudi

5 Recimo, u Francuskoj, Velikoj Britaniji, Danskoj, Holandiji, Poljskoj, Češkoj, Sloveniji, Malti i drugim zemljama.

6 Recimo, u Nemačkoj, Španiji, Italiji i Portugaliji.

7 To su: Holandija, Danska, Finska, Švedska, Estonija, Letonija, Litvanija, Grčka i Malta. S druge strane, postoji grupa zemalja (ukupno 11) koja ima *veći broj* ADR programa koji se odnose na specifične sektore ili regione, kao i grupa zemalja (ukupno pet) sa *manjim brojem* istih.

8 https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/consumer-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/fin-net-network/about-fin-net_en

mogućnost podnošenja pritužbe elektronskim putem, popunjavanjem posebne elektronske forme, koja se može podneti direktno (onlajn), mejlom ili poštom.

Podaci (Evropska komisija, 2011: 24–25) takođe ukazuju da, u proseku, 44% trgovaca u EU nema svest o postojanju različitih ADR programa, dok oko 30% potrošača, koji nisu rešili spor direktno sa trgovcem, nije znalo dalje da procesuiraju svoju pritužbu, ili nije znalo ništa o postojanju ADR programa. Potrošači ukazuju na svoju neinformisanost o ADR programima, ali ih i trgovci retko informišu o tome. Problemi postoje i u pogledu kvaliteta samih ADR programa, budući da se ne poštuje uvek načelo transparentnosti, nezavisnosti i efektivnosti. U prilog tome, 22% ADR programa nije pokriveno veb-sajtom, oko polovina tih programa nema obezbeđen onlajn pristup ADR proceduri, a 41% ne sadrži statističke podatke o prethodnom korišćenju istih.

Jednostavno rečeno, ovakav *neujednačen* sistem rešavanja sporova na nivou EU stvorio je, s jedne strane, snažne podsticaje potrošačima da se uzdržavaju od kupovine proizvoda ili usluga van granice matične države, a s druge strane, trgovcima da odustaju od prodaje istih u drugim zemljama članicama EU. Pokazalo se da ranije preporuke Evropske komisije iz 1998. i 2001. godine⁹ nisu bile dovoljne da obezbede ravnomernu zastupljenost ADR metoda u svim državama članicama, kao i u različitim sektorima privrede pojedinih evropskih zemalja. Zato je Evropska komisija preuzela značajne korake radi otklanjanja uočenih nedostataka, usvajanjem odgovarajućih pravnih akata, koji će biti predmet elaboracije u nastavku teksta.

3. Pravni osnov alternativnog rešavanja sporova u EU

3.1. ADR Direktiva: sažeti prikaz

Zbog neujednačenog sistema rešavanja sporova na nivou EU, sa svim pratećim (goreopisanim) negativnim posledicama, usvojena je posebna *Direktiva 2013/11/EU Evropskog parlamenta i Saveta Evrope od 21. maja 2013. godine o alternativnom rešavanju potrošačkih sporova* (u daljem tekstu: *ADR*

⁹ U pitanju su dve preporuke Evropske komisije: Preporuka 98/257/EC od 30. Marta 1998. godine (eng. *Commission Recommendations on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes*) i Preporuka 2001/310/EC od 4. aprila 2001. godine (eng. *Commission Recommendations on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes*).

Direktiva).¹⁰ Svrha ove Direktive jeste da se, kroz postizanje višeg nivoa zaštite potrošača, omogući normalno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, pružanjem mogućnosti potrošačima da podnose pritužbe protiv trgovaca (nadležnim) telima,¹¹ u nezavisnim, nepristrasnim, transparentnim, efektivnim, brzim i pravičnim alternativnim procedurama.¹² Ona se primenjuje na (domaće i prekogranične) sporove potrošača¹³ (rezidenata EU) i trgovaca¹⁴ (osnovanih na teritoriji EU)¹⁵ na temelju ugovornih obaveza proizišlih iz (onlajn ili oflajn) prodaje proizvoda ili usluga, u svim ekonomskim sektorima, osim u sektoru zdravstva i obrazovanja.¹⁶ Dalje se navodi da se Direktiva odnosi *samo* na pritužbe potrošača protiv trgovaca, ali ne i na pritužbe trgovaca protiv potrošača, niti između samih trgovaca.¹⁷

Zatim, države članice su u obavezi da potrošačima omoguće pristup alternativnim procedurama pred nadležnim ADR telima,¹⁸ tako što će osigurati da ta tela: uspostave svoj veb-sajt sa jednostavnim pristupom informacijama o tim procedurama i koji omogućava potrošačima da elektronskim putem podnose pritužbe sa pratećom dokumentacijom; omoguće potrošačima podnošenje pritužbi oflajn; omoguće razmenu

10 DIRECTIVE 2013/11/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, Retrieved, 10, April 2017, from: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=L:2013:165:0063:0079:EN:PDF>

11 Pod *ADR telom* podrazumeva se bilo koje telo (sa bilo kojim nazivom), osnovano na dugoročnoj osnovi, koje pruža mogućnost rešenja spora u alternativnoj proceduri (čl. 4(1h) Direktive).

12 Čl. 1 Direktive.

13 *Potrošač* označava svako fizičko lice koje postupa u svrhu koja je izvan njegovog zanimanja, poslovanja, zanata ili profesije (čl. 4(1a) Direktive).

14 Pod *trgovcem* se podrazumeva fizičko ili pravno lice, u privatnoj ili državnoj svojini, koje se, direktno ili preko drugog lica (koje radi u njegovo ime i za njegov račun) bavi sopstvenom trgovinom, biznisom, zanatom ili profesijom (čl. 4(1b) Direktive).

15 Ako je trgovac *fizičko lice*, mestom osnivanja smatra se *mesto poslovanja*. Ako je trgovac *preduzeće ili drugo pravno lice ili udruženje fizičkih ili pravnih lica*, mesto osnivanja vezuje se za sedište (predviđeno statutom), mesto glavne uprave ili mesto poslovanja, uklju čujući i filijale, agencije ili bilo koji drugi vid oblika organizovanja (čl. 4(2) Direktive).

16 St. 16 preambule i čl. 2 Direktive.

17 St. 16 preambule i čl. 2 Direktive.

18 Pri tom, ako ADR telo nije u mogućnosti da spor uzme u razmatranje, države članice nisu o obavezi da potrošačima omoguće pristup *drugom ADR telu* (čl. 5(6) Direktive).

informacija između strana u sporu elektronskim putem ili poštom; prihvate da rešavaju i domaće i prekogranične sporove; preuzmu neophodne mere za zaštitu podataka o ličnosti strana u sporu, itd.¹⁹

U skladu sa ovom direktivom, ADR tela imaju pravo da uspostave takva proceduralna pravila koja im omogućavaju da *ne* uzmu u razmatranje sporove, ako, recimo, potrošači nisu prethodno pokušali da se obrate trgovcu i u direktnim pregovorima sa njim pokušali da reše sporna pitanja; ako je u pitanju neozbiljan ili šikanirajući spor; ako je spor prethodno bio iznet pred drugim ADR telom ili sudom; ako je vrednost zahteva (u pritužbi) iznad ili ispod unapred definisanog novčanog limita;²⁰ ako potrošač nije podneo pritužbu u određenom roku;²¹ ako je u pitanju takav spor koji bi ugrozio efektivno funkcionisanje ADR tela.²² U svim ovim slučajevima, ADR telo je u obavezi da, u roku od tri nedelje od momenta podnošenja pritužbe, potrošačima pruži razumno objašnjenje zašto spor nije uzet u razmatranje.²³

Radi zaštite prava potrošača i nesmetanog funkcionisanja ADR tela, države članice su u obavezi da osiguraju da u njima rade lica koja imaju potrebna stručna znanja, kao i da su nezavisna i nepristrasna.²⁴

S tim u vezi, u samoj Direktivi posebno se razrađuju sledeći principi: transparentnost, efektivnost, pravičnost, dobrovoljnost i legalitet.²⁵

Pod *transparentnošću* se podrazumeva jednostavan i brz pristup informacijama na veb-sajtu, a koje se odnose na: adresu (uključujući i elektronsku) ADR tela; lica zaposlena u ADR telu, način njihovog izbora i dužinu njihovog radnog odnosa; proceduralna pravila ADR postupaka; jezik na kome se može podneti pritužba i na kome se odvija procedura; pravila koja ADR telo može koristiti kao osnovu za razrešenje spora (pravna pravila, pravila ponašanja, itd.); troškove postupka, prosečnu dužinu trajanja ADR postupka; izvršnost odluke ADR tela; godišnji izveštaj o radu, itd.²⁶ Pod *efektivnošću* se podrazumeva: dostupnost

19 Čl. 5(1, 2) Direktive.

20 Ovaj limit ne sme da bude postavljen tako da potrošačima *značajno ugrožava* pristup A DR telu (čl. 5(5) Direktive).

21 Ovaj rok ne može biti određen *kraće od godinu dana*, računajući od momenta podnošenja pritužbe trgovcu.

22 Čl. 5(4) Direktive.

23 Čl. 5(4) Direktive.

24 Čl. 6 Direktive.

25 Čl. 7, 8, 9, 10 i 11 Direktive.

26 Čl. 7(1, 2) Direktive.

i jednostavan pristup onlajn i oflajn proceduri (obema stranama u sporu); pravo strana u sporu da angažuju advokate ili pravne savetnike u svrhu zastupanja, pomoći ili dobijanja nezavisnih pravnih saveta u bilo kojoj fazi postupka; besplatan pristup ADR proceduri ili uz simboličnu naknadu; obaveštenje strana u sporu o svim relevantnim informacijama u vezi sa pritužbom; obaveza javnog oglašavanja ishoda ADR postupka u roku od 90 dana²⁷ od dana prijema (kompletne) pritužbe.²⁸

Pravičnost se odnosi, pre svega, na mogućnost strana u sporu da izraze svoje mišljenje, ali i da budu obavestene o argumentima, dokazima, dokumentima i činjenicama koje iznosi druga strana, kao i o izjavama i mišljenjima veštaka (ekspertata). Osim toga, strane treba da budu obavestene o tome da nemaju obavezu da angažuju advokate ili pravne savetnike, da mogu odustati od daljeg toka postupka u bilo kojoj fazi, da ne moraju da prihvate predloženo rešenje spora, da mogu zaštitu svojih prava da potraže i na sudu (nezavisno od učešća u ADR postupku), o pravnim efektima sporazuma, kao i o ishodu samog postupka (u pisanoj ili digitalnoj formi).²⁹ *Dobrovoljnost* se odnosi na to da *ex ante* zaključeni sporazum između trgovca i potrošača o rešenju (potencijalnih) sporova pred ADR telom *nije obavezujući za potrošača* i ne isključuje njegovo pravo da zaštitu zatraži pred sudom. Takođe, ovaj princip podrazumeva i to da odluka ADR može biti obavezujuća za strane u sporu *samo* ako su unapred informisane o tome i pristale na takav način rešenja spora.³⁰ Konačno, *legalitet* se odnosi na to da odluka ADR tela ne može da isključi zaštitu potrošača prema pravnim aktima država članica u kojima potrošač i trgovac imaju prebivalište.³¹

Zatim, čitavo podglavlje III Direktive posvećeno je *informisanju* potrošača od strane trgovaca o ADR procedurama, *pomoći* potrošačima da zaštitu prava ostvare na alternativan način (naročito kada je reč o prekograničnim sporovima), *kooperaciji i razmeni najbolje prakse ADR tela* iz različitih zemalja, kao i *saradnji ADR tela i nacionalnih tela* zaduženih za primenu pravnih akata EU o zaštiti potrošača. Konačno, podglavlje IV Direktive odnosi se na nadležnost nacionalnog resornog tela (eng. *competent authority*) zaduženog za primenu ove Direktive na nacionalnom, regionalnom ili lokalnom novou u svim državama

27 U vrlo složenim sporovima, rok se može produžiti, uz obavezu obaveštenja strana u sporu, i predočavanja očekivanog vremena potrebnog za okončanje spora.

28 Čl. 8 Direktive.

29 Čl. 9 Direktive.

30 Čl. 10 Direktive.

31 Čl. 10 Direktive.

članicama. Detaljno je razrađena nadležnost ovog tela u pogledu saradnje i razmene informacija sa ADR telima i Evropskom komisijom. Recimo, ADR tela imaju obavezu podnošenja izveštaja nacionalnom resornom telu o broju sporova, vrstama pritužbi, prosečnom vremenu potrebnom za okončanje spora, itd.

Predviđena je obaveza da sve države članice do 9. jula 2015. godine donesu potrebne akte radi implementacije ove Direktive u njihova nacionalna zakonodavstva, kao i obaveza da, do 9. jula 2019. godine (i svake četvrte godine nakon toga), Evropska komisija podnese izvešaj o primeni ove Direktive Parlamentu, Savetu i Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu. U izveštaju fokus treba da bude stavljen na razvoj ADR tela i stepen korišćenja ADR procedura, kao i na efekte same Direktive na svest potrošača o korišćenju ADR metoda i na stepen prihvatanja ovih metoda od strane trgovaca.

3.2. ORS Uredba: sažeti prikaz

Drugi pravni akt EU značajan za ovu oblast jeste *Uredba 524/2013 Evropskog parlamenta i Saveta od 21. maja 2013. godine o onlajn rešavanju potrošačkih sporova* (u daljem tekstu: *ORS Uredba*).³² U preambuli ORS Uredbe³³ navodi se da je *digitalna dimenzija* unutrašnjeg tržišta postala od vitalne važnosti za potrošače i trgovce, budući da se uvećava broj potrošača i trgovaca koji kupuju, odnosno prodaju proizvode ili usluge onlajn. Dalje se naglašava potreba potrošača i trgovaca za sigurnim onlajn poslovanjem, zbog čega je važno ukloniti postojeće prepreke i uvećati sigurnost potrošača, pri čemu *pouzdan i efikasan onlajn sistem rešavanja sporova* (naročito prekograničnih) može značajno doprineti ostvarenju tog cilja. ORS sistem predstavlja jednostavan, efikasan, brz i jeftin način rešavanja sporova koji proizilaze iz onlajn transakcija.³⁴

ORS Uredba se primenjuje na vansudsko rešavanje sporova inicirano od strane potrošača (rezidenata EU) protiv trgovaca (osnovanih na

32 Regulation (EU) No 524/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR), Retrieved,

10, April 2017, from [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0001:0012:EN:PDF)

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0001:0012:EN:PDF

33 St. 6 preambule Uredbe.

34 St. 8 preambule Uredbe.

teritoriji EU),³⁵ a koje (rešavanje) je regulisano ADR Direktivom.³⁶ Dakle, ORS Uredba samo dalje razrađuje sistem alternativnog rešavanja sporova regulisan ADR Direktivom, sa naglaskom na *onlajn rešavanje sporova između potrošača i trgovaca*, ali ne i samih trgovaca.³⁷ Zato se u čl. 1 Uredbe navodi da je njena svrha da se, kroz postizanje višeg nivoa zaštite potrošača, omogući normalno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, i posebno njegove *digitalne dimenzije, stvaranjem evropske onlajn platforme (ORS platforme)*.

U Uredbi su decidno navedene *funkcije* koje ova platforma treba da zadovolji, i to: da obezbedi elektronsku formu za podnošenje pritužbe; da informiše drugu stranu o pritužbi; da identifikuje nadležno ADR telo i da mu prebaci spor na rešavanje; da ponudi besplatan elektronski sistem upravljanja predmetima; da obezbedi prevod informacija relevantnih za rešenje spora; da obezbedi elektronsku formu pomoću koje ADR telo može da prenese relevantne informacije samoj platformi (recimo, o datumu prijema pritužbe, predmetu spora, datumu okončanja procedure, ishodu procedure³⁸); da obezbedi *sistem povratnih informacija (tzv. fidbek sistem)* koji omogućava stranama u sporu da iskažu svoje mišljenje o funkcionisanju ORS platforme i ADR tela koje je rešavalo spor; da učini javno dostupnim opšte informacije o ADR metodima i ADR telima, informacije o *ORS telu zaduženom za kontakt*,³⁹ statističke podatke o ishodima prethodno vođenih postupaka, o onlajn vodiču za korišćenje platforme.⁴⁰ Inače, sve relevantne informacije (recimo, o predmetu spora, stranama u sporu ili ishodu spora) čuvaju se u *elektronskoj bazi podataka*, o kojoj se stara Komisija; pristup tim podacima omogućen je, pod određenim uslovima, nadležnom ADR telu, ORS telu zaduženom za kontakt i Komisiji.⁴¹

35 Pod određenim uslovima (predviđenim u čl. 20(2) A DR Direktive), postoji i mogućnost rešavanja sporova iniciranih *od strane trgovaca protiv potrošača* (st. 10 preambule Uredbe).

36 St. 9 preambule Uredbe.

37 Podrazumeva se da je Uredba *ne odnosi na oflajn rešavanje sporova*.

38 Čl. 10(c) Uredbe.

39 To može biti, recimo, neka potrošačka organizacija ili neko drugo telo koje je svaka država članica u obavezi da odredi kao *telo zaduženo za kontakt*, i o tome obavesti Komisiju. Uloga ovog tela, u kome rade bar dva edukovana ORS savetnika, jeste da pruži podršku za rešenje spora pokrenu tog pritužbom preko ORS platforme. Cilj je uspostaviti *mrežu ovih tela* na nivou EU (čl. 7 Uredbe).

40 Čl. 5(4) Uredbe.

41 Čl. 11 i 12 Uredbe.

ORS Uredba predviđa i obavezu trgovaca da na svojim veb-sajtovima obezbede elektronsku vezu sa ORS platformom, kao i da označe svoje imejl adrese. Ova veza treba da bude dostupna potrošačima na jednostavan način. S druge strane, trgovci su u obavezi da informišu potrošače o ovoj platformi i mogućnosti rešenja spora tim putem. Ove informacije treba da budu sadržane i u opštim uslovima poslovanja koji se primenjuju na ugovore iz onlajn kupovine proizvoda ili usluga.⁴²

Konačno, predviđena je i obaveza da Komisija jednom godišnje podnosi izveštaj o funkcionisanju ORS platforme Parlamentu i Savetu, kao i izveštaj o primeni ove uredbe, na svake tri godine, računajući od početka njene primene (9. januar 2016. godine).⁴³

Praktično gledano, ova platforma predstavlja *interaktivni veb-sajt* koji omogućava jedinstven pristup potrošačima i trgovcima da vansudskim putem reše sporove proistekle iz onlajn transakcija. I potrošači i trgovci mogu, u slučaju spora, preko ove platforme da podnesu pritužbu u elektronskoj formi na bilo kom od 23 zvanična jezika kojima se služe institucije EU. Kada pritužba potrošača bude podneta, ona se prosleđuje drugoj strani u sporu (trgovcu), koja *predlaže ADR telo* za rešenje spora. Kada dogovor o ovom pitanju bude postignut (u roku od 30 dana), platforma automatski prebacuje pritužbu (samim tim i spor) izabranom ADR telu. Sama platforma sadrži *elektronski sistem upravljanja sporovima* koji omogućava ADR telu da sprovede proceduru rešavanja spora (bez obaveze da to učini). Rečju, ADR telo u potpunosti rešava spor elektronskim putem i to u roku od 90 dana.⁴⁴

4. Primeri dobre prakse onlajn rešavanja sporova

Dvadeset sedam članica EU obavestilo je Evropsku komisiju da je u potpunosti implementiralo ADR Direktivu u svoja nacionalna zakonodavstva i formiralo ORS telo zaduženo za kontakt, dok je 24 članica EU prosledilo svoje (nacionalne) liste ADR tela Evropskoj komisiji. Tokom 2017. godine platformi će pristupiti i Norveška, Lihtenštajn i Irska. Do danas, 260 ADR tela iz evropskih zemalja registrovano je na ovoj platformi. Inače, sama ORS platforma počela je aktivno sa radom 15. februara 2016. godine. Tokom prve godine rada, preko 24.000 potrošača podnelo je pritužbe, od kojih se više od trećine

42 Čl. 14 Uredbe.

43 Čl. 21 Uredbe.

44 St. 18 preambule Uredbe i *Factsheet on the ODR platform*, Retrieved, 5, April 2017, from: http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/docs/adr-odr.factsheet_web.pdf

odnosilo na prekograničnu trgovinu u okviru EU. Većina sporova ticala se kupovine garderobe i obuće, avionskih karata ili tehnoloških proizvoda. Recimo, italijanski kupac je uputio pritužbu zbog uočenog nedostatka tehnološkog proizvoda, kupljenog elektronskim putem od belgijskog trgovca. Platforma je prosledila pritužbu nadležnom ADR telu u Belgiji i italijanski kupac je obeštećen.⁴⁵

Pored ORS platforme na nivou Evropske unije, i pojedine kompanije imaju uspešno razrađene platforme za rešavanje sporova proisteklih iz elektronske trgovine. Recimo, svetski poznata kompanija *Ebay*, koja omogućava onlajn aukcijsku prodaju i kupovinu proizvoda i usluga preko interaktivnog veb-sajta,⁴⁶ istovremeno pruža mogućnost onlajn rešavanja sporova u česnicima elektronske trgovine. Takođe, druga svetska kompanija *Alibaba*⁴⁷ svakodnevno rešava elektronskim putem *oko milion sporova*, pri čemu je 70% ovih sporova rešeno bez ikakve ljudske intervencije (Verdonschot, 2016).

I u zemljama *van EU* u sve većoj meri razvijaju se platforme za onlajn rešavanje različitih vrsta sporova, a ne samo onih koji se vezuju za elektronsku trgovinu. Recimo, u Britanskoj Kolumbiji (Kanada), Društvo za pravne usluge ove države (*Legal Services Society of British Columbia*) razvilo je posebnu platformu (*MyLawBC*)⁴⁸ koja omogućava ljudima da dođu do korisnih informacija i „alata” u svrhu rešavanja različitih pravnih problema. Ovaj servis nudi i mogućnost samopomoći u svrhu razvoda.⁴⁹

Onlajn inovacije postoje i u pravosuđu pojedinih zemalja. Recimo, u Engleskoj i Velsu postoje programi za razvoj *onlajn sudova* u krivičnoj materiji⁵⁰ ili u građanskoj materiji (za sporove manje vrednosti).⁵¹ Ovakvi sudovi olakšavaju strankama pristup pravosuđu i pretežno repliciraju postojeću sudsku proceduru u digitalnom okruženju. No,

45 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-727_en.htm

46 <http://www.ebay.com/>

47 <https://www.alibaba.com/>

48 <http://mylawbc.com/>

49 Veoma razvijen onlajn servis u s lu čaju razvoda postoji u Holandiji (Dutch Rechtwijzer Divorce platform). Detaljnije o tome: <http://www.hiil.org/insight/rechtwijzer-press-release>

50 Detaljnije: <https://www.lawgazette.co.uk/news/digital-courts-get-green-light-in-1bn-initiative/5057639.fullarticle>

51 Detaljnije: <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/government-judges-urge-lawyers-innovate-era-online-justice-fixed-fees-approaches>

osim ovih inovacija, postoji tendencija razvoja inovativnih metoda koji bi približili onlajn sudove i ADR metode (sa minimalnom asistencijom advokata) i to za sporove vrednosti do 25.000 funti.⁵²

5. Stanje i perspektiva onlajn alternativnog rešavanja sporova u Srbiji

U Srbiji, tradicionalno (oflajn) alternativno rešavanje konflikata i sporova na daleko je niži na lestvici nego u zemljama Evropske unije, SAD, Velike Britanije ili Kanade. Kao što je u uvodu naglašeno, naši građani, iz brojnih razloga, i dalje ostaju privrženi sudskom načinu rešavanja sporova. S obzirom na nerazvijenost tradicionalnih oblika alternativnog rešavanja sporova, *onlajn alternativno rešavanje sporova*, kao korak napred u razvoju ADR metoda u svetu, u našoj zemlji tek je u začetku.

Tako se kod nas (i u okruženju) mogu pronaći pojedine platforme za onlajn alternativno rešavanje sporova. Recimo, može se medijacija zakazati onlajn ili se pak mogu postavljati pitanja medijatoru elektronskim putem. Takođe, postoji mogućnost rada stranaka sa medijatorom preko *Skajpa* iz prostorija lokalnog medijacijskog centra ili advokatske kancelarije koja je tehnički opremljena za onlajn medijaciju.⁵³ Zatim, i pojedine specijalizovane platforme za elektronsku trgovinu, kao što su Limundo ili Kupindo,⁵⁴ predviđaju mogućnost pokretanja postupka reklamacije proizvoda na osnovu *žalbe*, u kome pružalac usluge platforme, nakon provere navoda žalbe, *donosi odluku* u koristi prodavca ili kupca. Ovde je u pitanju svojevrsna *onlajn arbitraža*.

U budućnosti treba očekivati dalji razvoj različitih onlajn platformi i u Srbiji po uzoru na zemlje Evropske unije, kao i intenzivnije korišćenje evropske onlajn platforme od strane naših građana radi rešavanja prekograničnih sporova proisteklih iz elektronske trgovine. Dalji razvoj ovih platformi može se očekivati najpre između učesnika elektronske trgovine na domaćem onlajn tržištu, a potom i u drugim oblastima društvenog života u kojima može doći do različitih vrsta konflikata i sporova (recimo, u slučaju razvoda braka). Upravo bi to trebalo da doprinese afirmaciji alternativnog (i mirnog) načina rešavanja konflikata i sporova, preko potrebnog našoj zemlji i

52 <https://www.lawgazette.co.uk/law/briggs-online-court-needs-minimal-assistance-from-lawyers/5056850.article>

53 Videti: <https://medijator.com/medijacija/>

54 Videti: <http://www.limundo.com/>, <https://www.kupindo.com/>

građanima. Uslov da se to desi jeste šire *informisanje* naših građana o ovoj mogućnosti i prednostima onlajn alternativnog rešavanja sporova u odnosu na tradicionalne metode rešavanja sporova. To je zadatak nadležnih institucija, pre svega, Ministarstva pravde, ali i nevladinog sektora koji se bavi ovom oblašću. Konačno, alternativno rešavanje sporova može biti i veoma lukrativno (kao što je to slučaj u Americi), te i pojedina domaća pravna lica mogu prepoznati interes u tome, što indirektno može koristiti građanima u slučaju različitih konflikata ili sporova.

6. Zaključak

Ispitujući stanje u vezi sa (onlajn i oflajn) primenom ADR metoda na evropskom tlu, jasno se uviđa „živa“ aktivnost institucija EU na planu poboljšanja te primene i promocije mirnog i efikasnog načina rešavanja sporova. Donošenje i primena dvaju ključnih pravnih akata (ADR Direktive i ORS Uredbe) govori u prilog ovoj tezi. S druge strane, sudeći po početnom uspehu u razvoju jedinstvene evropske ADR platforme, perspektiva deluje poprilično svetlo.

Kod nas, stanje u vezi sa primenom ADR metoda nije zadovoljavajuće, ali novi zakonski okvir stvara *određene* pretpostavke za poboljšanje takve situacije. Nadležne institucije rade ubrzano na promociji medijacije, koja bi, zajedno sa poboljšanom edukacijom medijatora, trebalo da doprinese većoj frekvenciji njenog korišćenja. Prepreke na ostvarenju tog cilja u većoj meri su *vanpravne prirode* (pre svega, misli se na edukaciju i informisanje građana o mirnom načinu rešavanja sporova, kulturološke barijere i neprepoznavanje lukrativnog karaktera ove delatnosti), koje, ako se ne otklone, i ubuduće mogu da budu aktuelne. Iz tog razloga, u ovom radu je iznet predlog za intenzivnije korišćenje onlajn sistema alternativnog rešavanja sporova u oblasti e-trgovine, ali i u drugim oblastima, budući da u njemu prepoznamo *još jedan* pogodan mehanizam promocije ADR metoda kod nas. Praksa evropskih (i drugih) zemalja nas uverava da je ovaj predlog celishodan.

Literatura

Commission Recommendations of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (2001/310/ EC)

Commission Recommendations of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (98/257/EC)

DIRECTIVE 2013/11/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, Retrieved, 10, April 2017, from

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF>

Evropska komisija (2011). *COMMISSION STAFF WORKING, PAPER IMPACT ASSESSMENT, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for consumer disputes (Directive on consumer ADR) and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Online Dispute Resolution for consumer disputes (Regulation on consumer ODR) Dispute Resolution for consumer disputes (Directive on consumer ADR)*. 29.11.2011 SEC(2011) 1408 final, Brussels.

Factsheet on the ODR platform, Retrieved, 5, April 2017, from http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/docs/adr-odr.factsheet_web.pdf

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-727_en.htm

<http://mylawbc.com/>

<http://nums.rs/>

<http://www.ebay.com/>

<http://www.hiil.org/insight/rechtwijzer-press-release>

<http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/government-judges-urge-lawyers-innovate-era-online-justice-fixed-fees-approaches>

https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/consumer-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net-network/about-fin-net_en

<https://medijator.com/medijacija/>

<http://www.limundo.com/>

<https://www.kupindo.com/>

<https://www.alibaba.com/>

<https://www.lawgazette.co.uk/law/briggs-online-court-needs-minimal-assistance-from-lawyers/5056850.article>

<https://www.lawgazette.co.uk/news/digital-courts-get-green-light-in-1bn-initiative/5057639.fullarticle>

Mojašević, A. (2014a). *Ekonomska analiza medijacije: teorijsko-empirijska studija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Mojašević, A. (2014b). Efikasnost (sudske) medijacije u Srbiji u odnosu na pojedine evropske zemlje. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 68(LIII). 773–790.

Mojašević, A. (2014v). Ekonomska analiza pojedinih rešenja iz Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 66(LII). 257–274.

Regulation (EU) No 524/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR), Retrieved, 10, April 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0001:0012:EN:PDF>

Verdonschot, J. H. (2016). Online Mediation and Dispute Resolution: Legal and Practical Issues. In *The Implementation of the Mediation Directive*. WORKSHOP 29 November 2016. Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs. [Electronic version]. Retrieved, 18, April 2017, from

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf)

Zakon o elektronskoj trgovini, *Službeni glasnik RS*. br. 41 (2009) i 95 (2013).

Zakon o posredovanju – medijaciji. *Službeni glasnik RS*. br. 18 (2005). Zakon o posredovanju u rešavanju sporova. *Službeni glasnik RS*. br. 55 (2014).

Aleksandar S. Mojašević, LL.D

*Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

Ljubica Nikolić, LL.D.

*Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

ONLINE DISPUTE RESOLUTION AND ELETRONIC COMMERCE

Summary

In this paper, the analysis focuses on various modern forms of online dispute resolution (ODR), in disputes arising between the parties involved in electronic commerce. This article is based on two well-established facts: 1) the global application of alternative dispute resolution methods (ADR), stemming from the development of modern technology; and 2) the extensive use of online platforms for settling disputes between the parties in electronic commerce at the European level. The aim of this paper is to thoroughly examine how and to what extent the development of technology has led to the global application of alternative dispute resolution methods, what kind of impact it had on transforming the traditional ADR forms, and what kind of course was taken in this process. In particular, we focus on the Online Dispute Resolution (ODR) platform, a web-based platform developed by the European Commission for conciliatory out-of-court resolution of consumer disputes between consumers and commercial traders from European countries. Finally, we examine the state of modern online dispute resolution systems as well as the prospects of their application in the Republic of Serbia.

Keywords: *Online Dispute Resolution (ODR), Alternative Dispute Resolution (ADR), technology, electronic commerce.*

Dr Marko Dimitrijević,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776659D

UDK: 336.132.2

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

MONETARNI SUVERENITET U USLOVIMA GLOBALIZOVANIH EKONOMSKIH I FINANSIJSKIH ODNOSA*

Apstrakt: Predmet analize u ovom radu jeste sagledavanje koncepta monetarnog suvereniteta u uslovima globalizovanih ekonomskih i finansijskih odnosa. U tom kontekstu se u prvom delu rada ukazuje na pojam monetarnog suvereniteta, njegove komponente, principe monetarnog prava koji determinišu njegov domašaj, kao i na implikacije prema monetarnoj stabilnosti privrednog sistema koja sve više dobija karakteristike čistog javnog dobra. U drugom delu rada, ukazuje se na tendenciju ograničavanja određenih komponenti monetarnog suvereniteta na koje države (ne)pristaju prilikom zasnivanja članstva u monetarnoj uniji, što se najbolje uočava na primeru Evropske monetarne unije i uticaja dužničkih kriza i novih institucionalnih modela makroekonomskog upravljanja na redefinisane postulata međunarodnog monetarnog prava i drugačije poimanje monetarnog suvereniteta u pravnoj empiriji. Predmet naročite pažnje jeste uloga Međunarodnog monetarnog fonda na manifestaciju monetarnog suvereniteta država članica, uz sagledavanje mehanizama za rešavanje sukoba nacionalnih monetarnih jurisdikcija u odsustvu norme međunarodnog javnog prava koja bi sprečila njegovu eksteritorijalnu dimenziju. Reglementiranje takve norme predstavlja, prema mišljenju autora, *conditio sine qua non* monetarne stabilnosti, jer u uslovima globalizovanih monetarnih tokova nacionalno monetarno pravo ne može ponuditi adekvatnu kolizionu normu.

Ključne reči: međunarodno monetarno pravo, monetarni suverenitet, globalizacija, Međunarodni monetarni fond, *lex monetæ*.

* markod1985@prafak.ni.ac.rs

** Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (D179046), koji finansira Ministarstvo prosvete i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. Uvod

U razmatranju monetarnog suvereniteta moramo uzeti u obzir i činjenicu da su se novčani sistemi u početku razvijali mimo države i da su savremeni oblici novca, poput novčanica i žiralnog novca, nastali i dugo vremena se razvijali u platnom prometu, a da ih je država kao zakonsku ispravu o dugu države i sredstvo plaćanja počela regulisati sa monetarno-pravnog stanovišta tek u njihovoj usavršenoj formi (Meichsner, 1981: 5–6). Zanimljivo je da, istorijski posmatrano, koncept monetarnog suvereniteta dugo vremena nije uživao priznanje od strane međunarodne zajednice, iako je reč o ključnom institutu međunarodnog monetarnog prava koji svoju opravdanost i zaštitu eksplicitno nije pronašao ni u jednom članu *Sporazuma o osnivanju Međunarodnog monetarnog fonda* (MMF). Zapravo, prvo oficijalno priznanje ovog koncepta nema svoj izvor u jurisprudenciji, već u judikaturi nekadašnjeg Stalnog suda međunarodne pravde (eng. Permanent Court of International Justice), i to u presudi vezanoj za legitimitet javnog zajma u slučaju *Francuske protiv Srbije* (gde se eksplicitno priznaje pravo države da samostalno i u potpunosti reguliše sva pitanja vezana za definisanje i upotrebu domaće valute).¹

Savremena ograničenja (kako pravne, tako i ekonomske prirode), koja determinišu opseg suverenih monetarnih ovlašćenja države, bila su predmet sveobuhvatnih analiza i tumačenja u raznolikoj pravnoj, ekonomskoj i politikološkoj literaturi. U današnjim okolnostima većina autora stala je na stanovište da se koncept monetarnog suvereniteta ne može razmatrati kao statički, koji bi se prosto sveo na skup kataloških ovlašćenja, tj. prava države i drugih javnopravnih kolektiviteta u monetarnom saobraćaju. Sa druge strane, u uslovima postojanja monetarnih unija, značajan broj autora zagovara tezu o intenzivnoj „eroziji monetarnog suvereniteta“, koji prema njihovim shvatanjima postoji samo u figurativnom smislu i prema tome ništa više osim „mitskog“ karaktera. Svakako da u globalizovanim ekonomskim i finansijskim odnosima dolazi do transformacije koncepta monetarnog suvereniteta, ali *stava smo* da se može govoriti samo o tendenciji evolucije istog, a ne o njegovom apsolutnom ili relativnom slabljenju, već više o prilagođavanju savremenim privrednim okolnostima i međunarodnim prilikama. Tako, možemo primetiti da monetarno pravo shodno maksimi *ex post facto ius oritur* svoje izvore sve više nalazi u nekim novim pravno-ekonomskim činjenicama koje oblikuju međunarodni

1 Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Serbia), Judgment of 12 July 1929, PJC Rep Series A Nos 20–21, at. 44.

monetarni agenti prilikom zaklju čivanja određenih međudržavnih sporazuma iz domena sekundarnog zakonodavstva, a koji u uslovima globalne ekonomske i finansijske krize obavljaju funkciju popunjavanja pravnih praznina u primarnim izvorima međunarodnog monetarnog prava. Iako koncept monetarnog suvereniteta svoje postojanje duguje naporima pravnih teoretičara da već ustaljen i dobro razvijen unutrašnji monetarni suverenitet monarha inkorporiraju u koherentan pravni okvir, mora se napomenuti da se sam koncept nikada nije poistovećivao sa nedodirljivim privilegijama monarha. *Ratio* njegovog nastanka bi trebalo potražiti u potrebi za *ex post* opravdanjem državnih ovlašćenja u novčanim odnosima u periodu kada dolazi do slabljenja centralne vlasti u gotovo svim državama (Zimmermann, 2013: 802).

Pravna ograničenja manifestacije monetarnog suvereniteta proizlaze iz običajnog međunarodnog prava i zaključenih međunarodnih sporazuma od kojih najveći uticaj ima Sporazum o MMF, tačnije, članovi *IV* i *VIII*, dok su najveća *ograničenja ekonomske prirode* oličena u posledicama globalizacije i produbljene integracije finansijskog tržišta. Pored pomenutih ograničenja, veliki uticaj u praksi imaju i faktička ograničenja koja eksplicitno nisu propisana, pa tako, npr. čl. *VI(3)* ostavlja mogućnost (pravo) državama članicama MMF-a da slobodno nameću (koriste) određene mere kontrole kretanja kapitala pod uslovom da je reč o mehanizmu koji ne ugrožava plaćanja za već tekuće transakcije. Svakako, činjenica je da kada se država odlu či na liberalizaciju kapitalnih tokova, eventualno uvođenje novih kontrola u budućnosti bi se pokazalao kao veliki ekonomski trošak koji će delovati destimulišuće (Zimmermann, 2013: 804). Mimo konvencionalnih ograničenja monetarnog suvereniteta (pravnih i ekonomskih), veliki domašaj imaju i nestandardna faktička ograničenja koja podrazumevaju prevlast ekonomskih zakonitosti nad pravnim propisima. Kada se monetarni sistem nađe u sukobu sa ekonomskom stvarnošću, kao oblik pravnog uređenja monetarni sistem može zadržati svoju aktuelnost, ali će *de facto* biti modifikovan u većoj ili manjoj meri. To samo potvrđuje tezu da se monetarni sistem države ne iscrpljuje u zakonskim i podzakonskim propisima, već su ga delimično sa faktičkim i pravnim učinkom dopunjavali i (ili) ga dopunjuju trgovačke uzanse, bankarski običaji, običaji plaćanja, kao i samo ponašanje građana pod konkretnom monetarnom jurisdikcijom (Meichsner, 1981: 7–10).

U analizi koncepta monetarnog suvereniteta može se primeniti *direktan* ili *indirektan metod* (Besson, 2004: 1–7). Prvi metod polazi od poimanja monetarnog suvereniteta kao elementa generalnog suvereniteta države koji mora biti nepovrediv i potpun, dok drugi metod polazi od toga da

sva suverena ovlašćenja (pa tako i monetarna), potiču sa istog izvora, odnosno kapaciteta nezavisnosti položaja svake države. Direktni metod je u praksi više korišćen i svoje opravdanje je dobio još 1923. godine kada je Stalni sud Međunarodne zajednice odlučivao u slučaju *SS Wimbledon*.² U literaturi se za koncept monetarnog suvereniteta navodi da je „esencijalno konkurentne prirode“, u smislu da ne izražava isključivo normativne standarde zbog čega se njegovo poimanje može razlikovati među pojedincima, a to vodi ka pojavi nesporazuma o optimalnom načinu efektivne implementacije u praksi, tj. značenja koncepta *per se* (Besson, 2004: 1–16).

2. O pojmu i pravnoj prirodi monetarnog suvereniteta

Koncept monetarnog suvereniteta u praksi ispoljava obeležja *dualne prirode*, pa tako pored *pozitivnih* komponenti obuhvata i *normativne* komponente. Kao takav koncept monetarnog suvereniteta predstavlja mnogo više od „pukog“ okvira ovlašćenja i dužnosti države u oblasti nacionalnih i međunarodnih monetarno-pravnih odnosa (Zimmermann, 2003: 797–806). U uslovima globalizovanih ekonomskih i finansijskih tokova ovaj koncept vrši funkcije pravnog repera za evaluaciju savremenih načina implementacije suverenih ovlašćenja države u oblasti monetarnih obligacija, koji nam pomaže da proniknemo u suštinu kompleksnih i heterogenih faktora koji oblikuju norme međunarodnog monetarnog prava.

Savremeni koncept monetarnog suvereniteta nesumnjivo prati konceptualni kontinuitet doktrinarnog i istorijskog porekla klasičnog monetarnog suvereniteta, ali je u svojoj osnovi danas izrazito *dinamičan*, jer njegove pozitivne i normativne komponente neprekidno evoluiraju u uslovima međunarodnog ekonomskog okruženja. Karakteristike savremenog monetarnog suvereniteta jesu: suštinska *kompleksnost* (mora obu hvatiti različite dimenzije svog značenja), *kriterijumski karakter* (ali uz odsustvo univerzalnog kriterijuma dosledne primene) i *normativnost*, jer izražava i uključuje međusobno različite vrednosti (Besson, 2004: 1–16).

Koncept monetarnog suvereniteta se ne može okarakterisati kao čisto pozitivan ili čisto normativan koncept, jer bi se u tom slučaju radilo o simplifikaciji činjenica i komponenti iz kojih je sastavljen. Monetarni suverenitet se ne može svesti samo na pozitivne komponente

² Case of *SS Wimbledon* (United Kingdom, France, Italy, Japan v. Germany), Judgment of 17 August 1923, PCIJ Rep Series A No. 1 at 25.

(u formi deskriptivnog kataloga regulatornih ovlašćenja države u monetarnim odnosima), jer u sebi inkorporira dinamične kategorije i vrednosti koje konstituišu reper legitimiteta delovanja monetarnih subjekata. To bi značilo da, u najužem smislu, monetarni suverenitet implicira postojanje svojevrsnog „javnog monetarnog menadžmenta države“ (eng. *public monetary management*), koji ne toleriše bilo kakve spoljašnje aktere, što se danas teško može održati. Rastuća ekonomska i privredna međuzavisnost i proces harmonizacije ekonomskog, finansijskog i monetarnog prava u Evropskoj uniji (EU), ipak ne govore u prilog odumiranja koncepta monetarnog suvereniteta (Dimitrijević, 2016: 416–426). Naprotiv, ove tendencije samo potvrđuju tezu o njegovoj evoluciji kroz jedan novi oblik (*sui generis*) suvereniteta u obliku zajedničkog vršenja ovlašćenja tzv. „kooperativnog monetarnog suvereniteta“ (Besson, 2004: 10). Takva promena je bila sasvim očekivana uzimajući u obzir činjenicu da pojedinačno države imaju velikih poteškoća da obezbede adekvatnu pravnu zaštitu svih konstitutivnih elemenata monetarnog suvereniteta, pa stoga pomenuti kooperativni model nadomešta sve slabosti nacionalne zaštite.

U slučaju EMU većina autora navodi da je jednostranost u prenošenju monetarnog suvereniteta realizovana bez kontekstualnog transfera legislativnih i regulatornih ovlašćenja. Tu činjenicu najbolje ilustruje centralizacija monetarne politike na komunitarnom nivou i finansijska supervizija koju i dalje vrše nacionalne centralne banke. Polemike koje se na tom planu vode nastaju iz razloga što je *lex monetae* prenet na nivo EMU, ali je njegova struktura veoma široka, pa tako obuhvata i superviziju platnog prometa (što bi se u najužem smislu trebalo podvesti pod strukturu *lex obligationis*), koja ostaje na nivou država članica EMU, ali je činjenica da je nacionalni manevarski prostor (barem u segmentu monetarne politike i politike upravljanja javnim dugom) značajno reduciran (Vardi, 2011: 45).

U razmatranju opravdanosti ove udružene manifestacije monetarnih ovlašćenja nužna je primena *testa supsidijarnosti* koji (ne)opravdava delovanje zajednice. Primenu ovog principa u praksi dodatno otežava njegova sadržinska neodređenost, kako u pravnom, tako i u ekonomskom smislu. U ekonomskom smislu, ovaj princip se često poistovećuje sa institucionalnom manifestacijom opšteg *principa komparativne prednosti* (Schafer, 2006: 46). Postojanje različitih „*standarda i tehnika*“ tumačenja, koji se zasnivaju na različitim ekonomskim pozicijama država članica i političkom uticaju, nameću potrebu uspostavljanja *jednoobraznosti* u primeni načela supsidijarnosti. Pravna nauka zagovara

primenu različitih mehanizama pomoću kojih se može poboljšati implementacija načela supsidijarnosti u oblasti monetarnog prava.

Retorička preispitivanja u vezi sa raspodelom kompetencija u domenu monetarnog suvereniteta mogu biti umanjena primenom tzv. „*testa funkcionalne supsidijarnosti*“ (Pelkmans, 2006: 250–251). Primena ovog testa obuhvata sukcesivnu primenu četiri koraka. *Prvi korak* podrazumeva identifikaciju pravne oblasti u kojoj mere i instrumenti nisu dali zadovoljavajuće rezultate. Ako je reč o oblasti koja potpada pod isključivu nadležnost Zajednice, test se napušta, ali je potrebno napomenuti da ovaj korak, iako inicijalan, može biti zahtevan za primenu zbog toga što je Mاستrihtski sporazum vrlo kompleksan. *Drugi korak* označava primenu kriterijuma eksternalija, ekonomije obima ili nekog drugog principa. Ukoliko države članice dobrovoljno sarađuju na rešavanju određenog problema, nema potrebe za intervencijom nadnacionalnog nivoa vlasti, pod uslovom da je saradnja verodostojna. U *trećem koraku*, potrebno je proveriti da li ima uslova da takva saradnja ostane verodostojna *pro futuro* ili nema, usled izloženosti različitim političkim interesima i previranjima. U *četvrtom koraku*, ukoliko konstantujemo da su prvi i drugi korak ispunjeni, a treći nije, nadležnost pripada Zajednici. Ukoliko postoji dovoljan broj uslova za kredibilnu međudržavnu kooperaciju, Zajednica ne mora intervenisati, pa samim tim nadležnost ostaje na nacionalnom nivou vlasti. Alternativni načini rešavanja nedostatka primene načela supsidijarnosti podrazumevaju stvaranje posebnih mehanizama tzv. „*ranog upozoravanja na primenu supsidijarnosti*“ (Cooper, 2006: 254). Ovaj mehanizam ima formu nove zakonodavne procedure, koja predviđa participaciju nacionalnih parlamenata država članica u stvaranju primarnog prava EU po prvi put. Tačnije, nacionalni parlamenti bi se, simbolično rečeno, stavili u ulogu „*psa čuvara*“ (eng. *watchdogs*) principa supsidijarnosti. Takva procedura bi omogućila predstavničkim telima država članica da iznesu sve primedbe u vezi sa evropskom legislativom za koju veruju da povređuje pravilo supsidijarnosti i to pre nego što se ista usvoji ili primeni.

Glavno pitanje u vezi sa manifestacijom monetarnog suvereniteta tiče se određivanja *locus-a*, tj. titulara suvereniteta. Tako se u monetarnoj literaturi mogu uočiti shvatanja po kojima suverenitet pripada nacionalnim vladama koje uživaju diskreciona ovlašćenja za njegovu koncizniju implementaciju ili pak implicira izvorna ovlašćenja građana koji ista delegiraju vladi ili međunarodnim organizacijama kroz određeni funkcionalni model. Upravo iz tog razloga predstavnici državne i sociopsihološke teorije o pravnom određenju pojma

novca imaju međusobno drugačija gledišta na strukturu i domašaj monetarnih ovlašćenja. U analizi monetarnog suvereniteta aktuelna pitanja se vezuju i za problem njegove normativne vrednosti, podru čja primene (geografskog i materijalnog) i načina implementacije, ali i veoma osetljivog pitanja prava država koje su ograničile svoj monetarni suverenitet pristupanjem monetarnim unijama (Hertogen, 2010: 243–266).

U cilju zaštite pravnog položaja ovih država neophodno je uložiti sve potrebne napore u segmentu prava država da samostalno određuju pravac i smer svog ekonomskog razvoja, odnosno prava da nepovredivo deluju i budu slobodne od mešanja od strane drugih država, tj. *de iure* prava da monetarano deluju (koje je institucionalizovano) i *de facto* slobode, koja nije fiksno zajemčena i zaštićena (Shwartz, 2004: 107–112). Praksa pokazuje da su koristi od punog monetarnog suvereniteta posebno dragocene državama sa rigidnijim ekonomskim sistemima, jer se tako lakše ublažavaju i predupređuju ekonomski potresi. U takvim okolnostima centralna banka vodi monetarnu politiku, dok vlada nastoji da ukloni sve barijere za slobodno odvijanje spoljnotrgovinskih tokova (Shwartz, 2004: 107–112). Uticaj pravnih normi na odabir optimalne monetarne politike je presudan u okolnostima kada država želi da povrati poljuljani kredibilitet u monetarnim odnosima, jer upravo jasno izražena pravna posvećenost vladu dovodi u „uravnoteženu bihevioralnu trajektoriju“ sa koje neće tako lako skrenuti u monetarnoj utakmici (Simmons, 2000: 819–835).

3. Uloga međunarodnih organizacija u realizaciji monetarnog suvereniteta

U razmatranju uloge MMF-a u ostvarivanju monetarne stabilnosti bitno je istaći da njegov glavni zadatak nije finansijska stabilnost, već ispunjavanje određenih ciljeva na terenu međunarodnih monetarnih odnosa. U okolnostima kada se MMF javlja kao glavni poverilac kod politike javnog zajma, to je značajno naglasiti, jer MMF predstavlja prevashodno monetarnu, pa tek onda finansijsku instituciju. Radi realizacije tih ciljeva, MMF koristi različite instrumente koji su primarno regulatorne prirode, te njima može u većoj ili manjoj meri uticati na način implementacije monetarnog suvereniteta konkretne države članice. Smisao svih instrumenata i mera koje se preduzimaju teži stvaranju standarda dobrog monetarnog poslovanja (eng. *good monetary conduct*), kao cilja kome sve države članice teže. Svakako, zasnivanjem članstva države preuzimaju i konkretne obaveze koje relativiziraju

domašaj i pravnu snagu nacionalnih monetarnih ovlašćenja, ali na to pristaju zarad sticanja određenih koristi koje proizilaze iz stabilnosti deviznog kursa i liberalizacije slobodnih deviznih plaćanja za tekuće međunarodne transakcije. Te koristi ogledaju se u prednostima koje proizilaze iz sigurnosti međunarodne monetarne saradnje i finansijske podrške koja se može očekivati u uslovima kriza. MMF trenutno okuplja 189 zemalja članica koje nastoje da ostvare produbljenu međunarodnu monetarnu saradnju, utvrde tokove međunarodne trgovine, promovišu visoku zaposlenost i održivi privredni rast uz smanjenje siromaštva u svetu. Značaj rada ove organizacije ogleda se u tome da je svojim odlukama i drugim aktima utvrdila svojevrsan *univerzalni pravni okvir* za implementaciju monetarnog suvereniteta (Zimmermann, 2003: 817).

Shodno navedenom, *možemo* primetiti da članstvo u MMF-u ne implicira automatsku i prinudnu primenu nacionalnog monetarnog suvereniteta, već se radi o deliberacionom samoograničenju na koje monetarni subjekti pristaju, ali gde svaka država može slobodno odlučiti o eventualnom izlasku iz članstva i uspostavljanju punog suvereniteta. Monetarna integracija sama po sebi ne znači i gubitak monetarnog suvereniteta, već više njegovo prilagođavanje u okolnostima čvrste koordinacije nacionalnih monetarnih politika zarad ostvarivanja određenih koristi, iako praksa pokazuje da u globalizovanim ekonomskim sistemima važi pravilo da što je država manja, manji je i intenzitet monetarnog suvereniteta (Angyal, 2009: 109–119). Mnogi monetaristi smatraju da je sa završetkom treće faze u formiranju EMU došlo samo do teorijskog gubitka monetarnog suvereniteta u državama članicama (sa izuzetkom *Nemačke*), ali ne i faktičkog. Ovakva shvatanja potvrđuje i činjenica da su sve države članice zadržale određeni stepen uticaja na monetarnu politiku koji se najbolje ogleda u realizaciji prava glasanja guvernera nacionalnih centralnih banaka u Upravnom odboru ECB.

Takođe, trebalo bi imati u vidu da države koje pored članstva u MMF-u formiraju i posebne regionalne unije u kojima se suverena monetarna ovlašćenja relativizuju u daleko višem stepenu, što se najbolje može uočiti na primeru EMU (Golubović, 2007: 1–12). Ipak, daleko veći stepen ograničenja postoji u državama članicama *Zapadnoafričke* i *Centralnoafričke monetarne unije* koje su integrisane na konzistentniji način bez delovanja nacionalnih centralnih banaka (Gianviti, 2006: 3–16). Veliki izazov u određivanju monetarnog suvereniteta u monetarnim unijama jeste merenje nivoa preostalog monetarnog suvereniteta i određivanje granica među članicama, jer se teško može odrediti gde

se zapravo završava suverenitet jedne države članice, a gde počinje monetarni suverenitet druge države članice.

Država, kao titular monetarnog suvereniteta uživa primarno *tri ekskluzivna pravna ovlašćenja*, koja obuhvataju: pravo definisanja domaće valute (i izricanje krivičnih sankcija za neposredno ili posredno istiskivanje iste iz prometa – *lex cudenate monetae*), pravo određivanja i promene vrednosti domaće valute (kao i institucionalno regulisanje domaćeg bankarskog sistema) i pravo upotrebe domaće ili bilo koje druge valute u monetarno-pravnim odnosima unutar svoje teritorije (Mann, 2004: 90–95).

a) *Prvo ovlašćenje* odgovara ulozi novca kao sredstva plaćanja, dok drugo ovlašćenje odgovara funkciji novca kao sredstva obračuna. Pravo države da samostalno razmatra sva pitanja vezana za definisanje i izdavanje domaće valute zaštićeno je običajnim međunarodnim pravom i odredbama *Ženevske konvencije* (1929) u čemu *možemo primetiti* da je ovo ovlašćenje preduslov realizacije preostala dva prava i stoga je podvrgnuto strogoj pravnoj zaštiti. Ovo pravo je u osnovi čisto monopolističko (najšireg obima) i pripada centralnoj banci kao vrhovnoj monetarnoj instituciji, što implicira donošenje zakona kojima se regulišu interna i eksterna dimenzija novca, kreditni sistem, sistem plaćanja i kliringa (Lastra, 2015: 340–343).

Mada je zaštita nesporna u mirnodopskim okolnostima, postavlja se pitanje šta se dešava sa objektom zaštite u ratnim okolnostima i da li se tada mogu primeniti odredbe *Haške konvencije* (1907) koje zabranjuju promenu valutnog sistema u okupiranim državama od strane okupatora? Zanimljivo je gledanje prema kome je promena valutnog sistema u posleratnoj *Nemačkoj* od strane sila alijansi opravdana činjenicom da je prethodna država kao takva prestala da postoji i da nema mesta primeni odredaba konvencije, dok je za vreme krize u *Iraku*, Savet bezbednosti UN pozvao na poštovanje iste Konvencije. Na osnovu ovih primera uočava se da uvođenje nove valute *per se* ne predstavlja kršenje odredaba Haške konvencije u delu koji se tiče preduzimanja ekonomskih mera u oblasti monetarnog sistema, pa će dopuštenost mere biti procenjivana u zavisnosti od svog eventualnog konfiskatornog karaktera i interesa zaštite javnih dobara, jer monetarna stabilnost *de facto* predstavlja javno dobro.

b) *Pravo određivanja vrednosti valute* na posebnoj aktuelnosti dobija kod upotrebe javnog duga (zajma) prilikom kapitalizacije budžetskog deficita. Promena vrednosti domaće valute ne predstavlja povredu

normi međunarodnog monetarnog prava i država se neće držati odgovornom za posledice prema poveriocima zajma, s tim što dopuštenost ovakvih promena dobija na posebnom značaju u slučajevima devalvacije i revalvacije domaće valute. Naravno, ukoliko je motiv realizacije ovog prava skopčan sa namernim prouzrokovanjem štete poveriocima zajma ili je u osnovi diskriminatoran, doći će do njegovog sužavanja u pravnom prometu. Upravo iz tog razloga se članovima IV i VIII Sporazuma o MMF utvrđuju ograničenja ovom ovlašćenju, u smislu zabrane primene zlatnog standarda, zabrane manipulisanja promenom vrednosti koja ugrožava efektivna plaćanja ili sticanja koristi i nelojalne konkurentske prednosti nad ostalim članicama, kao i zabranu uključenosti u praksu višestrukih deviznih kurseva. Kada su u pitanju eksteritorijalni efekti ovog ovlašćenja, princip monetarnog nominalizma vodi priznanju devalvacije i revalvacije sprovedene od strane države dužnika kada to utiče na vrednost obveznica denominiranih u toj valuti (Gianviti, Ibid).

Ipak, u određenim okolnostima može doći do pojave izuzetaka kada su se strane ugovornice eksplicitno dogovorile da takve promene neće uticati na njihove obaveze unošenjem valutne klauzule i tada će strana sudska odluka o efektima devalvacije (revalvacije) biti uslovljena kolizijom normom, interesima zaštite javnog poretka i slično. Tako je u slučaju *Messageries Maritimes* iz juna 1951. godine, francuski Kasacioni sud odbio da primeni odredbe kanadskog monetarnog zakona kojim je izvršena devalvacija kanadskog dolara radi izbegavanja važenja valutne klauzule, čime nije dozvoljeno priznavanje stranog (kanadskog) monetarnog zakona na domaćoj (francuskoj) teritoriji.³ Na osnovu ove sudske odluke možemo primetiti da pravo regulisanja i određivanja uslova održivosti valutnih klauzula ne proističe iz prava na određivanje vrednosti domaće valute. S tim u vezi u praksi se nameće pitanje koje pravo treba primenjivati kod valutnih klauzula sadržanih u ugovorima o javnom zajmu? U slu čaju norveškog javnog zajma iz 1957. godine, Međunarodni sud pravde je primenio norveški monetarni zakon kao *lex contractus* i time je dozvolio dužniku da se oslobodi određenih ugovornih obaveza ca čime se poverioci zajma ne mogu složiti. U slučaju brazilskog i srpskog javnog zajma, monetarni zakoni dužnika nisu priznati kao merodavni *lex contractus*, iako su monetarni zakoni poverioca javnog zajma (*Francuske*) zapravo imali ulogu *lex monetae*.

v) Kada je u pitanju pravo na upotrebu domaće valute u domaćem ili inostranom platnom prometu, moramo istaći da se odredbama različitih

3 U ovom slučaju radilo se o sporu vezanom za emisiju obveznica izdatih u *Kanadi* od strane francuske kompanije i denominiranih u kanadskim zlatnim dolarima.

međunarodnih ugovora ograničava opseg ovog prava (Sporazumom o MMF, Sporazumom o Svetskoj trgovinskoj organizaciji, vodećim principima Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj i ostalim prevashodno u duhu liberalizacije kapitalnih tokova). U određenim slučajevima moguće je da u cilju zaštite nacionalne ili međunarodne sigurnosti država zatraži od MMF odobrenje za punim uživanjem ovog prava mimo pomenutih principa, s tim što MMF u roku od 30 dana mora obavestiti konkretnu državu o opravdanosti takve mere (IMF, 2016). Čak i kada MMF nađe da je opravdano nametnuti takve mere, priznanje takvih ograničenja u inostranom monetarnom kontekstu može biti predmet brojnih sporova. Naime, priznavanje ograničenja upotrebe domaće valute u inostranstvu mora biti bazirano na principu *lex loci solutionis*, *lex contractus* ili čl. 7 *Rimske konvencije o ugovornim obligacijama*, ali se čak ni tada ne moraju priznati u određenim monetarnim jurisdikcijama i pored ispunjenja ovih uslova, tj. postojanja pravnog osnova za njihovu eksteritorijalnu primenu. Član VIII(2) Sporazuma o MMF nameće limitirana ograničenja u pogledu takve primene. Tako npr. u američkom monetarnom pravu pravo upotrebe korišćenja valute u inostranstvu je zasnovano i na nacionalnosti banaka u kojima se depoziti ostavljaju izvan SAD, zbog čega je svojevremeno došlo do zamrzavanja imovine *Irana* i *Iraka* na računima američkih banaka. Ipak, u poznatom slučaju tzv. „bankarske tajne“ iz 1989. godine, engleski sudija je odbio da prizna odredbe američkog Zakona o zamrzavanju zvanične imovine *Libije*, koja je bila čuvana u engleskim ekspoziturama američkih banaka.⁴ Slična rešenja u pogledu slobode država da čine pomenuta ograničenja postoje i u okolnostima opravdanosti učestvovanja na tenderima organizovanim u inostranstvu, gde domaći sudovi mogu, ali i ne moraju priznati efekte inostranim monetarnim zakonima prilikom odlučivanja o validnosti takvih pravnih poslova (Gianviti, 2006: 9–10).

Uloga međunarodnih institucija je pogotovo značajna u uslovima krize i ogleda se u određivanju novih standarda za usaglašeno vođenje fiskalne i monetarne politike (eng. *fine tuning*). Tako se MMF i Svetska banka zalažu za jačanje ovlašćenja nacionalnih finansijskih institucija, povećanje stepena participacije država članica u međunarodnoj monetarnoj saradnji, usvajanje petogodišnjih planova usklađivanja nacionalnih monetarnih politika, unošenje rezimea u svaki pojedinačni izveštaj o poštovanju i primeni finansijskih i računovodstvenih standarda uz permanentno prikupljanje informacija među različitim državama radi uporedne analize primene istih (Arner, 2007). Veliki izazov u budućem radu MMF tiče se efektivnosti mera koje preduzima, kao i legitimiteta

4 *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Company* (1989).

istih. Fondu mora pripadati centralno mesto u budućoj strukturi međunarodne finansijske arhitekture, ali uz primarno respektovanje njegovih monetarnih nadležnosti. Kritičari često ističu da u primeni mera finansijske podrške, MMF postavlja previše ekstenzivne zahteve za promenom nacionalnog monetarnog i finansijskog zakonodavstva, tj. da isuviše utiče na način koncipiranja sveopšte ekonomske politike. Preciznije rečeno, veliki izazov predstavlja pronalaženje optimalnog rešenja koje će istovremeno povećati stepen efektivnosti preduzetih mera, ali i ojačati sam kredibilitet postupanja. S obzirom na osetljivost država po pitanju zadiranja u vođenje ekonomske aktivnosti, zadatak Fonda kao monetarnog savetnika u uslovima krize često potiskuje njegovu ulogu zajmodavca, što najbolje pokazuje mali broj odobrenih mera. Takođe, može se uočiti da vlade, prisvajanjem programa mera MMF, ponekad trguju političkim kapitalom zarad ostvarivanja određenih političkih ciljeva gde se koncept vlasništva nad sopstvenom politikom simulovano predstavlja ugroženim zarad ostvarivanja unutrašnje i međunarodne likvidnosti (Uzan, 2005: 21–35).

Uloga pravnih instituta je u oblasti finansijskih i monetarnih tokova u periodu pre početka tranzicije početkom devedesetih godina prošlog veka imala samo marginalni značaj, zbog dominantnog uticaja makroekonomskih modela i planova. Ipak, koncept vladavine prava (eng. *rule of law*) je u tranzicionom periodu dobio veliki istorijski i praktični značaj. U uslovima globalizacije ovaj koncept se mora posmatrati u kontekstu monetarnog, fiskalnog i finansijskog suvereniteta, jer se upravo kroz adekvatne pravne standarde vrši sveobuhvatna harmonizacija pomenutih propisa koji proširuju kapacitete različitih jurisdikcija za privlačenje poželjnih finansijskih aktivnosti, tj. ulaganja kapitala (u smislu da strogo uređeni sistemi garantuju kredibilitnost, transparentnost i zaštitu već stečenih prava).

Priznavanje monetarnog suvereniteta presudom SSMZ (1929) je otvorilo prostor za inkorporiranje načela tzv. državne teorije o novcu (monetarnog nominalizma u ustave različitih zemalja poput SAD, Nemačke, pa čak i predviđenog Ustava o EU koji nije zaživeo). Za pristalice ovog pravca pitanje uređivanja monetarnih odnosa, slično pitanju uređenja poreskog sistema, spada u isključivu nadležnost države i kao takvo svoje priznanje nalazi u čl. 2(7) Povelje o UN. Međunarodno monetarno pravo mora biti usklađeno sa načelima međunarodnog javnog prava, što znači da norme međunarodnog monetarnog prava mogu biti predmet sporova pred Međunarodnim sudom pravde, što je i implicitno utvrđeno čl. 36 (2) Statuta ove sudske instance. Najnoviji primer takvih sporova vezuju

se za postupanje ECB u slučaju primene mera o kupovini obveznica na sekundarnom tržištu.⁵ Naime, mere koje ECB preduzima u uslovima krize odraz su novih nadležnosti iz domena vršenja kontrolne funkcije koje su usmerene kako na očuvanje monetarne, tako i na očuvanje finansijske stabilnosti (Golubović, 2014: 589–600). Izricanjem ove presude, ESP je indirektno potvrdio i nepovredivost prve komponente monetarnog suvereniteta, što je najbolji primer odsustva teze o eroziji monetarnog suvereniteta u EMU (Dimitrijević, 2017: 158–169).

Iako se u klasičnoj monetarnoj literaturi navodi da zbog elemenata suverenosti, država ne može biti odgovorna za posledice koje iz vršenja njenih suverenih prava mogu pogoditi druge države i lica (posebno kada nema diskriminatornog postupanja ili povrede pravila međunarodnog prava), izuzeci se mogu javiti i uslovljeni su voljom države dužnika, npr. *razlogom pravičnosti* kao što je to *Argentina* učinila 1955. godine revalorizujući penzije bivših engleskih nameštenika britanskih preduzeća. Ipak, u ovom sporu *Velika Britanija* nije insistirala, niti se pozvala na određeno monetarno pravno pravilo, već je tražila zadovoljenje pravde u najširem smislu te reči (Meichsner, 1981: 20–21). Država kao nosilac monetarnog suvereniteta zadržava za sebe ekskluzivno pravo da određuje pravni pojam novca i ima apsolutnu i isključivu moć da izdaje i povlači novac, čime mu obezbeđuje i pravne karakteristike poput apsolutne zamenljivosti, savršene neutralnosti i inherentne likvidnosti prema mišljenju predstavnika državne teorije novca (Krulj, 1976: 15–17). Bez obzira što nijedna od teorija o pravnom određenju novca nije ponudila jedinstvene odgovore i uz odsustvo svih relevantnih elemenata za određenje novca kao pravnog fenomena (bilo da govorimo o metalističkoj, državnoj i sociopsihološkoj teoriji), *smatramo* da je najveći doprinos u oblikovanju savremenog monetarnog suvereniteta dala upravo državna teorija novca, što dokazuje i njeno prisustvo u ustavnim aktima mnogih država kao aktu najviše pravne snage.

4. Zaključak

Nesumnjivo je da zajedničko praktikovanje monetarnih ovlašćenja u EMU zadovoljava veoma značajne uslove transparentnosti i finansijske odgovornosti koje, dovedene u vezu sa opštim i posebnim vrednostima (koje ulaze pod objekat zaštite monetarnog suvereniteta), mogu doprineti njegovoj kredibilnoj primeni i ugledu među građanima. Kroz strukturu monetarnog suvereniteta odražavaju se (štite), kako *opšte*, tako

5 Case C-62/14 Gauweiler and Others v Deutcher Bundestag (OMT) of 16 June 2015.

i *posebne* društvene vrednosti. Prve se odnose na vrednosti poput demokratije, jednakosti, odgovornosti i legitimiteta u postupanju, dok se posebne odnose na maksimizaciju društvenog blagostanja, održivost finansijskog integriteta, ekonomski razvoj i promovisanje značaja finansijske i monetarne stabilnosti. U uslovima krize, očuvanje monetarne i finansijske stabilnosti posebno dobija na značaju. Monetarna stabilnost se najčešće posmatra kao sinonim za cenovnu stabilnost i zauzima centralno mesto u monetarnim strategijama nacionalnih centralnih banaka. Finansijska stabilnost se u većini slučajeva definiše na negativan način, i, indirektno, kao suprotnost finansijskoj nestabilnosti shvaćenoj kao nemogućnost finansijskog sistema da osigura alokaciju štednje i investicija na ekonomski efikasan način bez značajnijih poremećaja (transakcionih troškova). Sintetičko-dijalektička povezanost monetarne i finansijske stabilnosti dobija posebnu dimenziju u uslovima postojanja ekonomske monetarne unije. U tom smislu, *možemo* primetiti da ECB, pored osiguravanja monetarne stabilnosti, mora preduzimati i ulogu čuvara finansijske stabilnosti i obavljati ulogu banke poslednjeg utočišta (eng. *last-bank resort*), pogotovo u okolnostima buduće bankarske i fiskalne unije.

Literatura

Arner, D. W. (2007). *Financial Stability, Economic Growth and the Role of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Articles of the Agreement of the International Monetary Fund. (2016). International Monetary Fund: Publication Service. Washington D. C.

Angyal, Z. (2009). *Monetary Sovereignty and the European Economic and Monetary Union*. European Integration Studies. Vol. 7. Number 11. 109–119.

Besson, S. (2004). *Sovereignty in Conflict*. European Integration Online Papers. 8 (15). 1–16.

Vardi, N. (2011). *The Integration of European Financial Markets: The Regulation of International Monetary Obligations*. London & New York: Routledge-Covendish, Taylor and Francis Group.

Gianviti, F. (2006). *Current Legal Aspects of Monetary Sovereignty*. IMF Current Developments in Monetary and Financial Law. No. 4. 3–16.

Giovanoli, M. (2000). *The International Monetary Law: Issues for the New Millennium*. Oxford: Oxford University Press.

Golubović, S. (2007). *Evropska monetarna unija – Institucionalni aspekti*. Niš: Studentski kulturni centar.

Golubović, S. (2014). Evolucija uloge Evropske centralne banke u uslovima globalne finansijske krize. *Pravni život, Tematski broj: Pravo i načelo savesnosti i poštenja*. 3(11). 589–600.

Dimitrijević, M. (2016). The Impact of European Integration on the Formation of New Monetary Law: The Case of Serbia. *Hungarian Journal of Legal Studies (Acta Juridica Hungarica)*. 57(4). 416–426.

Dimitrijević, M. (2017). O procesnoj legitimaciji Evropske centralne banke u rešavanju monetarnih sporova. *Pravo i privreda*. (7–9) 158–169.

Uzan, M. (2005). *The Future of International Monetary System*. London: Edward Elgar Publication Inc.

Lastra, M. R. (2015). *International Financial and Monetary Law*. Oxford: Oxford University Press.

Libyan Arab Foreign bank v. Bankers Trust Company (1989).

Mann, F. A. (2004). *The Legal Aspects of Money*. Oxford: Oxford University Press.

Meichsner, V. (1981). *Osnove monetarnog prava*. Zagreb: Informator.

Pelkmans, J. (2006). An EU Subsidiarity Test is Indispensable. *Intereconomics*. 12 (1). 247–251.

Schafer, W. (2006). Harmonization and Centralization Versus Subsidiarity: Which Should Apply Where?. *Intereconomics*. 12 (1). 239–246.

Simmons, B. A. (2000). International Law and State Behavior: Commitment and Compliance in International Monetary Affairs. *American Political Science Review*. 94 (4). 819–835.

Schwartz, P. (2004). The Uselessness of Monetary Sovereignty. *Cato Journal*. 24 (1–2). 07–129.

Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund (2016). Issue 38. Washington D. C: Legal Department of the IMF.

Krulj, V. (1976). *Monetarno pravo*. knjiga 1. Pravni fakultet u Novom Sadu: Institut privrednopravnih i ekonomskih nauka.

Zimmermann, C. M. (2013). The Concept of Monetary Sovereignty Revisited. *The European Journal of International Law*. 24 (3). 797–818.

Hertogen, A. (2010). An Usual Suspects? Monetary Sovereignty and Financial Stability. *Goettingen Journal of International Law*. 2 (1). 243–266.

Case of SS Wimbledon (United Kingdom, France, Italy, Japan v. Germany), Judgment of 17 August 1923, PCIJ Rep Series No. 1.

Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Serbia), Judgment of 12 July 1929, PJC Rep Series A Nos 20–21, at. 44.

Case C-62/14 Gauweiler and Others v Deutcher Bundestag (OMT) of 16 June 2015.

Cooper, I. (2006). The Subsidiarity Early Mechanism: Make it Work. *Intereconomics*. 12 (1). 249–255.

Marko Dimitrijević, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

MONETARY SOVEREIGNTY IN CONDITIONS OF GLOBALISED ECONOMIC AND FINANCIAL RELATIONS

Summary

*The subject matter of analysis in this paper is to examine the concept of monetary sovereignty in conditions of globalised economic and financial relations. In this context, the first part of the paper deals with on the concept of monetary sovereignty, its components, principles of monetary law that determine its scope, as well as its implications on the monetary stability of the economic system which is increasingly gaining the characteristics of a pure public good. The second part of paper points to the tendency of limiting certain components of monetary sovereignty, which states either consent or do not consent to when joining the EMU membership. As for the European Economic and Monetary Union (EMU), it is most evident in the impact of the global debt crisis and new institutional models of macroeconomic management on redefining the postulates international monetary law as well as on different understanding of monetary sovereignty in legal practice. In particular, the author analyzes the role of the European Central Bank and the International Monetary Fund on the monetary sovereignty of EU Member States, exploring the mechanisms for resolving disputes involving the conflicts of national monetary jurisdiction in case of absence of public international law norm which would prevent its ex-territorial dimension of the dispute resolution mechanism. In the author's opinion, the reglementation of such a standard is a *conditio sine qua non* of monetary stability, particularly considering the fact that in conditions of globalised monetary flows the national monetary law cannot offer an adequate conflict rule (collision norm).*

Keywords: *international monetary law, monetary sovereignty, globalisation, European Central Bank, International Monetary Fund, *lex monetae*.*

Dr Svjetlana Ivanović,* Docent
Pravnog fakulteta, Univerzitet u
Istočnom Sarajevu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni17766751

UDK: 347.78:347.5

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

KAZNENA NAKNADA ŠTETE U PRAVU INTELEKTUALNE SVOJINE

Apstrakt: Savremeni trend globalizacije nameće prihvatanje međunarodnih i evropskih standarda zaštite i harmonizaciju propisa u oblasti prava intelektualne svojine. U pojedinim slučajevima, dolazi do nekritičkog preuzimanja stranih pravnih instituta koji nisu svojstveni tradiciji domaćeg pravnog sistema. Jedan od instituta anglosaksonskog prava koji postepeno preuzimaju i zemlje evropskog kontinentalnog prava, naročito u materiji prava intelektualne svojine, je kaznena naknada. Sve više zakona koji regulišu oblast prava intelektualne svojine predviđa mogućnost dosuđivanja višestrukog iznosa naknade koja bi bila plaćena za dopušteno korišćenje intelektualnog dobra. S obzirom na to da se višestruka naknada predviđa kao vid obeštećenja u slučaju skrivljene povrede prava, naglašen je njen kazneni karakter. Uvođenje kaznene naknade u pravo intelektualne svojine pravda se potrebom jačanja građanskopravne zaštite ovih prava i potrebom da sankcije imaju odvraćajući karakter. Iako izvori prava Evropske unije ne predviđaju obavezu uvođenja kaznene naknade štete, novija praksa Evropskog suda pravde otvara put za drugačija tumačenja. Predmet rada je analiza kaznene naknade štete u pravu intelektualne svojine, naročito ciljevi uvođenja, moguća opravdanja, prednosti i nedostaci, kao i aktuelni stavovi sudske prakse.

Ključne riječi: kaznena naknada štete, pravo intelektualne svojine, višestruka naknada, građanskopravna zaštita.

* svjetlanaivanovic@yahoo.com

1. Uvod

Subjektivnim pravima intelektualne svojine štite se nematerijalna, intelektualna dobra, tačnije imovinski i neimovinski interesi njihovih titulara. S obzirom na prirodu nematerijalnih dobara, ona su podobna za jednostavno prenošenje, ali i za neovlašćeno prisvajanje. Neovlašćenim prisvajanjem nematerijalnih dobara dolazi do povrede subjektivnih prava na tim dobrima, a kao posljedica povrede nastaje šteta, materijalna ili nematerijalna. Naknada štete vrši se prema opštim pravilima obligacionog prava, izuzev ako nešto drugo nije izričito predviđeno zakonima kojima se regulišu subjektivna prava intelektualne svojine.

Opšti cilj naknade štete je restitucija, odnosno uspostavljanje stanja koje je postojalo prije nastanka štete. U Zakonu o obligacionim odnosima prihvaćen je koncept potpune naknade štete, što znači da će sud prilikom odlučivanja uzeti u obzir i one okolnosti koje su nastupile poslije prouzrokovanja štete i dosuditi naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u stanje u kome bi se nalazila da nije bilo štetne radnje.¹

S obzirom na specifičnu prirodu zaštićenog intelektualnog dobra, određivanje iznosa naknade štete je svakako jedno od najtežih praktičnih pitanja. Njemačka sudska praksa razvila je tri metoda obračuna iznosa naknade štete. To su diferencijalni metod, metod protivpravne dobiti štetnika i metod analogije sa licencnom naknadom, odnosno naknadom za ustupanje ili prenos prava. Uprkos primjeni ovih metoda, ostaje sumnja da oštećeni može u svakom slučaju dobiti odgovarajuće zadovoljenje, odnosno potpunu naknadu štete. Stoga, u pojedinim zakonodavstvima, uvodi se višestruka naknada u slučaju da je šteta prouzrokovana namjerno ili krajnjom nepažnjom. Mogućnost dosuđivanja višestrukog iznosa ugovorene ili uobičajene naknade posmatra se kao vid kažnjavanja i ima elemente kaznene naknade, koja nije svojstvena evropskom kontinentalnom pravu.

U evrokontinentalnom pravu, kaznena naknada kao vid sankcije za pretrpljenu štetu nije izričito predviđena. Cilj naknade materijalne štete je da se imovina oštećenog dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije izvršena povreda prava. Dakle, svrha novčane naknade štete je prevashodno kompenzacija. Međutim, pod uticajem anglosaksonskog prava, naknada štete u pojedinim slučajevima, bilo prikriveno ili otvoreno, odstupa od čisto kompenzatorne funkcije i poprima kazneni

1 Čl. 190 Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Sl. glasnik RS*, br. 21/92, 17/93, 3/96, 39/03, 74/04.

karakter. Takođe, naglašena je preventivna funkcija odštete, što dovodi do pitanja može li, i u kojoj mjeri, naknada materijalne štete imati i preventivni karakter.

U materiji prava intelektualne svojine, u pojedinim međunarodnim izvorima prava izričito se navodi da sankcije u slučaju povrede prava intelektualne svojine, samim time i naknada štete, imaju preventivnu funkciju. Na primjer, TRIPS-om se zahtijeva da države članice preduzmu sredstva za sprečavanje povreda i koja sprečavaju dalje povrede prava.²

Takođe, Direktivom o sprovođenju prava intelektualne svojine predviđeno je da sve mjere moraju biti proporcionalne, efikasne i moraju imati odvratajući efekat.³ Ciljevi naknade štete koje Direktiva izričito predviđa su kompenzacija i prevencija, tj. odvratanje. Iako su odredbe Direktive izričite u tom pogledu,⁴ ipak smatramo da je otvoren put uvođenju instituta kaznene naknade štete u evropsko pravo. Takav stav je nedavno izričito zauzeo i Evropski sud pravde.

2. Kaznena naknada štete

Kaznena naknada štete je specifična za anglosaksonsko pravo.⁵ To je novčana naknada koja se dosuđuje u slučaju naročito teških povreda prava i koja je višestruko veća od stvarno pretrpljene štete. Ciljevi kaznene naknade su kažnjavanje štetnika i odvratanje od budućih povreda prava, odnosno prevencija, kako specijalna, tako i generalna. Kažnjavanje i prevencija su ciljevi krivičnog prava, a ne građanskog, pa se kaznena naknada često određuje kao svojevrsna kombinacija krivične i civilne sankcije (Owen, 1994: 365).⁶ S obzirom da dosuđeni iznosi mogu biti

2 Čl. 41, st. 1 Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS). Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

3 Čl. 3, st. 2 Direktive o sprovođenju prava intelektualne svojine. Directive 2004/48/ EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, OJ L 157 of 30 April 2004.

4 U a lineji 26 preambule Direktive navodi se: „Cilj nije u vođenje obaveze propisivanja kaznene odštete, nego da se omogući naknada na temelju objektivnog kriterija, uzimajući u obzir troškove nosioca prava, poput troškova identifikacije i istraživanja.“

5 U američkom pravu *punitive damages*, a koriste se izrazi *exemplar y damages* i *retributive damages*.

6 „Kaznena naknada je u pravom smislu riječi 'kvazi-kriminalna' sankcija, jer se nalazi na pola pu ta između građanskog i krivičnog prava. Dosuđuje se kao „šteta“ tu žiocu protiv tu ženog u privatnoj tu žbi, a ipak većina smatra da svrha takve odštete nije kompenzacija, već da je po svojoj prirodi novčana kazna.“

izuzetno visoki i mnogostruko veći od pretrpljene štete, ovaj oblik naknade prevazilazi kompenzaciju, koja je legitimni cilj i svrha naknade štete u civilnom pravu. Kaznena odšteta je, suštinski, oblik privatne kazne koja se dosuđuje po privatnoj tužbi za naknadu štete. Iako je, zbog svoje prekomjernosti i kaznenog karaktera, predmet kritika u državama u kojima postoji, sve više je izražena tendencija njenog širenja, naročito u medijskom pravu, pravu intelektualne svojine i u okviru zaštite ličnih prava.

U literaturi postoje shvatanja da odštetno pravo u evropskim državama nije u potpunosti kompenzatornog karaktera, te da mogućnost suda da prilikom odmjeravanja naknade štete uzme u obzir finansijsko stanje oštećenog i štetnika, stepen krivice štetnika, kao i to da li je šteta nastala izvršenjem krivičnog djela, ukazuju na elemente kaznenog karaktera naknade štete (Fiebig, 1992: 652). Prema mišljenju istog autora, satisfakcija kao svrha naknade nematerijalne štete prevazilazi okvire proste kompenzacije i ima elemente kazne (Fiebig, 1992: 653–655).⁷

Postoji nekoliko razloga zbog kojih je kaznena naknada štete nespojiva sa tradicionalnim konceptom evrokontinentalnog prava. Prvi razlog odnosi se na funkciju odštetnog prava, odnosno svrhu naknade štete. Cilj naknade materijalne štete je da se imovina oštećenog dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije izvršena povreda prava. Novčana naknada materijalne štete određuje se kao kompenzatorno- reparaciona sankcija (Nikolić, 1995: 115). Za razliku od američkog prava, u evrokontinentalnom pravu je naglašena razlika između javnog i privatnog prava, odnosno krivičnog i građanskog prava. Krivično pravo i krivičnopravna zaštita je u nadležnosti države jer samo država ima pravo da kažnjava. Suprotno, pojedinac ne može kažnjavati drugoga jer bi postojala opasnost od proizvoljnosti i nedostatka objektivnosti. Na

⁷ Ističe se paralela između osnovnih funkcija naknade nematerijalne štete i kaznene naknade u anglosaksonskom pravu. Smisao satisfakcije je da oštećenoj strani odgovarajućim pravnim sredstvima obezbjedi zadovoljenje za ponašanje štetnika, slično kao i kaznena odšteta. Dalje, ona nameće primjetan finansijski teret za štetnika. Treća funkcija satisfakcije je prevencija, što je suštinski isto što i funkcija odvraćanja, specifična za kaznenu naknadu. Među tim, sudovi ističu dvije osnovne razlike između satisfakcije kao svrhe naknade nematerijalne štete i kaznene odštete. Prilikom određivanja iznosa naknade, primarni značaj imaju obim i ozbiljnost povrede, a drugi faktori, popu t finansijske situacije štetnika se manje uzimaju u obzir. Drugo, funkcija satisfakcije ne prouzrokuje je direktno kazneni karakter naknade nematerijalne štete. Suštinska razlika je u tome što naknada nematerijalne štete treba da ublaži povrijeđena osjećanja oštećenog, dok se kaznena odšteta fokusira na kažnjavanje štetnika.

kraju, različita je uloga vlade, odnosno javnog sektora u sprovođenju prava u anglosaksonskom i kontinentalnom pravu. U Evropi je javni sektor u velikoj mjeri odgovoran za očuvanje društvenog blagostanja. U američkom pravu je prisutno tzv. privatno sprovođenje prava, dok je na evropskom tlu jasno razgraničeno šta je u nadležnosti države, a o čemu građani sami brinu (Meurkens, 2014: 15). Na kraju, ne treba zanemariti ni proceduralne razlike u postupku ostvarivanja i zaštite prava pred sudovima.

3. Višestruka naknada štete u pravu intelektualne svojine

Mogućnost dosuđivanja paušalnog iznosa naknade štete u vidu dvostrukog ili trostrukog iznosa licencne naknade je najočitiji oblik približavanja kaznenoj odšteti. Uvećanje naknade u slu čaju neovlašćenog korišćenja predmeta zaštite potiče iz prakse organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava u Njemačkoj i Belgiji. U slučaju neovlašćenog korišćenja autorskih djela koja spadaju u njen repertoar, *GEMA* je naplaćivala dvostruku naknadu, pravdajući to uvećanim troškovima poslovanja (Magnus, 2012: 252).⁸

U Belgiji, kolektivne organizacije naplaćuju dvostruku naknadu za neovlašćeno reprodukovanje autorskog djela, a ako takav primjerak sadrži lažni potpis, onda čak i trostruku naknadu. Višestruka naknada se najčešće naplaćuje ako je teško dokazati iznos pretrpljene štete ili ako su povrijeđena moralna prava.

Sve više zakona kojima se regulišu prava intelektualne svojine predviđa mogućnost obeštećenja u vidu dvostrukog ili trostrukog iznosa licencne naknade. U pojedinim evropskim državama, dvostruka licencna naknada se može dosuditi za povredu autorskog prava i prava industrijske svojine, a ako je šteta namjerno prouzrokovana, moguća je čak i trostruka naknada. Na primjer, nosilac prava intelektualne svojine može dobiti obeštećenje u vidu dvostrukog iznosa razumne naknade u Austriji, pod uslovom da je šteta namjerno prouzrokovana.⁹ Umjesto naknade štete, u Rusiji je moguće dosuditi pravičnu naknadu u visini dvostrukog iznosa koji bi bio plaćen za legalno korišćenje predmeta

8 U teoriji se smatra da to nije prava kaznena nakna da, već samo prošireni iznos kompenzacije koji obu hvata troškove istraživanja, pronalaženja i gonjenja povredioca prava. Među tim, te troškove ima i svaki drugi oštećeni, a ne samo organizacija za kolektivno ostvarivanje prava.

9 European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Damages in Intellectual Property Rights*, Preuzeto 25. 05. 2017. http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/damages_en.pdf.

zaštite.¹⁰ Odredba francuskog Zakonika o intelektualnoj svojini kojom je predviđeno da, u slučaju povrede autorskog prava, sud može naložiti oduzimanje svih ili dijela prihoda koje je štetnik stekao povredom prava i dodijeliti oštećenom, tumači se kao prikriiveni oblik kaznene naknade (Borghetti, 2009: 58–59).

Bivše jugoslovenske republike izričito predviđaju višestruku naknadu kao oblik obeštećenja u slučaju povrede prava intelektualne svojine. Ako je povreda prava izvršena namjerno ili iz krajnje nepažnje, umjesto naknade štete, oštećeni može zahtijevati dvostruki iznos naknade koju bi dobio za dozvoljeno korišćenje predmeta zaštite u Sloveniji¹¹ i Hrvatskoj¹² za povredu autorskog i srodnih prava, i u Makedoniji¹³ za povredu autorskog, srodnih i prava industrijske svojine. U Bosni i Hercegovini, Srbiji i Crnoj Gori oštećeni može zahtijevati naknadu do trostrukog iznosa uobičajene naknade za ugovorno korišćenje zaštićenog dobra, odnosno do trostrukog iznosa stvarne štete i izmakle dobiti ako je izvršena povreda prava na oznaku geografskog porijekla. Iako privatna kazna nije svojstvena građanskom pravu i pravnoj tradiciji južnoslovenskih naroda, zakoni navedenih država, osim Srbije i Crne Gore, izričito naglašavaju kazneni, odnosno penalni karakter sankcije.

U Bosni i Hercegovini je predviđeno da prilikom odlučivanja o zahtjevu za plaćanje penala, sud uzima u obzir sve okolnosti slučaja, naročito obim nastale štete, stepen krivice povredioca, iznos ugovorene ili uobičajene naknade i preventivni cilj penala.¹⁴ S obzirom da je jedan od ključnih kriterija za dosuđivanje višestruke naknade obim nastale štete, zaključak je da se ona ne može dosuditi ako šteta nije nastala. Mala je vjerovatnoća da nosilac prava nije pretrpio štetu, naročito ako je u pitanju teža povreda prava, mada, teorijski, takva mogućnost

10 Čl. 1301, čl. 1311, čl. 1515, st. 4, čl. 1537, st. 2 Ruskog građanskog zakonika. Graždanski kodeks Rossijskoj Federaciji, *Rossijskaja gazeta*, N 230-FZ 2006.

11 Čl. 168, st. 3 Zakon o avtorski in sorodnih pravicah, *Uradni list RS*, št. 16/2007 – uradno prečišćeno besedilo, 68/2008, 110/2013.

12 Čl. 183 Zakona o au torskome pravu i srodnim pravima, *Narodne novine R. Hrvatske*, br. 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13, 127/14.

13 Čl. 170 Zakon za avtorskoto pravo i srodnite prava, *Služben vesnik na RM*, br. 115/2010. Čl. 303 Zakon za industriskata sopstvenost, *Služben vesnik na RM*, br. 21/2009, 24/2011.

14 Čl. 158 Zakona o au torskome i srodnim pravima, *Sl. glasnik BiH*, br. 63/2010, čl. 105 Zakona o patentu, *Sl. glasnik BiH*, br. 53/2010, čl. 83 Zakona o žigu, *Sl. glasnik BiH*, br. 53/2010, čl. 82 Zakona o industrijskom dizajnu, *Sl. glasnik BiH*, br. 53/2010, čl. 74 Zakona o zaštiti oznaka geografskog porijekla, *Sl. glasnik BiH*, br. 53/2010, čl. 24 Zakona o zaštiti topografije integrisanog kola, *Sl. glasnik BiH*, br. 53/2010.

postoji. Smatramo da je na ovaj način načelno isključena mogućnost da se dosudi iznos uvećane naknade iako nema štete. Drugi značajan kriterij je stepen krivice povredioaca. Obična nepažnja nije dovoljna za uvećani iznos naknade, ali se ne može na isti način tretirati gruba nepažnja, direktna ili eventualna namjera. Ugovorena ili uobičajena naknada se može uvećati do trostrukog iznosa, što ne mora biti slučaj. Uvećanje može biti nezatno, a trostruki iznos je maksimalni iznos koji ne smije biti premašen. Tužilac uvijek može da traži trostruki iznos, a sud mora da procijeni da li je to u konkretnom slučaju cjelishodno. Nositelj prava može tražiti razliku do iznosa potpune štete, ako je veća od dosuđenog penala. Praktično, to znači da je iznos potpune naknade štete gornja granica do koje se može dosuditi naknada. Međutim, moguće je da trostruki iznos naknade bude veći od iznosa pretrpljene štete. U tom slučaju, iako nije izričito predviđeno da se iznos mora ograničiti na potpunu štetu, tumačenjem se može zaključiti da taj iznos ne bi trebalo da bude veći.

Problem dosuđivanja kaznene naknade naročito je izražen u materiji zaštite oznaka geografskog porijekla. S obzirom na to da registrovane oznake geografskog porijekla ne mogu biti u prometu i da se kao osnovica ne može uzeti licencna naknada, predviđeno je da, u slučaju da je povreda imena porijekla ili geografske oznake učinjena namjerno ili iz krajnje nepažnje, odgovorno lice može biti obavezano da plati naknadu do trostrukog iznosa stvarne štete i izmakle dobiti.¹⁵ Uprkos praktičnim problemima određivanja osnovice za obračun naknade štete u oblasti zaštite oznaka geografskog porijekla, teško bi se moglo naći opravdanje za ovakvo rješenje. Naknada do trostrukog iznosa uobičajene licencne naknade čak ne mora nužno imati kazneni karakter, jer ne mora prelaziti iznos stvarno pretrpljene štete. Ali, ako je izričito predviđeno da se dosuđuje trostruki iznos stvarne štete i izmakle dobiti, onda to očito prevazilazi svrhu i smisao naknade štete. Na taj način, ovlašćeni korisnici registrovane oznake geografskog porijekla imaju povlašćen položaj u odnosu na ostale titulare subjektivnih prava intelektualne svojine.

Naknada štete u slučaju povrede prava intelektualne svojine u većini zakonodavstava prevazilazi kompenzaciju kao svrhu naknade. Pojedini

¹⁵ Interesantno je da su identičnu odredbu u Srbiji sadržali zakoni iz 1995. godine, kojima su uređivana preostala prava industrijske svojine. Dakle, u slučaju povrede svih prava industrijske svojine, koja je učinjena namjerno ili iz krajnje nepažnje, bilo je predviđeno dosuđivanje trostrukog iznosa stvarne štete i izmakle koristi (Miladinović, 2003: 897–917).

autori je smatraju „sivom zonom“ između kompenzacije, neosnovanog obogaćenja i kaznene naknade (Behr, 2003: 137). U prilog toj tvrdnji ističe se da osim diferencijalnog metoda, koji polazi od utvrđivanja stvarno pretrpljene štete, preostali metodi obračuna naknade štete nemaju strogo kompenzatorni karakter. Naime, oni omogućavaju da oštećeni dobije naknadu bez obzira na to da li je uopšte bio voljan da ustupi licencu i čak ako je dobiti štetnika veća ili manja od onoga što bi on uspio da ostvari da nije izvršena povreda prava. Ovi metodi nisu usmjereni na pretrpljene gubitke i na oštećenog, već na štetnika i oduzimanje njegove dobiti (Behr, 2003: 137–138).

4. Prevencija kao svrha naknade štete

Pristalice uvođenja kaznene naknade štete u evrokontinentalno pravo ističu u prvi plan preventivnu funkciju odštete. Sankcija koja ima odvratajući efekat ima preventivnu svrhu, ali je pitanje može li služiti kažnjavanju, odnosno može li imati kazneni efekat. Drugim riječima, postavlja se pitanje da li je preventivna funkcija dovoljna za kvalifikaciju naknade kao kaznene. Odgovor na ovo pitanje treba tražiti na terenu svrhe pojedinih sankcija. Svrha naknade štete u evropskom pravu je kompenzacija, dok je svrha kaznene naknade u anglosaksonskom pravu kažnjavanje i prevencija. Kažnjavanje ili odmazda je strani element u građanskom pravu, relikat davnih vremena kada nije postojala jasna granica između krivičnog i građanskog prava. Upravo svrha kažnjavanja je najviše na meti kritika teorije. Ukoliko zanemarimo kažnjavanje, koje nije svojstveno evropskom privatnom pravu, preostaje prevencija kao legitimni cilj višestruke naknade. Pristalice uvođenja kaznene naknade u Evropi odbacuju funkciju kažnjavanja i daju primat prevenciji. Pojedini autori se čak zalažu za promjenu naziva i uvođenje tzv. preventivnih sankcija, odnosno preventivne naknade štete (Wagner, 2011: 5).¹⁶ To bi značilo odstupanje od klasičnog koncepta naknade štete, čija je svrha kompenzacija i davanje prednosti preventivnoj funkciji odštete. Ukoliko bi bilo moguće dosuditi iznos koji prevazilazi iznos pretrpljene štete, funkcija odvratanja ili prevencije bila bi primarna. Prevencija građanskih delikata koja bi se postigla uvećanom naknadom bila bi dovoljno opravdanje za uvođenje kaznene odštete, sa

¹⁶ „Ako je kritika kaznene naknade zasnovana na nespremnosti da se prihvati odmazda (kazna) kao funkcija naknade štete, sankcije koje su samo odvratajuće ne zaslužu ovakve kritike. Odbacivanje kazne kao funkcije odštetnog prava, većinu kritika kaznene naknade čini prevaziđenim. Radi pojmovne preciznosti, bilo bi korisno da se uvede novi termin, kao na primjer, preventivna naknada štete.“

stanovišta ekonomske analize prava. Međutim, isticanje kaznene odštete kao instrumenta optimalne prevencije nailazi na otpor i posmatra se kao nešto što je nepravično (Mojašević, 2011: 213–214).

Osnovni prigovor koji se može istaći teoriji o preventivnoj naknadi štete je da prevencija nije jedini cilj odštetnog prava. Prevencijom se ne može opravdati obaveza štetnika da naknadi štetu, niti pravo oštećenog da traži odštetu. Ako bi prevencija bila glavni cilj odštetnog prava, onda bi za postojanje odgovornosti bilo nebitno da li je uopšte prouzrokovana ili pretrpljena bilo kakva šteta, dovoljno bi bilo ponašanje štetnika (Koziol, 2009: 290). Prevencija ne može biti jedini niti primarni cilj naknade štete, već samo jedan od posrednih ciljeva. Postoje shvatanja da odštetno pravo, tačnije kompenzacija, suštinski ima preventivni efekat (Boom, 2006: 287).¹⁷ Međutim, ako prevenciju shvatamo u najširem smislu, onda svaka sankcija ima preventivni cilj. Svijest štetnika ili bilo kojeg drugog povredioca o sankciji koja mu prijete, trebalo bi da djeluje odvraćajuće, tj. preventivno. Jasno je da to nije uvijek dovoljno i da stepen preventivnog dejstva zavisi od sadržine konkretne sankcije. Sa druge strane, ako je cilj naknade štete da se oštećenom nadomjeste pretrpljeni gubici, svaki iznos koji prevazilazi navedeni cilj iskače iz okvira kompenzacije i time pojačava preventivnu funkciju sankcije. U mjeri u kojoj prevazilazi iznos kompenzacije, naknada služi kažnjavanju i ima izraženiju preventivnu svrhu.

Postoje shvatanja da je višestruku, tačnije dvostruku licencnu naknadu moguće opravdati povećanim troškovima oko pronalaženja povredioca, sudskog postupka, poremećaja tržišta i drugih troškova kojih ne bi bilo da je ugovor redovno zaključen. Iznos ovih troškova bi mogao biti izjednačen sa licencnom naknadom. U tom slučaju, dvostruka naknada ne bi bila kvalifikovana kao kaznena naknada, već kao iznos dovoljan da kompenzuje pretrpljene gubitke (Koziol, 2009: 305). Međutim, slični troškovi nastaju pri svakoj povredi prava, pa bi se time prava intelektualne svojine neopravdano favorizovala u odnosu na druga prava. Čak i kada bi se prihvatilo ovo krajnje neubjedljivo opravdanje uvećanog iznosa licencne naknade, ono bi bilo primjenljivo samo na dvostruku, ali ne i na trostruku naknadu.

Kaznena naknada se uglavnom opravdava potrebom da se kaznenopravna zaštita upotpuni u privatnom pravu, te da nedozvoljeno ponašanje

17 „Opšta ideja odštetnog prava je da obavezivanjem štetnika da nadoknadi štetu nakon njenog prouzrokovanja, on bude podstaknut da postupa sa dužnom pažnjom prije nego što prouzrokuje štetu, kako bi spriječio da se ona uopšte desi.“

koje predstavlja naročito teške povrede prava, a ostaje van domašaja krivičnopравnih i prekršajnopравnih sankcija, bude sankcionisano. Takođe, ističe se da sankcije u privatnom pravu nemaju dovoljno odvraćajući, odnosno preventivni karakter, pa bi kaznena naknada trebalo da služi tom cilju (Koziol, 2009: 293–295). Međutim, često se zanemaruju razlike između krivičnopравne i građanskopравne zaštite dobara. Svrha krivičnog prava je kažnjavanje, a sankcija je usmjerena na ličnost učinioca. Svrha građanskopравne sankcije je restitucija, konkretno u odštetnom pravu kompenzacija, a sankcija je uglavnom imovinske prirode. Čak i one sankcije koje imaju preventivni karakter ne mogu imati elemente kazne, budući da kažnjavanje nije svojstveno kontinentalnom privatnom pravu.

Kažnjavanje štetnika dovodi do prebacivanja težišta problema sa oštećenog na štetnika. Cilj kompenzacije je da se oštećenom nadomjestite pretrpljeni gubici, tako da je u prvom planu šteta koju je oštećeni pretrpio i njegov položaj. Sa druge strane, ukoliko se dosuđuje višestruka naknada koja je veća od pretrpljene štete, onda u prvi plan izbija položaj štetnika i potreba da se on kazni. Dakle, cilj nije samo nadoknaditi gubitak, već kazniti štetnika za nedozvoljeno ponašanje. U prvom slučaju, štetnik nadoknađuje iznos štete koju je prouzrokovao svojim ponašanjem. Negativne ekonomske posljedice štetnog događaja prelaze na štetnika, odnosno njegovu imovinu. Ako štetnik plaća više od onoga što je prouzrokovao, onda je to teret za imovinu, nesrazmjeran njegovoj odgovornosti. Za iznos naknade koji prelazi iznos pretrpljene štete, oštećeni stiče korist bez postojanja pravnog osnova, pa iznos kaznene naknade postaje oblik neosnovanog obogaćenja oštećenog na račun štetnika (Radovanović, 2003: 839).

Kaznena naknada u vidu višestruke naknade u pravu intelektualne svojine pravda se potrebom pojačane zaštite ove vrste subjektivnih prava.¹⁸ Ona je samo jedan od instrumenata kojima se nastoje otkloniti nedostaci nedovoljnog nivoa zaštite prava intelektualne svojine. Međutim, neadekvatna zaštita subjektivnih prava intelektualne svojine, bar u većini bivših jugoslovenskih država, posljedica je nedovoljnog stepena razvijenosti privrede i tržišnog načina privređivanja, nedovoljne

18 U AIPPI rezoluciji se ističe da ukoliko zakoni ne mogu na drugi način da obezbjede odvracanje od namjerne povrede prava intelektualne svojine, predviđanje uvećanog iznosa naknade štete može biti opravdano u civilnim sporovima. AIPPI Resolution, Q186, *Punitive damages as a contentious issue of Intellectual Property Rights*, Yearbook 2005/I, p. 247–248. Preuzeto 20. 06. 2016.

<http://www.aippi.lv/pdf/2005/RS186English.pdf>.

svijesti o prirodi i značaju nematerijalnih dobara, kao i nedovoljnog znanja i iskustva u primjeni postojećih odredaba. Ako zanemarimo sve okolnosti i fokusiramo se isključivo na pravni aspekt, svrha privatnog prava ne može biti kažnjavanje. Subjekti privatnog prava, tj. subjekti građanskopravnog odnosa su ravnopravni, što je jedno od temeljnih ustavnih načela. Ravnopravnost označava da nijedna strana u građanskopravnom odnosu nema vlast nad drugom, kao što je slučaj u javnopravnom odnosu u kome država ima autoritet nad svojim građanima. Ukoliko su subjekti odnosa ravnopravni, onda nijedan učesnik ne može biti u poziciji da kažnjava druge.

U prilog kaznenoj naknadi u privatnom pravu, često se pravi poređenje sa ugovornom kaznom. Ugovorna kazna je oblik kažnjavanja dužnika koju povjerilac i dužnik mogu ugovoriti zbog neispunjenja ugovorne nenovčane obaveze. Oba instituta služe obeštećenju nosioca prava u slučaju povrede prava, odnosno dužnika u slučaju neispunjenja ugovornih obaveza. U oba slučaja, lice može tražiti obeštećenje do potpune naknade štete ako je pretrpljena šteta veća od kaznene naknade, odnosno ugovorne kazne. Suštinska odlika ugovorne kazne je to što je ona specifična isključivo za ugovorni odnos i nastaje saglasnošću volja ugovornih strana. Kaznena naknada može se zahtijevati u slučaju povrede prava i nije vezana isključivo za povredu ugovornih obaveza. Ugovorna kazna se može predvidjeti samo za nenovčane obaveze, dok kaznena naknada ne podliježe toj vrsti ograničenja. Osim toga, kaznena naknada je propisana zakonom, mimo volje nosioca prava, a naročito lica koje je izvršilo povredu prava. O ugovornoj kazni se strane sporazumijevaju, a kaznena naknada je propisana zakonom (Marković, 1997: 336). Dakle, kažnjavanje putem ugovorne kazne se zasniva na izričitoj volji i pristanku strane koja se kažnjava.

5. Praksa Evropskog suda pravde

Uprkos različitim doktrinarnim stavovima, postavlja se pitanje da li relevantni izvori prava sadrže pravni osnov za uvođenje kaznene odštete u pravo intelektualne svojine na evropskom tlu. TRIPS sadrži odredbu o obavezi naknade štete u iznosu dovoljnom da nadomjesti pretrpljene gubitke, pod uslovom da je lice znalo ili je imalo razumnog osnova da zna da učestvuje u vršenju povrede prava.¹⁹ Direktiva sadrži opštu odredbu slične sadržine kojom se predviđa obaveza naknade štete koja odgovara stvarno pretrpljenoj šteti, s tim što je dodatno precizirano šta treba

19 Čl. 45 TRIPS-a.

uzimati u obzir prilikom određivanja naknade.²⁰ Alternativno ovakvom načinu određivanja iznosa naknade štete, u odgovarajućim slučajevima moguće je odrediti paušalni iznos koji odgovara barem iznosu naknade koju bi štetnik morao platiti da je tražio dozvolu za korišćenje zaštićenog intelektualnog dobra.²¹ Dakle, to je samo minimum, što znači da može biti i veći. Međutim, ne treba zaboraviti tri ključna principa na kojima počiva Direktiva: efikasnost, proporcionalnost i odvraćajući efekat sankcije.

Evropski sud pravde je početkom godine imao priliku da se izjasni o tumačenju navedene odredbe Direktive o sprovođenju prava intelektualne svojine. Spor je nastao između poljske kolektivne organizacije za ostvarivanje prava na audio-vizuelnim djelima i udruženja kablovskih emitera, u vezi sa plaćanjem naknade. Sporna je odredba poljskog zakona o autorskom pravu, kojom je predviđeno da nosilac prava ima pravo na naknadu štete koja se obračunava prema opštim pravilima ili u visini dvostrukog iznosa, odnosno, u slučaju skrivljene povrede, trostrukog iznosa primjerene naknade koja bi bila plaćena za dozvoljeno korišćenje djela.²² Udruženje kablovskih emitera tvrdilo je da je navedena odredba suprotna članu 13 Direktive o sprovođenju prava intelektualne svojine. Evropskom sudu pravde postavljeno je pitanje da li je dodjela unaprijed određenog iznosa naknade štete u obliku paušalnog iznosa u visini dvostruke ili trostruke licencne naknade dopuštena na osnovu Direktive, s obzirom na to da cilj Direktive nije uvođenje kaznene naknade.

Prema mišljenju opšteg pravozastupnika, nacionalna odredba kojom je predviđeno automatsko pravo na unaprijed određen iznos naknade, bez mogućnosti suda da odlučuje o njenoj visini, suprotna je Direktivi o sprovođenju prava.²³ Pravozastupnik smatra da treba dokazati uzročno-posljedičnu vezu između štete i iznosa koji se plaća jer iznos mora biti proporcionalan pretrpljenoj povredi. Istovremeno, pravozastupnik ističe da nacionalna odredba po kojoj bi nosilac prava mogao zahtijevati

20 Pri određivanju naknade štete uzimaju se u obzir sve okolnosti, kao što su negativne ekonomske posljedice za oštećenu stranu, uklju čujući izgubljenju dobit, protivpravno stečenu dobit lica koje je izvršilo povredu prava i, u odgovarajućim slučajevima, elementi koji nisu ekonomskog karaktera, kao što je nematerijalna šteta.

21 Čl. 13, st. 1 Direktive o sprovođenju prava intelektualne svojine.

22 Poljski ustavni sud je proglasio neustavnom odredbu o trostrukoj naknadi i ukinuo je, dok je odredba o dvostrukoj naknadi ostala na snazi.

23 Opinion of Advocate General Sharpstone, case 367/15, *Stowarzyszenie „Oławska Telewizja Kablowa” w Oławie v Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie*, 29.

iznos koji nije veći od dvostrukog ili čak trostrukog iznosa naknade koja bi bila plaćena za dopušteno korišćenje djela, ne bi nužno bila suprotna Direktivi.

U pogledu pitanja da li je moguće nacionalnim zakonom predvidjeti kaznenu odštetu kao sankciju za povredu prava intelektualne svojine, odnosno predvidjeti veći nivo zaštite u odnosu na odredbe Direktive, pravozastupnik polazi od premise da je cilj Direktive jednak nivo zaštite u Evropskoj uniji. Naime, on ističe da bi pravila u pogledu naknade štete trebala da budu ista u svim državama Unije, te da mogućnost pružanja većeg nivoa zaštite, kao što je propisivanje kaznene odštete, ne bi bila u skladu sa ciljem Direktive.

Međutim, Evropski sud pravde je odstupio od mišljenja pravozastupnika jer smatra da nacionalnim zakonom može biti predviđen veći nivo zaštite od onog predviđenog Direktivom, budući da Direktiva predviđa minimum zaštite. U uvodnom dijelu Direktive navodi se da njen cilj nije uvođenje kaznene odštete, ali sud smatra da to nije ni zabranjeno. Za razliku od pravozastupnika, sud smatra da nacionalni propis kojim je predviđeno da nosilac prava može zahtijevati plaćanje paušalne naknade u visini dvostrukog iznosa primjerene naknade koja bi bila plaćena za dopušteno korišćenje djela, nije suprotan Direktivi.²⁴

Prema mišljenju suda, argument da dvostruki iznos primjerene naknade ne može biti proporcionalan stvarno pretrpljenoj šteti ne može biti prihvaćen, jer se kod paušalne naknade proporcionalnost ne utvrđuje. Paušalna naknada se određuje u onim slučajevima kada nije moguće utvrditi iznos stvarno pretrpljene štete. Međutim, i u slučaju paušalne naknade, neophodno je utvrditi uzročno-posljedičnu vezu između događaja kojim je izvršena povreda prava i pretrpljene štete, iako se iznos stvarno pretrpljene štete ne može sa sigurnošću ustanoviti.

6. Zaključak

Propisivanje uvećanog, pa čak i višestrukog iznosa licencne naknade u slučaju namjernog prouzrokovanja štete u pravu intelektualne svojine, ne mora, *a priori*, imati kazneni karakter. Ukoliko je ugovorena ili uobičajena naknada osnov za obračun štete, odnosno, ako se primjenjuje metoda analogije sa licencnom naknadom, moglo bi se razmisliti i o drugačijim rješenjima, koja ne bi nužno imala penalni karakter. Ako je šteta prouzrokovana običnom nepažnjom, pretpostavka je da ugovorena

²⁴ Judgment of the Court of Justice of European Union, case C-367/15, *Stowarzyszenie „Olawska Telewizja Kablowa” w Olawie v Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie*.

ili uobičajena naknada predstavlja dovoljno obeštećenje za nosioca prava koji ne želi da se upušta u postupak dokazivanja pretrpljene štete. Međutim, ako je povreda prava izvršena namjerno ili krajnjom nepažnjom, onda bi trebalo dosuditi uvećani iznos naknade, koji ne bi smio biti veći od iznosa pretrpljene štete. O uvećanju iznosa odlučuje sud, zavisno od okolnosti konkretnog slučaja. Dakle, moguće je postići isti učinak i bez izričitog predviđanja dvostrukog ili trostrukog iznosa naknade i naglašavanja kaznenog karaktera naknade štete, koje ima samo efekat zastrašivanja, što, ipak, nije odlika građanskog prava.

Propisivanje penala u slučaju povrede zaštićene oznake geografskog porijekla u vidu trostrukog iznosa stvarne štete i izmakle dobiti predstavlja najgrublji oblik kažnjavanja štetnika. S obzirom na to da pravo na oznaku geografskog porijekla ne može biti u prometu, jasno je da licencna naknada ne može poslužiti kao osnov za obračun naknade štete, te bi u tom slučaju bili primjereniji neki drugi metodi obračuna ili analogija sa naknadom u pravu žiga.²⁵

Bez obzira na sve argumente u prilog i protiv kaznene naknade u evropskom privatnom pravu, ona sve više dobija na značaju i postaje dio pravnog sistema pojedinih evropskih država. Interesantno je da u prihvatanju kaznene naknade prednjače uglavnom manje razvijene zemlje u kojima zaštita intelektualne svojine nije na zadovoljavajućem nivou. Uvođenje višestruke naknade pravda se potrebom jačanja zaštite i stvaranja sankcija koje će imati odvrćajući efekat. Međutim, na taj način je prenaplašen značaj intelektualnih dobara i subjektivnih prava kojima se štite, u odnosu na ostala dobra. Osim toga, time je otvoren put za uvođenje kaznene naknade i privatne kazne i u druge grane prava. Za svako subjektivno pravo koje ne može biti na drugi način adekvatno zaštićeno, moglo bi se, potpuno legitimno, tražiti uvođenje nekog oblika privatne kazne. To bi dovelo do ponovnog približavanja građanskog i krivičnog prava u pravcu koji nije najpoželjniji. Umjesto jačanja zaštite propisivanjem sankcija koje imaju kazneni karakter i koje bi zbog toga mogle da djeluju kao potencijalna prijetnja koja će odvratiti učinioca od povrede prava, trebalo bi možda više pažnje obratiti na sprovođenje i izvršenje postojećih sankcija u praksi.

Presuda Evropskog suda pravde baca potpuno novo svjetlo na kaznenu naknadu štete u pravu intelektualne svojine u Evropskoj uniji, a i šire. Blagonaklon stav suda će, svakako, uticati na postepenu promjenu

²⁵ Predmet zaštite i u pravu žiga i u pravu zaštite oznaka geografskog porijekla je oznaka, odnosno znak razlikovanja.

odnosa prema ovom institutu. Ostaje otvoreno pitanje da li se ovakvim tumačenjem suda ugrožava osnovni cilj Direktive, a to je ujednačen nivo zaštite na teritoriji Unije. Takođe, sud vremena će pokazati da li će preventivna funkcija naknade štete jačati i da li je uvođenje penala u pravu intelektualne svojine opravdano.

Literatura

AIPPI Resolution, Q186, *Punitive damages as a contentious issue of Intellectual Property Rights*, Yearbook 2005/I. Preuzeto 20. 06. 2016. <http://www.aippi.lv/pdf/2005/RS186English.pdf>

Behr, V. (2003). Punitive Damages in America and German Law – Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts. *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 78: 105. 105–161.

Boom, W. H. (2006). Compensating and Preventing Damage: Is there Any Future Left for Tort Law?. *Essays on Tort, Insurance Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa*. Vol. I. Stockholm

Borghetti, J. S. (2009). Punitive Damages in France. U H. Koziol, V. Wilcox (Eds.) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (55–73). Wien: Springer-Verlag

Гражданский кодекс Российской Федерации, *Rossijskaja gazeta*, N 230-FZ (2006)

Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, *OJ L 157* of 30 April 2004.

European Observatory on Counterfeiting and Piracy. *Damages in Intellectual Property Rights*. Preuzeto 25. 05. 2017. http://ec.europa.eu/internal_market/ipenforcement/docs/damages_en.pdf

Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima. *Službeni glasnik BiH*. Br. 63 (2010)

Zakon o patentu. *Službeni glasnik BiH*. Br. 53 (2010)

Zakon o žigu. *Službeni glasnik BiH*. Br. 53 (2010)

Zakon o industrijskom dizajnu. *Službeni glasnik BiH*. Br. 53 (2010)

Zakon o zaštiti oznaka geografskog porijekla. *Službeni glasnik BiH*. Br. 53 (2010)

- Zakon o zaštiti topografije integrisanog kola. *Službeni glasnik BiH*. Br. 53 (2010)
- Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima. *Narodne novine Republike Hrvatske*. Br. 167 (2003), 79 (2007), 80 (2011), 125 (2011), 141 (2013), 127 (2014)
- Zakon za avtorsko pravo i srodna prava. *Služben vesnik na RM*. Br. 115 (2010)
- Zakon za industriskata sopstvenost. *Služben vesnik na RM*. Br. 21 (2009), 24 (2011)
- Zakon o avtorski in sorodnih pravicah. *Uradni list RS*. Št. 16 (2007) – uradno prečišćeno besedilo, 68 (2008), 110 (2013)
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*. Br. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 57 (1989). *Službeni glasnik Republike Srpske*. Br. 21 (1992), 17 (1993), 3 (1996), 39 (2003), 74 (2004)
- Judgment of the European Court of Justice, case C-367/15, *Stowarzyszenie „Olawska Telewizja Kablowa“ w Oławie v Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie* (2017)
- Koziol, H. (2009). Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation?. U H. Koziol, V. Wilcox (Eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (275–308). Wien: Springer-Verlag
- Magnus, U. (2012). Punitive Damages and German Law. U L. Meurkens, E. Nordin (Eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*(245–258). Cambridge, Antwerp, Portland
- Marković, S. (1997). *Patentno pravo*. Beograd: Nomos
- Meurkens, L. (2014). *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*. Maastricht University
- Miladinović, Z. (2003). Sudska zaštita subjektivnih prava intelektualne svojine u našem pravu. *Pravni život*. 11 (52). 897–917.
- Mojašević, A. (2011). Kaznena odšteta u američkom pravu. *Strani pravni život*. 1 (2011). 197–216.
- Nikolić, D. (1995). *Građanskopravna sankcija – geneza, evolucija i savremeni pojam*. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu
- Opinion of Advocate General Sharpstone, case 367/15, *Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa* (2016)

Owen, D. G. (1994). A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform. *Villanova Law Review*. 2 (39). 364–413.

Radovanović, S. (2003). Trostruka naknada u našem pravu intelektualne svojine. *Pravni život*. 11 (52). 829–841.

Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine. Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. 1994.

Fiebig, A. R. (1992). The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments. *Georgia Journal of International & Comparative Law*. Vol. 22: 635. 635–657.

Wagner, G. (2011). Punitive Damages in European Private Law. U J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann (Eds.), *Handbook of European Private Law*. Preuzeto 28. 06. 2017.

<https://ssrn.com/abstract=1766113>

Svjetlana Ivanović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of East Sarajevo

PUNITIVE DAMAGES IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW

Summary

The globalization process imposes acceptance of international and European protection standards and harmonization of regulations in the field of intellectual property rights. In some cases, there is uncritical acceptance of foreign legal instruments which are not inherent in the tradition of national legal systems. Punitive damages are one of the common law instruments which have been gradually recognized in the counties of the European-continental legal tradition, especially in the field of intellectual property law. There is a growing number of legislations that allow for the possibility of awarding multiple amounts of compensation which is due in case the infringer has requested authorization to use the intellectual property right. Punitive damages are a way of punishing the defendant in civil lawsuit and they can be awarded in cases of willful infringements of intellectual property rights. The introduction of punitive damages in intellectual property law is justified by the need to strengthen the civil protection of these rights, as well as the need to deter possible perpetrators by imposing measures and remedies necessary to ensure the exercise of these rights. Although the EU Directive on enforcement of intellectual property rights does not introduce an obligation to provide for punitive damages, there are different views in the case law of the Court of Justice of the European Union. The paper deals with punitive damages in intellectual property law, the objectives of introducing this type of sanction, possible justification for its introduction, benefits and deficiencies, as well as the current attitude of the jurisprudence on this issue.

Keywords: *punitive damages, intellectual property law, multiple damages, civil law protection.*

Marija Ampovska, LL.D.*

Assistant Professor, Faculty of Law in Shtip,
University "Goce Delchev", Republic of Macedonia

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776693A

UDK: 364.32:623.454.83

Rad primljen: 01.10.2017.

Rad prihvaćen: 30.11.2017.

INSURANCE POOLS: FOLLOWERS OF CLASSICAL INSURANCE CONTRACTS IN THE FIELD OF NUCLEAR LAW

Abstract: *Insurance contracts are almost the exclusive instrument for providing coverage for damage in all the areas. The insurance industry is the proper and experienced partner in providing liability coverage. However, its capacity is not unlimited, regarding neither the extent nor the size of coverage. There are risks of specific type that often differ from other risks, such as the risk of peaceful usage of nuclear energy. From an insurer's point of view, certain forms of damage are not calculable, for example damage to the environment or damage which becomes evident later than ten years after the incident. Furthermore, the potential magnitude of nuclear damage is a major challenge for the insurance industry. Claim handling expenses are an additional cost factor in case of a major nuclear accident involving thousands of claimants. National insurance companies have to pool their capacities at international level, and reinsurance is necessary. The purpose of this paper is, on the one hand, to analyze how the classical insurance contract has grown into a new modern institute of the insurance law and, on the other hand, to research the legal nature of this institute (insurance pool) and its implementation in practice, particularly in the field of nuclear risk insurance and coverage of nuclear damages. The need to insure larger funds in nuclear insurance are initiated by the changes concerning the international legal instrument that regulated the matter on nuclear damage compensation, which have broaden the concept of compensable damage and concurrently established significantly increased minimum liability amounts. Insurance pools are a response to the need to cater for these changes.*

Keywords: *insurance pools, insurance contract, compensation for damage, nuclear damage, insurance policy, reinsurance.*

* marija.ampovska@ugd.edu.mk

1. Introduction

The term insurance has a multidisciplinary meaning. It is a complex area that can be defined in different ways, depending on the aspect of analysis. These aspects of insurance are: insurance as an economic area, insurance as a trade activity, insurance as a legal area, and others aspects of insurance. Our interest is in insurance from the aspect of legislation and insurance as a legal relation that is generally based on the insurance contract. As there is no single definition on what insurance is in this aspect, the starting point in this analysis will be the provision from the Macedonian Obligations Act: *"With the insurance contract the contractor of insurance is obligated, on the principles of reciprocity and solidarity, to associate a certain amount in the insurance company (the insurer) and the company is obligated to pay to the insured or to a third party the agreed amount or to do something else."*¹ The definition aims to sublimate the features in common for every kind of insurance. This is not always easy because different type of insurance have different features; they are also based on different principles and regulated by legal rules that differ from one another. In this paper, we are interested only in one type of insurance – the insurance of property, or the non- life insurance. The insurance of property is insurance in which the subject of insurance is property that has material value or can be expressed in money. On the one hand, this insurance comprises the insurance of mobile and immobile property and, on the other hand, it includes insurance of material interest such as liability insurance, guarantee insurance, insurance of animals, etc. (Jankovac, Miladinoviĥ, 2006: 311). In case of property insurance, the insurance money is provided to a person for loss of or damage to physical property, other assets, and business cash flow; in case of liability insurance, the insurance money is provided to a person for financial loss incurred because of a liability – a legal obligation and financial responsibility to another because of one's action or failure to act (Schwartz, 2011: 3).

There are two main requirements to conclude the insurance contract of this type:

1. it can be concluded only by a person who has interest that the insured case does not happen, and
2. the purpose of this contract is to compensate the sustained damage. These two requirements dictate the specific features of the non-life insurance, which distinguish it from the life insurance. For example, the insurance of property over the real value of the subject is prohibited, as well as multiple insurance for one subject from the same risks; there is prohibition for insurance of

¹ Article 953 of the Obligation Relations Act of the Republic of Macedonia, Official Gazette RM, No. 18/2001, 04/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 and 161/2009; available in Macedonian at <http://www.pravo.org.mk/documentDetail.php?id=33>, accessed on 20.09.2017

property where the insurance sum is lower than the real value of the subject; among other characteristics, there is a prohibition of accumulation of compensation from insurance contract and compensation based on the rules for civil liability (Schwartz, 2011: 312).

There are also the institutes of *co-insurance* and *re-insurance*. Coinsurance means that a number of insurers collectively insure a certain risk with the sum of their individual shares totaling 100%. Reinsurance is where an insurer or co-insurer cedes part of the risk it has assumed to another insurer for which it pays a premium, essentially insuring the risk it has insured (Schwartz, 2011: 42).

2. Principles of insurance law

Several key principles are the basis for most insurance contracts. These are:

- *Utmost good faith*: this principle is reached when the contracting party has revealed all known material facts about the risks that need to be assumed by the insurer;
- *Insurable interest*: as mentioned above, this principle is one of the main requirements to conclude an insurance contract; under this principle, it is generally not possible for someone to insure something if they are not the owner, or if they could suffer financial loss on another basis if the subject has sustained damage;
- *Fortuity*: this principle suggests that there is uncertainty whether or not the risk will be fulfilled;
- *Indemnity*:² this principle means that a financial amount is actually payable to the person who is the beneficiary of the insurance, and
- *Subrogation*: this principle allows the insurer to assume the rights of any recovery once that claim is paid (Reitisma, Tetley, 2010: 390).

As for the nuclear sector, there are two relevant types of insurance:

1) insurance of physical damage or first party liability that will provide coverage for all the operator's assets on the nuclear facility, where damage implies various types of actual damage and future damage or loss of income which has resulted from the actual damage, and

² The concept of indemnity is based on a contractual agreement made between two parties, in which one party agrees to pay for potential losses or damage caused by the other party. A typical example is an insurance contract, whereby one party (the insurer, or the indemnitor) agrees to compensate the other (the insured, or the indemnitee) for any damages or losses, in return for premiums paid by the insured to the insurer. For more, see <http://www.investopedia.com/terms/i/indemnity.asp#ixzz4emZP8KMY>, accessed 20.04.2017.

2) nuclear third party liability policy or liability insurance which covers all aspects of off-site nuclear damage suffered by people, businesses and other property off the nuclear site.

In this paper, we focus on analyzing the second type of insurance – nuclear liability insurance because this type of insurance is critical both for the nuclear operator (due to the principles of channeling liability and strict liability) and for the insurers (given that the actual nuclear damage resulting from a nuclear catastrophe in the insured nuclear facility depends upon many factors, such as the actual location of the plant, the weather at the time of the accident, the population nearby this location, etc.).

3. The meaning of the basic insurance law terms in the field of nuclear insurance

3.1. Subjects of the insurance contract in nuclear law

3.1.1. Insurer

In the second part of the 20th century it became clear for insurers that any nuclear accident has catastrophic potential. Thus, the insurance market was heavily involved in the parallel creation of legislation and insurance policies (Reitisma, Tetley, 2010:388). *“Insurers have remained an essential party to the development of the nuclear industry and the nuclear third party liability regimes...the insurance industry itself had to design and implement structures and processes to deal with the new hazard, the most important of these being the insurance pool”* (Reitisma, Tetley, 2010: 390). A pool is essentially a group of insurance companies jointly participating up to a fixed proportion in the insurance of a particular risk or class of business. It is a mechanism commonly employed where the risks in question are few in number, or require a capacity beyond the individual means of the members even if arranged on a traditional co-insurance basis, or imply some particularly hazardous aspect which would render acceptance by conventional methods difficult if not impossible.³

There are several basic principles of nuclear pools activities:

- All risks accepted are covered by net retention of individual pool members (insurance capacity); the risks may not be further reinsured individually;
- Reinsurance is arranged among pools and is therefore transparent and maximally protected against unknown accumulation of risks;

³ See: <https://www.nuclearpools.com/about-us>, accessed on 15.04.2017

- Reinsurance among pools is direct (without using any intermediaries); therefore, the cost of reinsurance is minimal.⁴
- Cost efficiency at a national and international level.

The first and second principle regulate that all pool members only commit for a net retention which means that no recourse to individual company re-insurance protection is permitted but, at the same time, re-insurance is arranged with the other nuclear pools worldwide. Generally, risks can be maintained by the insured party (self-insurance), or a particular kind of insurance set up to ensure the risks posed by its members may be transferred to an insurer or to a mutual insurance company subject to payment of a fixed or variable premium. If the catastrophic risk is very high, the insurers transfer part of the risk to the financial markets. Where nuclear risks are concerned, this transfer of risk to reinsurers takes place directly within nuclear insurance pools, where each party (insurer or reinsurer) accepts and maintains its share of the risk (Quéré, 2014:81). *“Through this mechanism insurers participating in national pools can be certain that their commitment is limited to the amount of their participation in the pool and that following the same nuclear incident no accumulation via other channels can occur”* (Reitisma, Tetley, 2010: 393).

Regarding the third principle, we can say that members of the pool are often bound by a solidarity clause. According to this clause, passive members’ obligations are proportionally encountered by the other members. The detainment rule of nuclear insurance pools prevents separate pool members from providing reinsurance as it is only available on an inter-pool basis (Rimšaite, 2013: 20). Where such facultative reinsurance does occur, nuclear pools have developed *“Standard Rules for the Exchange of Reinsurance between Pools”* in order to clearly establish that the guidelines for the commonly adopted and accepted practices for the exchange of business and amendments to these standard rules are possible by bilateral agreement.⁵

The fourth principle of cost efficiency is the concentration of knowledge and experience in the field of nuclear risks insurance. At an international level, re-insurance between national markets takes effect directly; thus, there is no intervention or intermediaries, and all the expenses are kept to a minimum“ (Reitisma, Tetley, 2010: 393).

⁴ See: <https://www.nuclearpool.cz/en/historie/>, <https://www.nuclearpools.com/about-us>, and Syban Statute available at www.syban.be, accessed on 15.04.2017.

⁵ Data available at <https://www.nuclearpools.com/about-us>, accessed on 19.04.2017.

Table 1. List of nuclear insurance pools

Nuclear insurance pool	Country	Web site
1. Nuclear risk insurers Limited	UK	http://www.nuclear-risk.com/
2. Czech Nuclear Insurance Pool	Czech Republic	http://www.nuclearpool.cz/
3. Nordic Nuclear Insurers (The Finnish and Swedish Atomic Insurance Pools merged in 2002)	Finland and Sweden	https://atompool.org/en
4. Russian Nuclear Insurance Pool	Russian Federation	http://www.ranipool.ru/eng/
5. Swiss pool of the insurance of nuclear risks	Switzerland	https://nuklearpool.ch/de/ueber-uns
6. American Nuclear Insurance	US	http://www.amnucins.com/
7. Belgian Nuclear Insurance Pool	Belgium	http://www.syban.be/en/page/history
8. Slovak Nuclear Insurance Pool	Slovak Republic	http://www.nuclearpool.sk/
9. Assureatome	France	http://www.assuratome.fr/en/2-welcome-to-assuratome
10. Bulgarian National Nuclear Insurance Pool	Bulgaria	/
11. Nuclear Insurance Association of Canada	Canada	http://www.niac.biz/
12. The China Nuclear Insurance Pool	China	http://eng.chinare.com.cn/zhiteng/505881/505896/index.html
13. Croatian Nuclear insurance pool	Croatia	
14. Deutsche Kernreaktor Versicherungsgemeinschaft	Germany	
15. Nederlandse Pool voor Verzekering van Atoomrisico's	Netherlands	http://www.verzekeraar-pensioenfondsdan.nl/id-nederlandse_pool_voor_verzekering_van_atoomrisico_s_rijswijk/
16. Hungarian Atomic Pool	Hungary	
17. Japan Atomic Energy Insurance pool	Japan	
18. Pool Atómico Mexicano	Mexico	http://www.poolamx.com.mx/
19. Romania Pool for the Insurance of Atomic Risks	Romania	
20. Nuclear Insurance and Reinsurance Pool, Ljubljana	Slovenia	
21. The South African Pool for the Insurance of Nuclear Risks	South Africa	
22. The Korea Atomic Energy Insurance Pool	South Korea	
23. Espanuclear	Spain	
24. The Ukrainian Nuclear Insurance Pool	Ukraine	http://www.atomforum.org.ua/eng/ukrnuclnucpool4334
25. Consórcio Brasileiro de Riscos Nucleares- CBRN	Brazil	
26. Nuclear Energy Insurance Pool of the Republic of China	Taiwan	

Source: Nuclear Pools, data available at <https://www.nuclearpools.com/links>, accessed 19.04.2017.

3.1.2. Nuclear operator⁶

The main characteristic of nuclear liability today (which it is fully accepted both in the international and domestic nuclear law) is the liability of the nuclear operator for all the damage suffered as a result of the nuclear incident. Today, there are three basic international regimes for nuclear third party liability in force:

Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960 (Paris Convention)⁷; Coverage under the Paris Convention is extended by the Supplementary Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 31 January 1963 (“the Brussels Supplementary Convention”)⁸. Convention on Civil Liability for Nuclear Damage of 1963 (Vienna Convention)⁹. Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage of 1997 (“the CSC”)¹⁰

The Paris Convention and the Brussels Supplementary Convention have both been amended three times: by Additional Protocols adopted in 1964, 1982 and 2004. Furthermore, the Paris and Vienna Conventions have been linked by the 1988 Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention (“the Joint Protocol”). The Paris and the Vienna Conventions are supplemented, in relation to maritime transport, by the 1971 Convention Relating to Civil Liability in the Field of Maritime Carriage of Nuclear Material.

There are five basic principles that underlie the special nuclear third party liability and compensation regimes at both national and international levels: strict liability, exclusive liability (legal channeling), compulsory financial security, liability limits in amount and liability limits in time.¹¹ The third party liability of the nuclear operator is strict, which means that he is liable regardless of his fault or negligence. The damage may have resulted from any kind of fault that

6 In terms of a nuclear installation, “operator” means the person designated or recognized by the competent public authority as the operator of that installation.

7 Available at https://www.oecd-nea.org/law/nlparis_conv.html, accessed on 16.04.2017.

8 Available at <https://www.oecd-nea.org/law/brussels-supplementary-convention.html>, accessed on 16.04.2017.

9 Available at <https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500.pdf>, accessed on 16.04.2017.

10 Pursuant to Article XX.1, the CSC entered into force on 15 April 2015. The date was the ninetieth day following the date on which Japan signed and delivered the instrument of acceptance of the CSC, meaning that at least 5 States with a minimum of 400 000 units of installed nuclear capacity deposited an instrument referred to in Article XVII.

11 See: Schwartz, Julia A. (2010), *Liability and Compensation for a Third Party Resulting from a Nuclear Incident*, International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, 2010, OECD, pp. 307-355.

can be found with the nuclear operator but, there is no need to prove it in legal terms. This base of liability was adopted due to the need to assure a greater protection for the public. *“In return for an onerous obligation of absolute and strict liability, nuclear site operators received a temporal and financial limit to their liability that enabled them to approach the conventional private market to transfer the risks inherent in the total but limited liability obligation placed upon them”* (Tetley, 2006: 27).

The nuclear operators' liability is exclusive due to the mechanism of legal channeling of liability to the nuclear operator. All claims are made solely against the operator of the nuclear installation, which means that the supplier or the builder of a nuclear installation is protected in the event of an accident. By channeling the risk to the operator, the supplier does not have to take out insurance, and the insurance of the same risk twice is avoided. Both principles provide direct and rapid access to insurance funds. *“Without legal channeling nobody will be able to supply anything to nuclear installations as the risk is too great...there are certain limited cases where we should mitigate the negative effects of channeling: perhaps in the case of contributory negligence, there could be a claim limited to the value of the supply, including possible profits”*(Pelzer, 1999: 578).

For the purpose of this paper, we will present the principle of compulsory financial security in more detail. According to this principle, the nuclear operator is required to secure finances to cover the nuclear liability. Traditionally, this is provided by the private insurance market although there are other known financial instruments that can be used to achieve this goal, such as bank guarantee, operator pooling system, self- insurance. The minimum amount of protection required is set by national laws, which in turn often depend on international treaty obligations. The amount of this mandatory protection has increased over time, partially adjusting for inflation and partially allowing for an increased burden of responsibility to be passed on to nuclear operators. In most countries, contractors and suppliers to the nuclear operator have exclusion clauses or “hold harmless” agreements that steer liability back to the operator” (Reitisma, Tetley, 2010: 397). *“By way of example, nuclear third party liability is unlimited in Switzerland and the operator is currently obliged to find security of CHF 1.1 billion from private insurers. In another example, in Belgium, since 1 January 2012, the operator has been required to obtain security of EUR 1.2 billion; the same is true in the Netherlands since 1 January 2013”* (Quéré, 2014:81).

The Paris Convention, the Vienna Convention and the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage provide for different options to secure

financial security to cover the liability of the operator of a nuclear installation.¹² The provisions in these conventions are very similar, and they all provide among others the following¹³:

- The operator shall be required to maintain insurance or other financial security covering his liability for nuclear damage in such amount, of such type and in such terms as the Installation State shall specify.
- The funds provided by insurance, by other financial security shall be exclusively available for compensation due under this Convention.
- No insurer or other financial guarantor shall suspend or cancel the insurance or other financial security without giving notice in writing of at least two months to the competent public authority or insofar as such insurance or other financial security relates to the carriage of nuclear substances, during the period of the carriage in question.
- The sums provided as insurance, reinsurance, or other financial security may be drawn upon only for compensation for damage caused by a nuclear incident.

We would like to note that this list shows only the scope of nuclear liability under the international regime that is imposed for the nuclear operator. There are amounts of nuclear liability under this regime that are covered by the operator's State's funds where the installation is located (the so-called second tier), and there is certain amount of nuclear liability that is covered by contributions given by all Parties to a certain convention (the so-called third tier). These figures will not be presented in this paper.¹⁴

3.1.3. Nuclear risk

The nuclear risk that is subject of our paper can be generally defined as a probability that a particular adverse event occurs during a stated period of time, or results from a particular activity – commercial nuclear power production. The insurance is a risk management option by which the risk involved in this activity is transferred to some other entity – the insurer in most cases. The nuclear risk

12 Pelzer N. (2013) Operators' pooling arrangement; a national and international perspective, OECD/NEA Workshop Nuclear damage, liability and compensation schemes, 10-13 December 2013, Paris, available at <https://www.oecd-nea.org/ndd/workshops/nuclearcomp/presentations/>, accessed on 20.09.2017.

13 See: Article VII Vienna Convention, Article 10 of the Paris Convention, and Article 5 Annex to 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage.

14 More on these tiers in nuclear law in: Schwartz, 2006: 42 and Schwartz (2011).

is insured by both liability and property insurance. Notably, insuring nuclear risks is different from insuring other risks because:

1. Failure to control the nuclear chain reaction can lead to extensive plant damage and catastrophic radioactive contamination of wide areas (*e.g.* Chernobyl), and
2. Events are of low frequency but potentially high severity: in 2011, there were very few nuclear risks as compared to 440 existing nuclear power plants and a small number of other nuclear facilities; the premium in 2011 was about 800\$ million globally or 0.04% of total global premium for non-life insurance.¹⁵

According to the opinion of some scholars, the insurers had been aware of the risks posed by radiation since the 1920s, when radioisotopes and X-rays began to be used in industrial processes but these risks were view without concern, as the scale of application was small. The insurers of nuclear risk were concerned about the specific moments in history when the nuclear bombs were dropped on Hiroshima and Nagasaki, and the post-war nuclear weapon tests of the late 1940s (Reitisma, 2010: 389). Apart from the cases of war, if we only concentrate on nuclear electricity production and peaceful use of nuclear energy, we can detect the following insurance problems: the risk was unknown and poorly perceived; there is a low frequency outlook, but high catastrophe potential; there are few insured installations and there is risk of claims accumulation from a single event.¹⁶ For this reason, “...*none of the existing companies are able to provide the required capacity on an individual basis or under conventional arrangements. ... International legislation requires the operator to provide insurance on the imposed liability and if such obligation is impossible, as there might not be insurers that cope with such insurance amounts, then a State covers the difference between specified liability amounts*” (Rimšaitė, 2013: 16).

Insurance pools have resolved to protect their solvency by the exclusion of radioactive contamination. This decision is a result of the potentially catastrophic exposure to insurers' existing portfolios. The exclusion clauses “...*usually relate only to ionising radiation or contamination by radioactivity from nuclear fuel or nuclear waste arising from the combustion of such fuel. The clauses do not necessarily apply to other sources of ionising radiation such as radioisotopes, X-ray equipment or particle accelerators which are normally freely insurable in the open market. These lesser sources of radioactivity are of comparatively minor significance and are frequently not classified as nuclear material under the relevant legislation (although this position varies throughout the world); the*

15 Data presented by Schwartz (2011).

16 See: Insurance of Nuclear Risk, IEA, December 2013

*degree of damage that could be caused is considered to fall within insurers' likely exposure limits for other conventional perils.*¹⁷

The categories of risks that can be covered are the same as in the classical industry, provided that it has been taken into account that the costs bound to nuclear decontamination can take significant proportions. However, the regulations of the third party liability of the nuclear operator are particular, and they are settled by international conventions as well as by specific laws in each country.¹⁸

4. Types of damage that are object of insurance

As for the types of damage that are object of insurance, we may talk about the nuclear damage that is compensable under the existing nuclear third party liability regime. Under the Paris and Vienna Conventions, the nuclear operator is liable for the compensation of the following types of damage:

- damage to or loss of life, and
- damage to or loss of property other than on-site property,
- whereby all claims for damage must be brought within 10 years of the accident.

Under the revised Paris and Vienna Conventions, and under the Convention on Supplementary Compensation, aside from the aforesaid types of damage, the nuclear operator is liable for compensation of:

- economic loss from types of damage named above,
- cost of reinstating impaired environment,
- cost of preventive measures and the loss/damage caused thereby, and
- loss of income from direct economic interest in use of environment,
- whereby personal injury or loss of life claims may be brought within 30 years of accident.

5. Conclusion

The principles of insurance apply to nuclear insurance with some notable differences. There is a requirement imposed on the nuclear operator to provide

17 Data from the nuclear insurance pools official webpage, available at <https://www.nuclearpools.com/about-us> accessed on 19.04.2017

18 Official data of the Belgian nuclear pool SYBAN available at <http://www.syban.be/en/page/insurance>, accessed on 19.04.2017

financial security. This is a foundation for the insurance principle of insurable interest, where the operator's obligation to provide security by way of insurance is the object of the insurance.

The main differences between the classical insurance and the insurance pools are the indicial challenges for the insurance industry that resulted in creating the new insurance mechanism – insurance pools:

- the impossibility of establishing accurate estimates of frequency in the absence of statistical knowledge or previous experience;
- the potential risk of enormous damage arising from contamination and the resulting cessation of economic activity affecting large numbers of population over widespread geographic regions, followed by long delays in claims notification as many of the effects on health only become manifest over a considerable period of years;
- the need to amass a substantial cover capacity for the benefit of a limited number of policyholders (in 2007, only a little more than 400 nuclear power reactors were in operation throughout the world).

References

Convention on Civil Liability for Nuclear Damage of 1963

Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage of 1997

Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960

Jankovac I., Miladinoviĥ Z. Pravo osiguranja (Insurance Law), Niš, 2006

Pelzer, N. (1999). Reform of Civil Nuclear Liability OECD ed., International Symposium, Budapest, 31 May-3 June 1999

Quéré, A. (2014). Challenges facing the insurance industry since the modernization of the international nuclear third party liability regime, Nuclear Law Bulletin No. 94/Vol. 2014/2, NEA No. 7183, OECD, 2014, pp. 77-104

Reitisma, S., Tetley M. (ed) (2010). Insurance of nuclear risks in OECD/NEA International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, 10th Anniversary of the International School for Nuclear Law, Paris, 2010, pp. 387-412

Rimšaitė, L. (2013). Nuclear Insurance Pools: Does the Horizontal Cooperation lead to the Market Foreclosure?, Journal of Business Law and Ethics, Vol. 1 No.1, December 2013, pp.16-26

Schwartz, J.(2006) International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl, International Nuclear Law in the Post- Chernobyl Period, A Joined report by OECD/NEA and IAEA, 2006, pp.37-73, available at <https://www.oecd-nea.org/law/chernobyl/>; accessed on 17.04.2017.

Schwartz, Julia A. (2010). Liability and Compensation for a Third Party Resulting from a Nuclear Incident, International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, 2010, OECD, pp. 307-355.

Schwartz J. (2011). Nuclear Risks, Are they Insurable? Are they insured? Nuclear Risk and Public Decision – Marking Scientific Conference, 15.11.2011, OECD Nuclear Energy Agency; available at <http://docplayer.net/1860765-15-11-2011-2-nuclear-risk-and-public-decision-marking-scientific-conference.html>, accessed on 20.09.2017.

Supplementary Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 31 January 1963

Tetley, M. (2006). Revised Paris and Vienna Nuclear Liability Conventions- Challenges for insurers, Nuclear Law Bulletin, 2006, pp. 27–39 (p.27)

Zakon za obligacionite odnosi (Obligation Relations Act) „Služben vesnik na Republika Makedonija“ br. 18/2001, 04/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 i 161/2009; available in Macedonian at <http://www.pravo.org.mk/documentDetail.php?id=33>, accessed on 20.09.2017.

Dr Marija Ampovska,

Docent Pravnog fakulteta,

Univerzitet „Goce Delčev“ Štip, Republika Makedonija

ZAJEDNIČKI FONDOVI OSIGURANJA: SLEDBENICI KLASIČNOG OSIGURANJA U OBLASTI NUKLEARNOG PRAVA

Rezime

Ugovori o osiguranju su skoro jedini instrument za naknadu štete u svim oblastima. Industrija osiguranja je pravi i iskusni partner u osiguravanju od odgovornosti za štete. Međutim, njen kapacitet nije neograničen, ni u pogledu obima ni u pogledu visine sredstava. Postoje specifični rizici koji se često razlikuje od drugih rizika, kao što je rizik od upotrebe nuklearne energije u mirnodopske svrhe. Sa stanovišta osiguravača, pojedini oblici i troškovi štete se ne mogu proračunati, kao što je na primer šteta po životnu sredinu ili šteta koja postaje vidljiva tek u roku od deset godina nakon incidenta. Stepem moguće nuklearne štete predstavlja veliki izazov za industriju osiguranja. Troškovi zahteva za naknadu štete predstavljaju dodatni faktor u slučaju velike nuklearne katastrofe koja obuhvata više hiljada podnosilaca zahteva. Nacionalna osiguravajuća društva moraju da ulože svoja sredstva u zajedničke fondove osiguranja na međunarodnom nivou, pri čemu je neophodno reosiguranje.

Cilj ovog rada je analiza kako je ugovor o klasičnom osiguranju prerastao u novi moderni institut prava osiguranja, kao i da istraži pravnu prirodu zajedničkih fondova osiguranja i njihovu implementaciju u praksi, naročito u oblasti osiguranja nuklearnog rizika i naknade nuklearne štete. Potreba da se osiguraju veća sredstva u oblasti nuklearnog osiguranja potiče od promene međunarodnog pravnog instrumenta koji je regulisao pitanje naknade nuklearne štete, a koji je proširio koncept nadoknadbive štete i istovremeno uspostavio znatno povećane iznose minimalne naknade štete za utvrđenu odgovornost. Zajednički fondovi osiguranja predstavljaju odgovor na ove promene.

Ključne reči: *zajednički fondovi osiguranja, ugovor o osiguranju, naknada štete, nuklearna šteta.*

Dr Milica Panić,*
Docent Pravnog fakulteta, Univerzitet
u Istočnom Sarajevu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776707P

366:004.738.5

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

PRAVO POTROŠAČA NA ODUSTANAK OD UGOVORA O PRODAJI NA DALJINU PUTEV INTERNETA

Apstrakt: U ovom radu ćemo govoriti o pravima potrošača koja se tiču odustanka od ugovora o prodaji na daljinu putem interneta. Posebno je interesantno ovo pitanje, jer su u Republici Srbiji i drugim zemljama bivšim jugoslovenskim republikama donijeti novi zakoni o zaštiti potrošača ili mijenjani stari, a radi usklađivanja sa pravom Evropske unije, a prevashodno sa odredbama Direktive o pravima potrošača 2011/83/EU. U ovom radu govorit ćemo o slučajevima kada potrošač ima pravo na odustanak od ugovora, kako se računaju rokovi za odustanak i način ostvarivanja prava na odustanak od ugovora, zatim kako odustanak utiče na povezane ugovore i o izuzecima od prava na odustanak od ugovora, te o zaštiti potrošača. Prilikom pisanja rada korišćen je pozitivnopravni, istorijski i uporedni metod. Cilj rada je da ukažemo da li su rješenja novog Zakona o zaštiti potrošača Republike Srbije usklađena sa Direktivom 2011/83/EU o pravima potrošača.

Ključne riječi: potrošač, trgovac, odustanak, ugovor, internet.

* milicapanic788@yahoo.com

1. Uvod

Ugovor može prestati na više načina, a u literaturi se navode sljedeći slučajevi: prestanak ugovora usljed poništenja, raskida (jednostranog ili sporazumnog), smrti i nemogućnosti ispunjenja.¹ Kada su u pitanju potrošački ugovori o prodaji koji se zaklju čuju putem interneta, u Zakonu o zaštiti potrošača Srbije² predviđaju se posebni slučajevi kada potrošač ima pravo na odustanak od ugovora, a to je rješenje preuzeto iz Direktive o pravima potrošača.³ Kada je u pitanju pojam potrošača u literaturi se navodi da je to: „individualna, fizička osoba koja u tržišnoj razmjeni sa profesionalnim partnerima stiče dobra i koristi usluge za privatne potrebe“ (Misita, 1997: 60).⁴ Potrošački ugovor je ugovor između trgovca koji djeluje u okviru svoje privredne ili profesionalne djelatnosti i osobe koja djeluje privatno, za sebe izvan svoje privredne djelatnosti ili profesionalne“ (Klarić, Vedriš, 2009: 417).

1 Perović, S. (1990). *Obligaciono pravo*. Beograd: Slu žbeni list SFRJ (Gračanica: Štamparija), 447; Panić, M. (2016). *Pravni aspekti prodaje na daljinu putem Interneta*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Kragujevac, 233–253.

2 Zakon o zaštiti potrošača – ZZPS, *Službeni glasnik Republike Srbije*. Br. 62(2014) i 6(2016) dr. zakon.

3 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, u daljem tekstu: Direktiva o pravima potrošača, retrieved, 21, July 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>; U njemačkom pravu je donijet Zakon o implementaciji Direktive o potrošačkim pravima i mijenjan je Njemački građanski zakonik, uklju čujuć i uvodni akt u BGB.

4 Još je John F. Kennedy 1962. godine prilikom predstavljanja američkom kongresu „Deklaracije o zaštiti potrošača“ izjavio: “Potrošači, po definiciji uključuju sve nas. I mene kao predsjednika SAD. Potrošači su najveća gospodarska skupinana koju utječe skoro svaka javna ili privatna gospodarska odluka. Oni su najvažnija skupina čiji se stavovi vrlo često ne čuju. Glas potrošača mora se čuti.” Brčić Stipčević, V., Renko, S., (2008). Koliki je stupanj potrošačke osviještenosti studentske populacije?, *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, godina 6, 2008: 354. „U Sjedinjenim Američkim Državama donesen je Zakon o zaštiti potrošača još godine 1972, a na osnovi toga Zakona osnovana je i posebna savezna komisija za sigurnost potrošačke robe – FTC Federal Trade Commission, koja u svojoj nadležnosti kao dva konstitutivna segmenta obuhvaća zaštitu potrošača i antitrust, odnosno zaštitu tržišnog natjecanja.“ (Horak, Pavletić Župić, 2005: 1032–1033); U ZZPS u čl. 5, st. 1, tač. 1 se navodi da je: “Potrošač fizičko lice koje na tržištu pribavlja robu ili usluge u svrhe koje nisu namijenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj djelatnosti.”

Kada je u pitanju prestanak ugovora o prodaji na daljinu putem interneta, u pravu Republike Srpske u Zakonu o zaštiti potrošača⁵ govori se o raskidu ugovora, dok je u ZZPS i u Direktivi o pravima potrošača korišćen termin odustanak od ugovora. Da bi se prema Zakonu o obligacionim odnosima⁶ mogao raskinuti ugovor potrebno je da se ispune određeni uslovi zavisno o kojoj vrsti raskida ugovora je riječ, da li o raskidu ugovora zbog neispunjenja, zbog materijalnog ili pravnog nedostatka stvari. Zatim tu su različiti rokovi u zavisnosti od toga da li je u pitanju raskid ugovora zbog neispunjenja kada treba da se ostavi naknadni primjereni rok za ispunjenje, a to je nešto drugačije regulisano kada je u pitanju odustanak od ugovora o prodaji na daljinu putem interneta.

„Jedan od instituta koji se uvodi u potrošačko ugovorno pravo je pravo potrošača na raskid ugovora. Specifično je što se ovdje ne postavljaju nikakvi uslovi za ostvarenje prava, za razliku od tradicionalnog jednostranog raskida ugovora kod kojeg, uobičajeno, uslov je da postoji povreda ugovornih odredbi ili promjena okolnosti što dovodi do toga da se ugovor ne može raskinuti. Pravom na raskid ugovora omogućava se potrošaču da još jednom razmisli o svojoj odluci za zaključenje ugovora i da, ukoliko promijeni mišljenje, iz bilo kojih razloga, može da taj ugovor u određenom roku, poznat kao i period hlađenja (cooling – off), raskine. Drugoj ugovornoj strani, obično trgovcu takva mogućnost nije data.“ (Zdraveva, 2007: 206)⁷

U starom ZZPS iz 2010. godine u čl. 31 imamo odredbe o dužnosti obavještanja o vršenju prava na jednostrani raskid ugovora. U novom ZZPS iz 2014. godine u čl. 28, st. 1 predviđa se pravo potrošača da odustane od ugovora zaključenog na daljinu, odnosno izvan poslovnih prostorija u roku od 14 dana, bez navođenja razloga i dodatnih troškova, osim troškova iz čl. 34 i 35⁸ ZZPS.

5 Zakon o zaštiti potrošača Republike Srpske – ZZPRS. *Sl. glasnik Republike Srpske*. Br. 6(2012), 63(2014) i 18(2017).

6 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*. Br. 29(1978), 39(1985), 45/(1989) , 57(1989), *Službeni list SFRJ*, Br. 31(1993) i *Službeni list SCG*. Br. 1(2003) – Ustavna povelja.

7 „Kada potrošač ostvari svoje pravo na raskid ugovora, sve ugovorne obaveze se gase, a trgovac nema pravo na naknadu eventualne štete koju je pretrpio.“ Case C – 423/97, *Travel Vac SL Manuel Jose Antelim Sanchis* ECJ 22 April 1999, ECR 1999 I-02195, Retrieved 13. August. 2017. from <http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/AnaliBr14god7/7.pdf>;

8 Misli se na odredbe koje se odnose na obaveze trgovca i potrošača u slučaju odustanka od ugovora.

Prema čl. 29, st. 1 ZZPS kada je u pitanju početak računanja rokova za odustanak potrošača od ugovora predviđaju se različiti trenuci, u zavisnosti od toga da li je u pitanju ugovor o pružanju usluga, ugovor o prodaji robe, da li je naručeno više vrsta roba, ili se isporuka sastoji iz više pošiljki ili dijelova i dr. Tako kada je u pitanju ugovor o pružanju usluga, rok od 14 dana računa se od trenutka zaključenja ugovora između potrošača i trgovca, dok kod ugovora o prodaji robe, rok od 14 dana računa se od trenutka kada roba dospije u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je odredio potrošač, a koje nije prevoznik.⁹

U slučaju da potrošač jednom porudžbenicom naruči više vrsta roba koje se isporučuju zasebno, rok od 14 dana počinje da teče kada posljednja vrsta naručene robe dospije u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je odredio potrošač, a koje nije prevoznik. Kada se isporuka robe sastoji iz više pošiljki i dijelova, rok od 14 dana počinje da teče kada je posljednja pošiljka ili dio, dospio u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je odredio potrošač, a koje nije prevoznik. Ako je zaključen ugovor na neodređeno vrijeme sa periodičnim isporukama robe, rok od 14 dana počinje da teče kada prva pošiljka robe dospije u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je odredio potrošač, a koje nije prevoznik.

Ako trgovac ne preda potrošaču obavještenje iz čl. 27. st 1. tač. 4 ZZPS¹⁰, potrošač može odustati od ugovora u roku od 12 mjeseci od dana isteka roka za odustanak od ugovora. Međutim, ako trgovac nije predao potrošaču obavještenje iz čl. 27, st. 1, tač. 4 ZZPS, pa to učini u roku od 12 mjeseci od dana zaključenja ugovora, rok od 14 dana počinje da teče kada potrošač dobije obrazac za odustanak. Rok iz čl. 29, st. 1 do 7, gore pobrojanih slučajeva, ističe protekom posljednjeg časa poslednjeg dana roka.¹¹

Ovaj rok je različito postavljen u zakonima koji regulišu oblast zaštite potrošača. U Zakonu o zaštiti potrošača BiH¹² rok odustajanja je 15 dana od dana kada je potrošač primio proizvod, a kod usluga rok počinje da teče od dana zaključenja ugovora, a u Republici Srpskoj u ZZPRS prema čl. 64, st. 1 i 2 rok je 15 dana od dana kada je potrošač primio proizvod. Ovdje ne samo da se razlikuje rok već i trenutak od kada potrošač ima

9 čl. 29, st. 1 i 2 ZZPS.

10 Misli se na uslove, vremenski rok i postupak za ostvarivanje prava na odustanak od ugovora u skladu sa članom 28 ZZPS.

11 ZZPS, čl. 29.

12 Zakon o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine – ZZPBiH. *Službeni glasnik BiH*. Br. 25/06.

pravo na raskid ugovora koji je znatno duži jer se računa od dana prijema proizvoda.¹³

Što se tiče odredbi ZZPS, one su u potpunosti usklađene sa rješenjima Direktive o pravima potrošača. Međutim, to nije slučaj sa zakonima o ZZPRS i ZZPBiH, koje bi povodom ovog pitanja trebalo uskladiti.¹⁴

2. Ostvarivanje prava na odustanak od ugovora

2.1. Uslovi

Potrošač pravo na odustanak od ugovora mora da iskoristi prije isteka roka, kako je to predviđeno u rokovima o ZZPS i Direktivi o pravima potrošača, korišćenjem obrasca za odustanak od ugovora ili davanjem nedvosmislene izjave u kojoj je iskazana njegova odluka o odustanku od ugovora.¹⁵ Prema st. 45 uvodnog dijela Direktive je predviđeno da iskustvo pokazuje da mnogi potrošači i trgovci radije komuniciraju putem internetske stranice trgovca, te bi trgovac trebalo da ima mogućnost da potrošaču ponudi opciju ispunjavanja obrasca za odustajanje preko internetske stranice. Svakako u tom bi slučaju trgovac trebalo

13 U Sloveniji u Zakonu o zaštiti potrošača (*Zakon o varstvu potrošnikov – ZVP*). *Uradni list RS*. Br. 98 (2004), br. 98(2004) – uradno prečišćeno besedilo, br. 46(2006) – odločba US, br. 126(2007) in Br. 86(2009) i Br. 78(2011), Br. 38(2014) i Br.19(2015) čl. 43č, st. 1. pri ugovorima zaklju čenim na daljinu rok za raskid je 14 dana. Prema čl. 72, st. 1 Zakona o zaštiti potrošača Hrvatske – ZZPH, *Narodne novine*, Br. 41(2014) i Br. 110(2015) potrošač ima pravo, ne navodeći razloge za to, jednostrano raskinu ti ugovor zaklju čen izvan poslovnih prostorija ili zaklju čen na daljinu u roku od 14 dana. U Zakonu za zaštitu na potrošivačite Makedonije - ZZPM, *Službeni vesnik na R. Makedonija*. Br. 38 (2004), br. 77(2007), Br. 103(2008) i Br. 24(2011). predviđa se da ugovor zaklju čen na daljinu može raskinu ti potrošač u roku od 8 radnih dana bez navođenja ikakvih razloga u čl. 92, st. 1. U Zakonu o zaštiti potrošača Crne Gore – ZZPCG. *Sl. list Crne Gore*. Br. 2(2014) prema čl. 66, st. 1–3 potrošač ima pravo da, bez navođenja razloga, jednostrano raskine ugovor zaklju čen na daljinu u roku od sedam radnih dana od dana prijema robe, odnosno za usluge od dana zaklju čenja ugovora ili prijema potvrde prethodnog obavještenja, ako je prijem potvrde uslijedio poslije zaklju čenja ugovora.

14 Prema čl. 4 Direktive o pravima potrošača, prema kojem države članice ne smiju u svom nacionalnom pravu održavati niti u njega uvesti odredbe koje odstupaju od odredaba u tvrđenih u Direktivi o pravima potrošača, uklju čujući i strože ili manje stroge odredbe za osiguranje različite razine zaštite potrošača, osim ako u ovoj Direktivi nije predviđeno drukčije.

15 čl. 11 Direktive o pravima potrošača. Isto rješenje je i u čl. 32, st. 3 *Statutory instruments* 2013, No. 313, *The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations* 2013.

da predvidi slanje potvrde o prijemu, na primjer elektronskom poštom bez odlaganja.¹⁶

U Srbiji se u ZZPS predviđa pravilo da potrošač ostvaruje pravo na odustanak od ugovora izjavom koju može dati na posebnom obrascu¹⁷ za odustanak od ugovora zaključenog na daljinu, odnosno izvan poslovnih prostorija ili na drugi nedvosmislen način.¹⁸ Izjava o odustanku od ugovora kod ugovora na daljinu i ugovora koji se zaključuju izvan poslovnih prostorija smatra se blagovremenom ukoliko je poslata trgovcu u roku od

14 dana i proizvodi pravno dejstvo od dana kada je poslata trgovcu.¹⁹ Ako trgovac omogući potrošaču da elektronski popuni i pošalje obrazac za odustanak, dužan je da ga o prijemu obrasca bez odlaganja obavijesti u pisanoj formi ili na drugom trajnom nosaču zapisa.²⁰ Teret dokazivanja da je postupio u skladu sa odredbama o pravu potrošača na odustanak od ugovora radi ostvarivanja prava na odustanak od ugovora je na potrošaču.²¹

U Republici Srpskoj kada je u pitanju ZZPRS, u njemu se u čl. 64 reguliše pravo na jednostrani raskid ugovora. Ako potrošač koristi pravo na jednostrani raskid ugovora, dužan je da o tome trgovcu dostavi pisano obavještenje. Potrošač ima pravo da raskine ugovor na daljinu u roku od 15 dana bez obrazloženja i bez troškova. Rok za raskid počinje da teče od dana kada je potrošač primio proizvod, a kod usluga od dana

16 Države članice ne predviđaju nikakve formalne zahtjeve primjenjive na uzorak obrasca za odustajanje, osim zahtjeva određenih u Prilogu I(B). Smatra se da je potrošač svoje pravo odustajanja ostvario u roku za odustajanje iz čl. 9, st. 2 i čl. 10 Direktive o pravima potrošača ako svoje saopštenje o ostvarivanju prava odustajanja pošalje prije isteka toga roka. Osim mogućnosti iz st. 1, čl. 11 trgovac potrošaču može dati opciju da na internetskoj stranici trgovca elektronski ispuni i dostavi uzorak obrasca za odustajanje određen u Prilogu I(B) ili neku drugu nedvosmisleni izjavu. U tim slučajevima trgovac potrošaču bez odlaganja dostavlja potvrdu prijema takvog odustajanja na trajnom nosaču podataka. Teret dokaza o ostvarenju prava odustajanja u skladu je na potrošaču čl. 11, st. 1–4 Direktiva o pravima potrošača. Smjernice glavne uprave za pravosuđe o Direktivi 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, 44, retrieved, 21, July 2017 from, http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf.

17 Oblik i sadržinu obrasca za odustanak propisuje ministar nadležan za poslove zaštite potrošača prema čl. 28, st. 8 ZZPS.

18 čl. 28, st. 2 ZZPS.

19 čl. 28, st. 3 i 4 ZZPS.

20 čl. 28, st. 5 ZZPS.

21 čl. 28, st. 7 ZZPS.

zaključenja ugovora.²² U Sloveniji je predviđeno da prema čl. b43. d ZVP obavještenje o odustanku potrošač može da podnese kompaniji na obrascu, ili nedvosmislenom izjavom na osnovu koje se jasno vidi da je u pitanju odustanak. U ovom slu čaju, kompanija treba odmah da potvrdi prijem obavještenja o odustanku na trajnom nosaču.

„Prema Prijedlogu Uredbe EU o zajedničkom pravu prodaje potrošač može da raskine ugovor na daljinu u roku od 14 dana, bez ikakvih razloga i bez troškova, pod uslovom da je cijena, ili kada su zaključeni ugovori više u isto vrijeme, ukupna cijena ugovora prelazi 50 evra ili protivvrijednost iznosa u valuti koja je dogovorena za cijenu ugovora u vrijeme zaključenja ugovora“ (Zdraveva, 2007: 212).

Kada je u pitanju ostvarivanje prava na odustanak od ugovora odredbe o ZZPS su usklađene sa rješenjima Direktive o pravima potrošača, što nije slučaj sa ZZPRS. Ovaj zakon bi u tom pravcu trebalo mijenjati, naročito kada su u pitanju rokovi za ostvarivanje prava na odustanak od ugovora. Tako prema ZZPRS²³, ako trgovac potrošaču nije dostavio obavještenje prije zaključenja ugovora o prodaji na daljinu, potrošač ima pravo da raskine ugovor u roku od tri mjeseca, koji se različito računa u odnosu na to da li su u pitanju robe ili usluge. Taj rok u Direktivi o pravima potrošača prema čl. 10 iznosi 12 mjeseci.

Ovdje se postavlja pitanje da li potrošač može djelimično odustati od ugovora za višestruku robu ako želi otkazati kupovinu samo jedne ili više njih, a ovo nije izričito regulisano ni Direktivom o pravima potrošača, a ni ZZPS, ni ZZPRS. Smatramo da ne postoje razlozi koji bi sprečavali trgovca i potrošača da se na taj način sporazumiju o

22 Prema novom ZZPH u čl. 74 je predviđeno da je potrošač du žan prije isteka roka za jednostrani raskid ugovora iz čl. 72 ZZPH obavijestiti trgovca o svojoj odluci da raskine ugovor i to putem obrasca za jednostrani raskid ugovora. Prema čl. 67 ZZPCG ugovor zaklju čen na daljinu raskida se slanjem pisanog obavještenja trgovcu. Ugovor se smatra raskinu tim u trenu tku kada je trgovac primio obavještenje iz st. 1 ovog člana. Ugovor je raskinut na vrijeme ako je obavještenje o raskidu upućeno u rokovima iz člana 65 ZZPCG. Prema čl. 94 ZZPM ugovor se raskida pisanim obavještenjem o raskidu poslatom trgovcu. Ugovor je raskinu t u trenu tku kada je trgovac primio obavještenje o raskidu. Smatra se da je ugovor raskinut na vrijeme, ako je obavještenje o raskidu upućena unu tar rokova iz članova 92 i 93 ZZPM.

23 čl. 62 ZZPRS; „Tako je u predmetu C-489/07, *Messner v Krüger* od 3.9.2009. [2009] ECR I-7315, ESP došao do zaključka kako čl. 6, st. 1–2 Direktive 97/7/EZ isključuje nacionalne odredbe koje u slučaju potrošačeva korištenja prava na odustanak od ugovora, zahtijevaju od njega plaćanje naknade za korištenje potrošačke robe.“ Mišćenić, E. (2013), Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. IV, No. 1, 15.

djelimičnom odustajanju od ugovora povratom samo jednog proizvoda ili nekoliko proizvoda prodatih preko jedne narudžbe.²⁴

2.1.1. Pravne posljedice odustanka od ugovora

Prema čl. 12 Direktive o pravima potrošača ostvarenjem prava odustajanja prestaju obaveze stranaka da izvrše ugovor na daljinu ili u slučajevima kada je potrošač dao ponudu, da zaključe ugovor na daljinu. Tu se nalaze i posebna pravila koja se odnose na obaveze trgovca i obaveze potrošača u slučaju odustanka od ugovora.

Prema st. 46 uvodnog dijela Direktive o pravima potrošača, u slučaju da potrošač odustane od ugovora i izričito odabere određenu vrstu isporuke (na primjer ekspresnu isporuku u roku od 24 sata), iako je trgovac ponudio uobičajenu vrstu isporuke kod koje bi trošak isporuke bio manji, potrošač bi trebalo da snosi razliku troškova između te dvije vrste isporuke. Kada je u pitanje rješenje ZZPS, ako potrošač ostvari pravo na odustanak od ugovora, razlikujemo situacije kada imamo obaveze trgovca i potrošača, kao i u Direktivi o pravima potrošača.

Tako u čl. 34 ZZPS imamo regulisane obaveze trgovca u slučaju odustanka od ugovora. Trgovac je dužan da bez odlaganja izvrši povraćaj uplata koje je primio od potrošača, uključujući i troškove isporuke, a najkasnije u roku od 14 dana od dana kada je primio obrazac za odustanak.²⁵ Trgovac vrši povraćaj koristeći ista sredstva plaćanja koja je potrošač koristio u prvobitnoj transakciji, osim ako se potrošač nije izričito saglasio sa korišćenjem drugog sredstva plaćanja i pod uslovom da potrošač zbog takvog povraćaja ne snosi nikakve troškove.²⁶ Izuzetno od st. 1, čl. 34 Zakona o zaštiti potrošača Srbije, trgovac nije dužan da izvrši povraćaj dodatnih troškova koji su posljedica izričitog zahtjeva potrošača za dostavu koja odstupa od najjeftinije uobičajene dostave koju je ponudio trgovac.²⁷ Trgovac može da odloži povraćaj sredstava dok ne dobije robu koja se vraća, ili dok potrošač ne dostavi dokaz da je poslao robu trgovcu u zavisnosti od toga šta nastupa prvo, osim u slučaju kada je trgovac ponudio da sam preuzme robu.²⁸

24 Više o tome vidj.: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf, 44–45, retrived 02. January, 2015.

25 čl. 34, st. 1 ZZPS.

26 čl. 34, st. 2 ZZPS.

27 čl. 34, st. 3 ZZPS.

28 čl. 34, st. 4 ZZPS.

Prema čl. 35 ZZPS je propisano da je potrošač dužan da vrati robu trgovcu ili licu ovlaštenom od strane trgovca, bez odlaganja, a najkasnije u roku od 14 dana od dana kada je poslao obrazac za odustanak.²⁹ Smatraće se da je roba vraćena u roku ako je potrošač poslao robu prije isteka roka od 14 dana iz st. 1 ovog člana.³⁰ Potrošač snosi isključivo direktne troškove vraćanja robe, osim ako se trgovac saglasio sa tim da ih on snosi, ili ako nije prethodno obavijestio potrošača da je potrošač u obavezi da ih plati.³¹ Potrošač je isključivo odgovoran za umanjenu vrijednost robe koja nastane kao posljedica rukovanja robom na način koji nije adekvatan, odnosno prevazilazi ono što je neophodno da bi se ustanovili priroda, karakteristike i funkcionalnost robe.³² Potrošač neće biti odgovoran za umanjenu vrijednost robe u slu čaju kada mu trgovac nije dostavio obavještenje o pravu na odustanak od ugovora.³³

Kada potrošač ostvaruje pravo na odustanak od ugovora nakon što je dostavio zahtjev u skladu sa čl. 30, st. 4 ili čl. 31, st. 8 ZZPS, dužan je da plati trgovcu iznos koji je srazmjeran sa izvršenim uslugama do momenta kada je potrošač obavijestio trgovca o ostvarivanju prava na odustanak od ugovora.³⁴ Srazmjerni iznos koji potrošač treba da plati trgovcu obračunava se na osnovu prodajne cijene dogovorene ugovorom, koja ne može biti viša od tržišne vrijednosti onoga što je bilo isporučeno.³⁵

Potrošač ne snosi troškove za:

1) „pruženu uslugu ili snabdjevanje vodom, gasom ili električnom energijom kada oni nisu ponuđeni na prodaju u ograničenoj ili unaprijed određenoj količini, ili potpuno ili djelimično snabdjevanje toplotnom energijom tokom roka za odustanak kada:

(1) trgovac nije dostavio obavještenje u skladu sa čl. 27, st. 1, tač. 4) i 5) ZZPS; ili

(2) potrošač nije izričito zahtijevao da se sa izvršenjem počne u toku roka za odustanak od ugovora u skladu sa čl. 30, st. 4 ili čl. 31, st. 8 Zakona o zaštiti potrošača Srbije;

29 čl. 35, st. 1 ZZPS.

30 čl. 35, st. 2 ZZPS.

31 čl. 35, st. 3 ZZPS.

32 čl. 35, st. 4 ZZPS.

33 čl. 35, st. 5 ZZPS.

34 čl. 35, st. 6 ZZPS.

35 čl. 35, st. 7 ZZPS.

2) isporuku digitalnog sadržaja, u potpunosti ili djelimično, koji nije dostavljen na trajnom nosaču zapisa kada:

(1) potrošač nije dao prethodnu izričitu saglasnost za početak izvršenja prije isteka roka od 14 dana;

(2) potrošač nije potvrdio da zna da dajući saglasnost gubi pravo na odustanak od ugovora; ili

(3) trgovac nije dostavio potvrdu u skladu sa čl. 30, st. 2 ili čl. 31, st. 3 ZPS.³⁶

Osim u slučajevima predviđenim čl. 35 ZZPS, potrošač ne snosi odgovornost kao posljedicu ostvarivanja prava na odustanak od ugovora.³⁷

Kada je u pitanju ZZPRS, u slučaju odustanka potrošača od ugovora na daljinu, ne predviđaju se posebne odredbe koje se odnose na obaveze trgovca i obaveze potrošača u ovom slučaju. Prema čl. 64, st. 7 ZZPRS u slučaju raskida ugovora na daljinu po kojem je potrošač primio proizvod, potrošač nadoknađuje samo trošak vraćanja proizvoda. Kada potrošač raskine ugovor o prodaji na daljinu, trgovac je dužan da mu bez odgađanja vrati plaćeni iznos novca, a najkasnije u roku od 15 dana od dana kada je primio pisano obavještenje od potrošača. Ako trgovac ne vrati plaćeni iznos, dužan je da osim cijene, zajedno sa zakonskim zateznim kamatama, plati i dodatnih 10% iznosa za svakih 30 dana kašnjenja. Ugovor je raskinut u trenutku kada je trgovac primio obavještenje o raskidu. Potrošač ne odgovara za štetu koju je trgovac pretrpio zbog raskida ugovora.³⁸

U ZZPCG u čl. 68 predviđaju se posljedice jednostranog raskida ugovora. Tako, u slučaju jednostranog raskida ugovora potrošač je dužan da o svom trošku vrati trgovcu primljenu robu što je prije moguće, a najkasnije u roku od 30 dana od dana upućivanja obavještenja iz čl. 67, st. 1 ovog zakona. Potrošač ne odgovara za štetu koju je trgovac pretrpio zbog raskida ugovora i nije dužan da plati naknadu štete, ni drugu naknadu, troškove, kamatu ili kaznu zbog raskida ugovora. U tom slučaju, trgovac je dužan da što je moguće prije, a najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema obavještenja o raskidu, vrati potrošaču cjelokupan iznos koji je potrošač do trenutka raskida platio na osnovu ugovora, uvećan za iznos zatezne kamate od prijema pisanog obavještenja o raskidu do isplate.

36 čl. 35, st. 8 ZZPS.

37 čl. 35, st. 9 ZZPS.

38 čl. 64, st. 8-11 ZZPRS.

U ZZPM u čl. 95 predviđa se da u slučaju raskida ugovora, potrošač će o svom trošku da vrati proizvod trgovcu. Potrošač ne odgovara za štetu koju pretrpi trgovac usljed raskida ugovora. Trgovac je dužan, u roku od 30 dana od dana prijema obavještenja o raskidu ugovora, da vrati cjelokupan iznos koji je potrošač do raskida ugovora platio po ugovoru, osim za direktne troškove vraćanja proizvoda.

Rok za vraćanje primljenog iznosa od 30 dana je bio predviđen Direktivom 97/7/EZ o prodaji na daljinu, pa bi ove zakone trebalo uskladiti sa Direktivom o pravima potrošača.

U slovenačkom ZVP pravne posljedice raskida ugovora regulisane su u čl. 43d, st. 2. Tako u slučaju raskida ugovora od strane potrošača, kompanija odmah, ili najkasnije u roku od 14 dana po prijemu obavještenja o odustajanju od ugovora, vraća sva primljena plaćanja. Taj rok prije izmjena je glasio 30 dana. Kada je u pitanju ZZPH, usklađen je sa Direktivom o pravima potrošača i sadrži odredbe koje se posebno odnose na obaveze trgovca i obaveze potrošača u slučaju odustanka od ugovora.

Ovdje se postavlja pitanje ko snosi rizik za slučajno oštećenje ili gubitak robe kada se ona vraća u slučaju odustanka potrošača kod ugovora na daljinu. U Direktivi o pravima potrošača u čl. 20 predviđaju se rješenja za prelaz rizika samo u slučaju kada trgovac otprema robu potrošaču, pa bi stoga ovo pitanje trebalo regulisati nacionalnim zakonima. S obzirom na to da je potrošač postao vlasnik robe u momentu njene predaje, on bi trebalo da snosi rizik za slučajno oštećenje ili gubitak robe u slučaju povrata. Međutim, u slučaju da je potrošač odbio da primi isporučeno, bez izričite izjave ili uz izjavu trgovcu o odustajanju od ugovora, trgovac bi nastavio snositi rizik gubitka ili oštećenja jer ne bi došlo do prenosa rizika na potrošača u skladu sa čl. 20 Direktive o pravima potrošača.³⁹

2.1.2. Posljedice korišćenja prava na odustanak od ugovora na povezane ugovore

Prema čl. 2, st. 1, tač. 15 Direktive o pravima potrošača povezani ugovor jeste ugovor kojim potrošač stiče dobra ili usluge koje se odnose na ugovor na daljinu, ili ugovor zaključen izvan poslovnih prostorija kada ta dobra isporučuje ili te usluge pruža trgovac ili treća strana na osnovu ugovora između trećeg lica i trgovca. Ne dovodeći u pitanje čl.

³⁹ http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf, 50, retrieved from 02. January 2015.

15 Direktive 2008/48/EC Evropskog parlamenta i Savjeta od 23. aprila 2008. o potrošačkim kreditima, u slučaju da potrošač ostvari pravo na odustanak od ugovora na daljinu ili ugovora koji se zaključuje izvan poslovnih prostorija, automatski prestaje pravno dejstvo svih povezanih ugovora bez bilo kakvog troška za potrošača, osim onih iz člana 13 (2) i člana 14 Direktive o pravima potrošača.⁴⁰

Prema ZZPS⁴¹ povezani ugovor je ugovor na osnovu kojeg potrošač pribavlja robu ili usluge koje su u vezi sa ugovorom zaključenim na daljinu i izvan poslovnih prostorija trgovca ili trećeg lica sa kojim trgovac ima sporazum. U slučaju da potrošač ostvari pravo na odustanak od ugovora, prestaje pravno dejstvo povezanih ugovora bez bilo kakvog troška za potrošača, troškova iz čl. 34 i 35 ZZPS.⁴² Ovo se odnosi i na ugovor o kreditu koji je povezan s potrošačkim ugovorom, nezavisno od toga da li je potrošaču kredit odobrio trgovac ili treće lice.

Ako je treće lice odobrilo kredit potrošaču za potrebe finansiranja obaveza iz određenog ugovora sa trgovcem:

- trgovac je dužan da o odustanku od ugovora obavijesti davaoca kredita;
- davalac kredita je dužan da potrošaču bez odlaganja vrati iznos koji je potrošač platio do odustanka od ugovora sa kamatom, a najkasnije u roku od 30 dana od dana kada je obavješten o odustanku od ugovora.⁴³

Prema čl. 65, st. 2 ZZPRS, ako trgovac ugovorom o prodaji na daljinu obezbjeđuje potrošaču kredit sam ili posredstvom trećeg lica, ne može u slučaju odustajanja od ugovora zahtijevati zatezne kamate ili druge troškove, kada potrošač koristi svoje pravo na raskid ugovora. Ako je došlo do prevare u upotrebi platne kartice u vezi sa ugovorom na daljinu, potrošač ima pravo na povrat cjelokupnih sredstava.⁴⁴

40 čl. 15 Direktive o pravima potrošača; Upor.: čl. 38 *Statutory instruments 2013, No. 313, The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*, gdje je ovo pitanje detaljnije regulisano.

41 čl. 5, st. 1, tač. 17 ZZPS.

42 čl. 36, st. 1 ZZPS.

43 čl. 36, st. 3 ZZPS.

44 čl. 65, st. 3 ZZPRS; U čl. 70 ZZPCG je regulisano da ako je, radi djelimične ili potpune isplate cijene iz ugovora zaključenog na daljinu, trgovac ili drugo lice na osnovu sporazuma sa trgovcem, potrošaču odobrilo kredit, raskidom ugovora zaključenog na daljinu na osnovu člana 66 ovog zakona raskida se i ugovor o kreditu. U slučaju raskida ugovora o kreditu iz st. 1 člana 70 potrošač nije dužan da kreditoru plati naknadu štete ni drugu naknadu, troškove, kamate ili kaznu. Trgovac, odnosno

U ZZPH, u čl. 78 reguliše se uticaj jednostranog raskida ugovora na povezane ugovore. Ne dovodeći u pitanje odredbe članova zakona kojim se uređuje potrošačko kreditiranje u dijelu koji se odnosi na povezane ugovore o kreditu, ako potrošač jednostrano raskine ugovor, ujedno će se raskinuti bilo koji povezan ugovor, i to bez ikakvih troškova za potrošača, osim onih koji su predviđeni odredbama ovoga odsjeka.⁴⁵

Primjeri povezanih ugovora bi bili: ugovor o isporuci, održavanju ili instalaciji, ugovor o osiguranju i kreditu za finansiranje kupovine. Odnos između odvojenih i povezanih ugovora trebalo bi ocijeniti kako bi se odredilo koji je glavni, a koji prpratni ugovor uz glavni ugovor: ako bi putem odvojenih ugovora s istim trgovcem potrošač kupio usluge mobilne telefonije i mobilni uređaj koji je (djelimično) plaćen u mjesečnoj cijeni za uslugu, ugovor o uslugama trebalo bi smatrati glavnim ugovorom. U tom slučaju potrošač bi mogao odustati samo od prpratnog kupoprodajnog ugovora uz zadržavanje ugovora o uslugama. Ako je prpratni ugovor izvan područja primjene Direktive o pravima potrošača (kao što je ugovor o osiguranju ili kreditu), posljedice raskida podliježu pravilima ugovornog prava država članica.⁴⁶

Zakoni o zaštiti potrošača Republike Srbije i Republike Srpske su u skladu sa rješenjima Direktive o pravima potrošača, s tim što se u ZZPRS nalaze odredbe koje se odnose na zloupotrebe prilikom korišćenja platne kartice, što smatramo da je dobro rješenje, a nema ga u Srbiji.

drugo lice iz st. 1, čl. 70 dužno je da vrati potrošaču iznos plaćen po osnovu ugovora o kreditu, najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema obavještenja o raskidu ugovora zaključenog na daljinu; Prema član 97 ZZPM ako je za djelimičnu ili potpunu isplatu ugovorene cijene iz ugovora o prodaji proizvoda i usluga zaključenih na daljinu, potrošaču odobren kredit od strane trgovca ili trećeg lica koje je potrošaču odobrilo kredit na osnovu njegovog ugovora sa trgovcem, raskidanjem ugovora o prodaji proizvoda ili usluga raskinut je i ugovor o kreditu. Ukoliko potrošač, na osnovu odredaba člana 97 ZZPM, raskine ugovor o kreditu, trgovac ili treće lice koje je odobrilo kredit na osnovu ugovora sa trgovcem, nema pravo potrošaču zaračunati nikakve troškove, kamate ili kaznu, u skladu sa čl. 98 ZZPM.

45 Ovdje je interesantno pomenuti da je u starom ZZPH, u čl. 50 bio predviđen uticaj raskida na odobreni zajam. I u literaturi smo nailazili na slučajeve da se ovi pojmovi koriste kao sinonimi, što nije slučaj, jer su to dva odvojena ugovora, za koje su u ZOO predviđene posebne odredbe, a imamo i odredbe koje se odnose na potrošački kredit.

46 http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf, 53, 02. Janaury 2015.

3. Izuzeci od prava na odustanak od ugovora

Postoje određeni slučajevi u kojima potrošač neće imati pravo da odustane od ugovora. To se odnosi na 13 situacija predviđenih u Direktivi o pravima potrošača u čl. 16. Prema čl. 37 ZZPS potrošač nema pravo da odustane od ugovora u slučaju:

- „pružanja usluga, nakon što je usluga u potpunosti izvršena ako je pružanje usluge počelo nakon izričite prethodne saglasnosti potrošača i uz njegovu potvrdu da zna da gubi pravo na odustanak od ugovora kada trgovac u potpunosti izvrši ugovor;
- isporuke robe ili pružanja usluga čija cijena zavisi od promjena na finansijskom tržištu na koje trgovac ne može da utiče i koje mogu nastati u toku roka za odustanak;
- isporuke robe proizvedene prema posebnim zahtjevima potrošača ili jasno personalizovane;
- isporuke robe koja je podložna pogoršanju kvaliteta ili ima kratak rok trajanja;
- isporuke zapečaćene robe koja se ne može vratiti zbog zaštite zdravlja ili higijenskih razloga i koja je otpečaćena nakon isporuke;
- isporuke robe koja se, nakon isporuke, zbog svoje prirode neodvojivo miješa sa drugom robom;
- isporuke alkoholnih pića čija je cijena dogovorena u vrijeme zaključivanja ugovora o prodaji i čija se isporuka može izvršiti tek nakon 30 dana od dana zaključenja ugovora, a čija stvarna cijena zavisi od promjena cijena na tržištu na koje trgovac ne može da utiče;
- ugovora kojima potrošač izričito zahtijeva posjetu od strane trgovca u cilju sprovođenja hitnih popravki ili održavanja; ukoliko prilikom ove posjete trgovac pruži i druge usluge osim onih koje je potrošač konkretno zahtijevao ili dostavi drugu robu osim dijelova za zamjenu koji su neophodni za održavanje ili izvršenje popravke, pravo na odustanak od ugovora se odnosi na ove dopunske usluge ili robu;
- isporuke zapečaćenih audio, video zapisa ili računarskog softvera, koji su otpečaćeni nakon isporuke;
- isporuke novina, periodičnih izdanja ili časopisa osim pretplatničkih ugovora za isporuku ovih izdanja;

- ugovora zaključenih na javnoj aukciji;
- pružanja smještaja koji nije u stambene svrhe, transporta robe, usluga iznajmljivanja automobila, usluga pripreme i dostavljanja hrane ili usluga povezanih sa slobodnim aktivnostima ukoliko ugovor predviđa konkretni rok ili period izvršenja;
- isporuke digitalnog sadržaja koji nije isporučen na trajnom nosaču zapisa ako je izvršenje započelo poslije prethodne izričite saglasnosti potrošača i njegove potvrde da zna da na taj način gubi pravo na odustanak od ugovora.⁴⁷

U odnosu na ZZPS iz 2010. godine, znatno je proširena lista razloga koja se odnose na izuzetke od prava na odustanak ugovora, odnosno jednostrani raskid ugovora.⁴⁸

U članu 65 ZZPRS i čl. 69 ZZPCG predviđaju se slučajevi kada potrošač nema pravo na raskid ugovora na daljinu.⁴⁹ Potrošač nema pravo na raskid ugovora na daljinu, ukoliko se strane nisu drugačije dogovorile, ako je riječ o:

- a) ugovoru o pružanju usluge, ako je pružanje usluge počelo uz izričit pristanak potrošača prije isteka roka od 15 dana iz člana 64 ovog zakona,
- b) ugovoru o igrama na sreću,
- v) ugovoru o prodaji robe ili usluga, ako cijena proizvoda ili usluge zavisi od promjena na finansijskom tržištu na koje trgovac ne može uticati,
- g) ugovoru o prodaji proizvoda izrađenog po specifikaciji potrošača ili prilagođenog ličnim potrebama potrošača ili proizvoda koji zbog svoje prirode ne može biti vraćen, ili je podložan brzom propadanju,
- d) ugovoru o prodaji audio i video zapisa i kompjuterskih programa koje je potrošač otpakovao i
- đ) ugovoru o prodaji novina, periodičnih publikacija i magazina.

47 čl. 37, st. 1 ZZPS.

48 Upor.: čl. 28 *The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*, 2013 No. 3134, *Statutory instruments*.

49 U čl. 96 ZZPM, predviđeno je isto rješenje samo što se kao izuzetak od prava na jednostrani raskid ugovora ne navode ugovori o igri na sreću.

U čl. 79 ZZPHi čl. 43č, st. 5 ZVP predviđaju se slučajevi kada je isključeno pravo na raskid, i to su iste situacije kao i u Direktivi o pravima potrošača.

Kada je u pitanje rješenje ZZPS, ono je usklađeno sa pravom Evropske unije, što nije slučaj sa ZZPRS. Zbog toga bi trebalo izmijeniti ZZPRS koji se odnosi na slučajeve kada potrošač nema pravo na jednostrani odustanak od ugovora o prodaji na daljinu, kojih je sada šest, a trebalo bi ih biti trinaest.

4. Zaštita prava potrošača

Politika Evropske unije o zaštiti potrošača (*EU CPP*) fokusira se na svijest i aktivno u češće potrošača na unutrašnjem tržištu te se stoga oslanja na znanje potrošača kada su u pitanju njihova stečena prava.⁵⁰ „U 2015. godini donesena je Uredba Komisije EU 2015/1051⁵¹ o načinima korištenja platforme za mrežno (online) rješavanje potrošačkih sporova (platforma za ORS) kojom potrošači i trgovci EU mogu izvansudski riješiti spor koji proizlazi iz ugovora o internetskoj kupoprodaji. Djelovanje platforme za ORS počiva na Uredbi 524/2013 o mrežnom rješavanju potrošačkih sporova iz 2013. koja je donesena zajedno s Direktivom 2013/11/EU o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova“ (Mišćenić, Butorac Malnar, 2017: 103– 104).

Prema čl. 90⁵² Ustava, Republika Srbija štiti potrošače. Zabranjene su radnje usmjerene protiv zdravlja, bezbjednosti i privatnosti potrošača, kao i sve nečasne radnje na tržištu. U Srbiji zaštita potrošača je prema

50 Stickelmann, S, The Influence of the European Union Consumer Protection Policy on Croatian Consumers, Radni materijal EIZ – EIZ Working Papers EIZ – WP -1605, *Ekonomski institut*, Zagreb, 2016, 6. “Weiser (2000) found that men tend to use the Internet more frequently in general, while women tend to access educational sources more often once they are online. At the same time, Hansen and Møller Jensen (2009) state that women tend to make use of online sales more often than men. Therefore, the fourth hypothesis shall be: H4a-d: Gender affects: (4a) consumer interest; (4b) source of information; (4c) knowledge; (4d) perceived security.” Stickelmann et al., 2009, 11.

51 COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2015/1051 of 1 July 2015 on the modalities for the exercise of the functions of the online dispute resolution platform, on the modalities of the electronic complaint form and on the modalities of the cooperation between contact points provided for in Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes, Retrieved 23. 08. 2017, from http://eur-lex.europa.eu/legal_content/HR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.171.01.0001.01.HRV&toc=OJ:L:2015:171:TOC.

52 Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik Republike Srbije*. Br. 98 (2006).

ZZPS predviđena na nekoliko nivoa: putem sudske zaštite od strane nedržavnih i državnih organa, kao i putem vansudskih metoda zaštite.⁵³

Ako se pojavi potrošački spor iz ugovornog odnosa potrošača i trgovca u postupku pred sudom ne plaća se sudska taksa za tužbu ako vrijednost predmeta spora ne prelazi iznos od 500.000 dinara.⁵⁴ Pored sudske moguće je i vansudsko rješavanje sporova, a ministar bliže određuje uslove za rješavanje sporova.⁵⁵ U Zakonu o parničnom postupku Srbije predviđen je poseban postupak u potrošačkim sporovima.⁵⁶

Prema čl. 142 ZZPS ministarstvo sačinjava listu tijela za vansudsko rješavanje potrošačkih sporova koji ispunjavaju uslove propisane članom 141, stav 2 ZZPS i javno je objavljuje. Navedena tijela su lica koja imaju svojstvo posrednika, u skladu sa zakonom kojim se uređuje posredovanje u rešavanju sporova (medijacija), odnosno stalne arbitražne institucije u skladu sa zakonom kojim se uređuje arbitražna. U slučaju vansudskog rješavanja potrošačkog spora, to ne isključuje niti utiče na ostvarivanje prava na sudsku zaštitu, u skladu sa zakonom.⁵⁷ Postoji i postupak zaštite kolektivnog interesa potrošača koji pokreće i vodi ministarstvo, po zahtjevu ovlašćenog lica ili po službenoj djelatnosti. U ovom postupku primjenjuju se pravila opšteg upravnog postupka, ako ZZPS-om nije drugačije predviđeno.⁵⁸ Zahtjev za zaštitu kolektivnog interesa potrošača mogu da podnesu evidentirana udruženja odnosno savezi iz člana 132 ZZPS.⁵⁹ Prema čl. 153 ZZPS ako je potrošač pretrpio štetu, pokretanje ili vođenja postupka za zaštitu kolektivnih interesa ne sprečava potrošača da pokrene pred nadležnim sudom postupak za

53 Stanković, G. (2009). Metodi za sudsku zaštitu prava potrošača, *Od Caveat emptor do caveat venditor*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 407.

54 ZZPS, čl. 140.

55 Vansudsko rješavanje potrošačkih sporova, u smislu ZZPS, ne primjenjuje se: "1) za rješavanje sporova po procedurama koje je ustanovio sam trgovac; 2) kod neposrednih pregovora između potrošača i trgovca; 3) prilikom nastojanja sudija da spor u toku sudske postupka riješe mirenjem strana; 4) u postupcima koje je trgovac pokrenuo protiv potrošača; 5) u sporovima čija vrijednost prelazi 500.000 dinara." ZZPS; čl. 141.

56 Glava X X XV, čl. 488–493, Zakon o parničnom postupku Srbije. *Službeni glasnik Republike Srbije*. Br. 72(2011), Br. 49(2013) – Odluka US, Br. 74(2013) – Odluka US i Br. 55(2014).

57 ZZPS, čl. 143. Na postupak vođenja vansudskog rješavanja potrošačkih sporova, shodno se primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuje posredovanje, arbitražna kao i drugi propisi kojima se uređuje vansudsko rješavanje sporova. ZZPS, čl. 144.

58 ZZPS, čl. 146.

59 ZZPS, čl. 147.

naknadu štete ili da pred sudom pokrene postupak za poništaj ili utvrđivanje ništavosti ugovora ili bilo koji drugi sudski postupak. Nadzor nad sprovođenjem ZZPS i propisa donijetih na osnovu ovog zakona vrši ministarstvo.⁶⁰ Ovdje se isto tako postavlja pitanje zaštite privatnosti prilikom kupovine i raskida ugovora putem interneta.⁶¹

U Bosni i Hercegovini prema ZZPBiH nosioci zaštite potrošača su prema čl. 66: a) Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa BiH, b) Ombudsmen za zaštitu potrošača u BiH, c) Vijeće za zaštitu potrošača BiH, d) Konkurencijsko vijeće BiH, e) nadležni organi entiteta i Brčko Distrikta BiH, f) Ured za konkurenciju i zaštitu potrošača u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, g) udruženja potrošača, h) obrazovne institucije i mediji i) inspekcijski i drugi organi u skladu sa zakonom.⁶²

Zaštita prava potrošača u praksi hrvatskih sudova nije na zadovoljavajućem nivou.⁶³ U Hrvatskoj je zaštita potrošača moguća putem

60 „Isto tako organi državne uprave i organi autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave u djelokrugu obavljanja svojih poslova vrše nadzor nad sprovođenjem propisa u oblasti zaštite potrošača. Inspekcijski nadzor nad sprovođenjem ovog zakona i propisa donijetih na osnovu ovog zakona vrši ministarstvo nadležno za poslove trgovine, preko tržišnih inspektora, kao i ministarstvo nadležno za poslove turizma, preko turističkih inspektora, u skladu sa ovlaštenjima propisanim ovim zakonom i propisima kojima se uređuje inspekcijski nadzor u ovim oblastima.“ ZZPS, čl. 154. Više vidj: Bačanin, N (2009), *Inspekcijski nadzor kao poseban oblik institucionalne zaštite potrošača*, Od Caveat emptor do caveat venditor, Kragujevac, 420–447.

61 „Europska komisija načinila je u svibnju 2001. dokument pod nazivom Zaštita podataka u Europskoj uniji. Vijeće Europe još je u siječnju 1981. godine donijelo Konvenciju o zaštiti pojedinaca u vezi s automatskom obradbom osobnih podataka, a u veljači 1999. godine Preporuku br. (99) 5 koja se odnosi na Internet, tj. korisnike i pružatelje usluga na mreži. U Direktivi Europskoga parlamenta pod oznakom 95/46/EC iz listopada 1995. napominje se da treba voditi računa o osnovnim pravima pojedinaca, bez obzira na to što je unutar Unije osigurano slobodno kretanje osoba, roba, usluga i kapitala. Direktiva 2002/58/EC iz lipnja 2002. odnosi se na obradbu osobnih podataka i zaštitu privatnosti u području elektroničke komunikacije.“ Sudar Kulčar, M. (2005), *Zaštita privatnosti i sigurnost pohranjenih podataka s osvrtom na izravni (direktni) marketing*, Politička misao, Vol. XLII, (2005), br. 4, 100.

62 Više vidjeti: Kulović, A., Mulaomerović, J., „Primarni“ nosioci zaštite potrošača u Bosni i Hercegovini, Časopis za ekonomiju i politiku tranzicije/Journal of economic and politics of Transition, godina XII-Tuzla-Travnik-Zagreb-Beograd-Bukurešt, 2011/28.

63 Županijski sud u Zagrebu, Gž. 5173/10–2 od 23. 11. 2010. (javne usluge); Županijski sud u Zagrebu, Gž. 7188/08–2 od 21. 4. 2009. (javne usluge); Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1074/08-2 od 4. 8. 2008. (kupoprodaja); Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1052/08–2 od 12. 6. 2008. (potrošački zajam); Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (VTSRH), Pž. 3114/05-3 od 26. 10. 2007. Stickelmann et al., 2009, 11.

individualne tužbe, vansudskim rješavanjem sporova ili putem zaštite kolektivnih interesa potrošača. Odredba čl. 105 ZZPH-a o vansudskom rješavanju potrošačkih sporova usuglašena je s Preporukom 98/257/EZ o načelima koja primjenjuju tijela odgovorna za provođenje vansudskog rješavanja potrošačkih sporova i Preporukom 2001/310/EZ o načelima vansudskih tijela koja su uključena u sporazumno rješavanje potrošačkih sporova.⁶⁴ Prema čl. 105, st. 1 ZZPH u slučaju spora između potrošača i trgovca, može se podnijeti prijava Sudu časti Hrvatske gospodarske komore, Sudu časti Hrvatske obrtničke komore ili prijedlog za mirenje pri centrima za mirenje.

U Republici Hrvatskoj je predviđen postupak za zaštitu kolektivnih interesa i prava 2011. godine u Zakonu o parničnom postupku,⁶⁵ gdje je dodata nova glava trideset druga koja nosi naziv: "Tužba za zaštitu kolektivnih interesa i prava" sa članovima 502.a do 502h.⁶⁶ Udružna tužba je regulisana Zakonom o zaštiti potrošača⁶⁷ i Zakonom o suzbijanju diskriminacije.⁶⁸

64 Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes, OJ L115 [1998], str. 31.; Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (Text with EEA relevance) (notified under document number C(2001) 1016), OJ L 109, 19. 4. 2001, str. 56.

65 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (Narodne novine, 53/9191/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11 (prečišćeni tekst) i 25/13 – dalje ZPP).

66 M. Pavlović, *Značaj tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 3/2015, 799–803.

67 čl. 106 ZZPH.

68 čl. 24 Zakona o suzbijanju diskriminacije, *Narodne novine*, Br. 85/08 i 112/12. Prema odredbi st. 1, čl. 502.a ZZPH aktivno legitimisani za podnošenje tužbe sudu su udruge, tijela, ustanove ili druge organizacije osnovane u skladu sa zakonom, koje se u sklopu svoje registrovane ili propisom određene djelatnosti bave zaštitom zakonom u tvrđenih kolektivnih interesa i prava građana. One mogu, ako je takvo ovlaštenje posebnim zakonom izrijekom predviđeno i uz uslove predviđene zakonom, podnijeti t u žbu protiv fizičkog ili pravnog lica koja obavljanjem određene djelatnosti ili uopšte radom, postupanjem, uključujući i propuštanja, teže povrjeđuje ili ozbiljno ugrožava takve kolektivne interese i prava. Prvi primjer tužbe za zaštitu kolektivnih interesa potrošača je tužba koju je 2011. godine podnijela Udruga Franak trgovačkom sudu u Zagrebu protiv sedam poslovnih banaka. Zaštita potrošača zaštićena je prekršajnom odgovornošću kao javnopravnom sankcijom (čl. 138–141) ZZPH. Prema čl. 134 ZZPH nadzor nad sprovođenjem ovog zakona vrše tržišni inspektori Ministarstva gospodarstva u skladu sa ovlastima određenim posebnim zakonom. Vidi: Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 od 25. 7. 2006; Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 od 25. 7. 2006. E. Miščenić, (2013), 25.

5. Zaključak

Kada je u pitanju odustanak potrošača kod ugovora o prodaji na daljinu putem interneta, ukazali smo u radu na specifična rješenja ZZPRS, prevashodno u odnosu na pravila koja se tiču normi ZOO koje se odnose na raskid ugovora. Kada su u pitanju rokovi u okviru kojih potrošač može odustati od ugovora o prodaji na daljinu, kod ugovora o pružanju usluga, rok od 14 dana računa se od trenutka zaključenja ugovora između potrošača i trgovca, dok kod ugovora o prodaji robe, rok od 14 dana računa se od trenutka kada roba doprije u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je odredio potrošač, a koje nije prevoznik.

Potrošač pravo na odustanak od ugovora mora da iskoristi prije isteka roka, kako je to predviđeno u rokovima o ZZPS i Direktivi o pravima potrošača, korišćenjem obrasca za odustanak od ugovora ili davanjem nedvosmislene izjave u kojoj je iskazana njegova odluka o odustanku od ugovora. Kada se ostvari pravo odustajanja prestaju obaveze stranaka da izvrše ugovor na daljinu, ili u slučajevima kada je potrošač dao ponudu, da zaključe ugovor na daljinu. Tu se nalaze i posebna pravila koja se odnose na obaveze trgovca i obaveze potrošača u slučaju odustanka od ugovora.

U slučaju da potrošač ostvari pravo na odustanak od ugovora, prestaje pravno dejstvo povezanih ugovora. Ovo se svakako odnosi i na ugovor o kreditu koji je povezan s potrošačkim ugovorom. Postoje određeni slučajevi u kojima potrošač neće imati pravo da odustane od ugovora. To se odnosi na 13 slučajeva predviđenih u Direktivi o pravima potrošača i ZZPS. Rješenja novog ZZPS su u potpunosti usklađena sa onima iz Direktive o pravima potrošača 2011/83/EU, međutim postavlja se pitanje koliko se ta prava potrošača u praksi zaista i primjenjuju. Kada je u pitanju zaštita potrošača u slučaju mogućih sporova, predviđena je sudska zaštita od strane nedržavnih i državnih organa, kao i vansudska zaštita.

Literatura

1. Bačanin, N. (2009). Inspekcijski nadzor kao poseban oblik institucionalne zaštite potrošača, *Od Caveat emptor do caveat venditor*. Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu. (V majski pravnički dani). 420–447;
2. Brčić-Stipčević, V., Renko, S. (2008). Koliki je stupanj potrošačke osviještenosti studentske populacije? *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, godina 6. 354;
3. Zdraveva, N. (2007), *Potrošačko pravo na raskid ugovora prema Predlogu uredbe*

o zajedničkom pravu prodaje, makedonskom i njemačkom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*. Retrieved 13. August. 2017. from <http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/AnaliBr14god7/7.pdf>;

4. Klarić, P., Vedriš, M. (2009). *Građansko pravo*. Zagreb: Narodne novine;
5. Kulović, A., Mulaomerović, J. (2011). „Primarni“ nosioci zaštite potrošača u Bosni i Hercegovini, *Časopis za ekonomiju i politiku tranzicije/Journal of economic and politics of Transition*, godina XII-Tuzla-Travnik-Zagreb-Beograd-Bukurešt. 28;
6. Mišćenić, E. (2013). Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. vol. IV, No. 1, 15, 25;
7. Mišćenić, A., Butorac Malnar, V. (2017). Online rješavanje potrošačkih sporova, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. vol. VIII, br. 1/2017. 103–104;
8. Perović, S. (1990). *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list SFRJ (Gračanica: Štamparija);
9. Pavlović, M. (2015). Značaj tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. god. 52, 3/2015. 799–803;
10. M. Panić, Pravni aspekti prodaje na daljinu putem Interneta, doktorska disertacija, *Pravni fakultet Kragujevac*. 2015;
11. Misita, N. (1997), *Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice*, Sarajevo: Fond Otvoreno društvo Bosne i Hercegovine;
12. Stanković, G. (2009). Metodi za sudsku zaštitu prava potrošača, *Od Caveat emptor do caveat venditor*. Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu. (V majski pravnički dani). 407–418;
13. Stickelmann, S. (2016). The Influence of the European Union Consumer Protection Policy on Croatian Consumers, Radni materijal EIZ – EIZ Working Papers EIZ – WP - 1605, *Ekonomski institut, Zagreb*. 6, 11, 23–24;
14. Sudar Kulčar, M. (2005). Zaštita privatnosti i sigurnost pohranjenih podataka s osvrtom na izravni (direktni) marketing, *Politička misao*, Vol. XLII, br. 4. 100.
15. Horak, H., Pavletić Župić, M. (2005). Instrumenti i politika zaštite potrošača kao cilj zaštite slobodnog tržišnog natjecanja, *Ekonomski pregled*, 56 (11). 1032–1033;
16. Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik Republike Srbije*. Br. 98(2006);
17. Zakon o parničnom postupku Srbije. *Službeni glasnik Republike Srbije*. Br. 72(2011), Br. 49(2013) – Odluka US, Br. 74(2013) – Odluka US i Br. 55(2014).

18. Zakon o obligacionim odnosima – ZOO. *Službeni list SFRJ*. Br. 29(1978), 39(1985), 45/(1989), 57(1989), *Službeni list SFRJ*, Br. 31(1993) i *Službeni list SCG*. Br. 1(2003) – Ustavna povelja.
19. Zakon o zaštiti potrošača – ZZPS. *Službeni glasnik Republike Srbije*. Br. 62(2014) i 6(2016);
20. Zakon o varstvu potrošnikov – ZVP. *Uradni list RS*, br. 98(2004), 98(2004) – uradno prečišćeno besedilo, 46(2006) – odločba US, 126(2007) in 86(2009) i 78(2011), 38(2014) i 19(2015);
21. Zakon o zaštiti potrošača Hrvatske – ZZPH. *Narodne novine*. Br. 41(2014) i 110(2015);
22. Zakon za zaštita na potrošivačite Makedonije – ZZPM. *Služben vesnik na R. Makedonija*. Br. 38(2004), 77(2007), 103(2008) i 24/(2011);
23. Zakon o zaštiti potrošača Crne Gore – ZZPCG. *Sl. list Crne Gore*. Br.2(2014);
24. Zakon o zaštiti potrošača Republike Srpske – ZZPRS. *Sl. glasnik Republike Srpske*. Br. 6(2012), 63(2014) i 18(2017);
25. The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations (2013), 2013 No. 3134, Statutory instruments;
26. Statutory instruments 2013, No. 313, The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations (2013);
27. Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 od 25. 7. 2006;
28. Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 od 25. 7. 2006;
29. Županijski sud u Zagrebu, Gž. 5173/10–2 od 23. 11. 2010. (javne usluge);
30. Županijski sud u Zagrebu, Gž. 7188/08–2 od 21. 4. 2009. (javne usluge);
31. Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1074/08-2 od 4. 8. 2008. (kupoprodaja);
32. Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1052/08–2 od 12. 6. 2008. (potrošački zajam);
33. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (VTSRH), Pž. 3114/05-3 od 26. 10. 2007;
34. Case C – 423/97, Travel Vac SL Manuel Jose Antelim Sanchis ECJ 22 April 1999, ECR 1999 I-02195, Retrieved 13. August 2017. From [http://www.prf.unze.ba/ Docs/Anali/AnaliBr14god7/7.pdf](http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/AnaliBr14god7/7.pdf);
35. COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2015/1051 of 1 July 2015 on the modalities for the exercise of the functions of the online dispute resolution

platform, on the modalities of the electronic complaint form and on the modalities of the cooperation between contact points provided for in Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes, Retrieved 23. August 2017, from http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.171.01.0001.01.HRV&toc=OJ:L:2015:171:TOC

36. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. Retrived, 21, July 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083;>

37. Smjernice glavne uprave za pravosuđe o Direktivi 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, 44, retrieved 16. December 2014 from http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf

Milica Panić, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of East Sarajevo,
Pale, Republika Srpska, BH

**THE CONSUMER'S RIGHT TO WITHDRAW FROM DISTANCE
SALES CONTRACTS VIA THE INTERNET**

Summary

This paper discusses consumer rights concerning the abandonment of the contract of distance sale via the Internet. In order to harmonize their legislations with the European Union law, the Republic of Serbia and the former Yugoslav republics have either passed new legislative acts on consumer protection or amended the outdated ones. In particular, the legislation had to comply with the Directive on Consumer Rights 2011/83/EU. In this article, the author discusses cases where the consumer has the right to withdraw from a contract, particularly focusing on the manner of exercising this right and calculating the time limits for withdrawal, how the withdrawal affects co-related contracts, and examining the exceptions to the right of withdrawal from a contract. In writing this paper, the author used the legal, historical and comparative methods. The aim is to examine whether the legal solutions contained in the new Consumer Protection Act of the Republic of Serbia are in compliance with the Directive on Consumer Rights 2011/83/EU.

Keywords: consumer, trader, withdrawal, contract, Internet.

Dr Ivana Rakić,*
Spoljni saradnik Instituta za uporedno pravo
Komisija za zaštitu konkurencije Republike Srbije

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776731R

339.137:330.322][4-672EU)
Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

ZAJEDNIČKO ULAGANJE (JOINT VENTURE) KAO PREDMET KONTROLE U PRAVU KONKURENCIJE EU: PRIMENA FULL-FUNCTION KRITERIJUMA

Apstrakt: Globalizacija je glavni razlog zašto učesnici na tržištu putem zajedničkog ulaganja (joint venture) nastoje da ostvare svoje poslovne strategije. Međunarodna zajednička ulaganja se poslednje dve decenije koriste u velikom obimu i danas su postala uobičajena praksa u poslovnom svetu.

Pravo konkurencije EU i pravila o kontroli koncentracija mogu uticati na zajednička ulaganja, jer zajedničko ulaganje, po svojoj prirodi, uključuje saradnju stvarnih ili potencijalnih konkurenata kojom bi se mogla narušiti konkurencija na tržištu EU. Opšte-prihvaćeno je da se zajedničkim ulaganjem smatra učesnik na tržištu nad kojim zajedničku kontrolu zajedno vrši nekoliko drugih učesnika na tržištu, a na učesnicima u zajedničkom ulaganju je da utvrde da li je to ulaganje u skladu sa pravom konkurencije, tj. da li ono ispunjava full-function kriterijume. Od odgovora na ovo pitanje zavisi i koja pravila će se u konkretnom slučaju primeniti.

U radu se daje pregled smernica i prakse Evropske komisije u postupcima kontrole koncentracija u pogledu primene full-function kriterijuma, koji određuju obim primene pravila o kontroli koncentracija na zajednička ulaganja. Autor ukazuje na različite situacije koje nastaju zajedničkim ulaganjem i napominje da je praksa Evropske komisije nekonzistentna kada treba odgovoriti kada i na koje transakcije se moraju primeniti full-function kriterijumi. Nesigurnost u pogledu primene ovih kriterijuma je uslovljena smernicama Evropske komisije i njenom analizom koja se razlikuje u svakom pojedinačnom slučaju.

Ključne reči: zajedničko ulaganje, full-function kriterijumi, kontrola koncentracija, pravo konkurencije, EU.

* ivanarakic12@gmail.com

1. Uvod

U vremenu globalizacije, imperativ opstanka i napredovanja učesnika na tržištu, suočenih sa veoma snažnim konkurentskim pritiscima, jeste njihova sposobnost da reaguju na česte promene na tržištu. Ponašajući se u skladu sa novonastalim tržišnim uslovima, oni su prinuđeni da na izazove tržišta često odgovore eksternim rastom – povezivanjem sa drugim u česnicima na (svetskom) tržištu. Zajedničko ulaganje (zajednički poduhvat) predstavlja upravo jedan od najčešćih načina povezivanja učesnika na tržištu i njihove ekspanzije na međunarodnom tržištu, koje, pod određenim uslovima, istovremeno podleže kontroli koncentracija. Uloga ovakvih prekograničnih poslovnih aktivnosti učesnika na tržištu, posebno onih čiji su učesnici velike multinacionalne kompanije, postaje sve značajnija i čak dominantna u pojedinim privrednim sektorima.

Zajedničko ulaganje (*joint venture*) se u literaturi definiše kao ugovorno povezivanje dva ili više u česnika na tržištu u cilju ostvarivanja određenog zajedničkog poslovnog poduhvata, tako što ugovorne strane zajednički ulažu sredstva u poslovni poduhvat, dele rizik i dobit, i zajednički donose odluke dok poduhvat traje (Stefanović, 1998: 515 i 516; Cerovac, 2010: 198). Udruživanjem svojih određenih potencijala, učesnici na tržištu se na ovaj način povezuju po sličnim principima kao i fizička lica, i ostaju pri tome samostalni pravni subjekti, a udružuju se samo zbog poslovnog poduhvata u kojem imaju zajednički cilj i interes (npr. zbog zajedničke proizvodnje, distribucije, pružanja usluga, istraživanja i razvoja) (Stefanović, 1998: 524; Kapural: 3). Mogu se otuda izdvojiti sledeći konstitutivni elementi zajedničkog ulaganja: zajednički cilj, zajednička kontrola nad sprovođenjem kapitalne transakcije i određena stalnost u pogledu trajanja kapitalne transakcije (Graić Stepanović, 2007: 454).

Primena pravila o zaštiti konkurencije na zajednička ulaganja uslovljena je kvalifikovanjem ponašanja učesnika na tržištu u konkretnom slučaju, pa se na konkretno ponašanje mogu primeniti pravila o restriktivnim sporazumima i/ili o kontroli koncentracija, ili se pravila o zaštiti konkurencije uopšte ne mogu primeniti. Procena takvog ponašanja se mora izvršiti u svakom konkretnom slučaju (*case by case*), jer zajedničko ulaganje, po svojoj prirodi, uključuje saradnju stvarnih ili potencijalnih konkurenata kojom bi se mogla narušiti konkurencija na tržištu. Opšteprihvaćeno je da se zajedničkim ulaganjem smatra u česnik na tržištu nad kojim zajedničku kontrolu vrši nekoliko drugih učesnika

na tržištu, a na učesnicima u zajedničkom ulaganju je da utvrde da li je to ulaganje u skladu sa pravom konkurencije, tj. da li ono ispunjava *full-function* kriterijume. Od odgovora na ovo pitanje zavisi i koja pravila će se u konkretnom slučaju primeniti.

U radu se daje pregled smernica i prakse Evropske komisije u postupcima kontrole koncentracija u pogledu primene *full-function* kriterijuma koji određuju obim primene pravila o kontroli koncentracija na zajednička ulaganja. Autor ukazuje na različite situacije koje nastaju zajedničkim ulaganjem i napominje da je praksa Evropske komisije nekonzistentna u pogledu transakcije na koje treba, odnosno ne treba primeniti *full-function* kriterijume u takvim situacijama. Nesigurnost u pogledu primene ovih kriterijuma je uslovljena smernicama Evropske komisije i analizama koje ona vrši a koje se razlikuju u svakom pojedinačnom slučaju.

2. Pravila o kontroli koncentracija

Uzimajući u obzir različite oblike saradnje učesnika na tržištu koji nastaju kao rezultat zajedničkog ulaganja, koncentracijama se označavaju ona zajednička ulaganja kada dva ili više učesnika na tržištu osnivaju novog učesnika na tržištu i preuzimaju zajedničku kontrolu nad njim, prenoseći na zajedničkog kontrolisanog učesnika obavljanje iste vrste delatnosti koju su oni do tada samostalno obavljali. Otuda koncentraciju predstavlja samo ono zajedničko ulaganje dva ili više učesnika na tržištu u cilju stvaranja novog učesnika na tržištu, koji posluje na dugoročnoj (trajnoj) osnovi i ima sve funkcije nezavisnog učesnika na tržištu (*full-function joint venture*).¹

Usvajanjem Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima prema Uredbi Saveta (EZ) br. 139/2004 o kontroli koncentracija između učesnika na tržištu,² iz 2008. godine, napuštena je podela zajedničkog ulaganja na koncentrativno i kooperativno zajedničko ulaganje, a uvedena je podela na *full-function joint venture* i *non-full-function joint venture*, utvrđivanjem dodatnih kriterijuma za razlikovanje zajedničkog ulaganja.³

1 Vid. čl. 3(4) Uredbe EU o koncentracijama (Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, L. 24/2004).

2 Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings), *O.J.*, br. C. 95/2008.

3 Više o praksi Evropske komisije i o kriterijumima koji su se primenjivali pre Uredbe o koncentracijama iz 2004. godine i pre Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima iz 2008. godine vid. Fine, F. L., 1994: 1 i dalje; Götting, H-P., Nikowitz, W.,

Postojanje koncentracije se utvrđuje na osnovu kriterijuma obavljanja svih funkcija samostalnog učesnika na tržištu (eng. *full-function*), na osnovu kojeg se vrši i razlikovanje zajedničkog ulaganja koje predstavlja koncentraciju od restriktivnih sporazuma. Ovo razlikovanje je neophodno, jer učesnici u zajedničkom poslovnom poduhvatu nekada ne prenose obavljanje delatnosti na zajedničkog učesnika, nego zadržavaju svoje funkcije kako bi nastavili da samostalno obavljaju delatnost, kada zajedničko ulaganje ima za cilj koordinaciju njihovih tržišnih aktivnosti, pa time i eliminisanje međusobne konkurencije na nekom planu. Zajedničko ulaganje se i tada smatra koncentracijom, ali se ocenjuje i u skladu sa propisima o restriktivnim sporazumima.⁴

Ako zajednički učesnik preuzima poslove kontrolnih učesnika i sve funkcije samostalnog učesnika na tržištu u određenoj delatnosti, a kontrolni učesnici prestaju da obavljaju tu delatnost, onda se smatra da je zajednički učesnik sposoban da samostalno funkcioniše na tržištu, odnosno da je potpuno funkcionalan u česnik na tržištu. Njegova funkcionalnost i ekonomska samostalnost ne znači da on ima samostalnost u pogledu usvajanja strateških odluka, jer se u suprotnom ne bi moglo smatrati da je nad njim stečena zajednička kontrola. Zbog toga se smatra da zajednički učesnik ispunjava uslov funkcionalnosti ako je samostalan u operativnom smislu.⁵

Ispunjenost ovog uslova procenjuje se na osnovu nekoliko kriterijuma. *Prvo* je neophodno utvrditi da li zajednički učesnik ima dovoljno sredstava za samostalno obavljanje delatnosti na tržištu.⁶ *Drugi kriterijum* koji je potrebno ispuniti jeste obavljanje više aktivnosti osim jedne specifične aktivnosti kontrolnih učesnika, tako da će se smatrati da zajednički učesnik nije samostalan ekonomski entitet ako preuzme jednu ili više određenih funkcija, odnosno delatnosti iz poslovne aktivnosti kontrolnog učesnika koje obavlja samo za svoje osnivače, a ne za treća lica, i pri tome nema pristup tržištu ili nije samostalno prisutan na njemu. *Treći kriterijum* se odnosi na trgovanje zajedničkog učesnika s kontrolnim učesnicima i na obim te trgovine, što se utvrđuje na osnovu aktivnosti i snažnog prisustva kontrolnih učesnika na uzvodnim ili nizvodnim tržištima, posebno ako njihovo

1989: 196-204; Hawk, B. E., 1991: 309-324; Riggs, J. H., Giustini, A., 1991: 876-883; Stewart, T. P., Abellard, D. A., 1990: 318-324.

4 Vid. čl. 2(4) Uredbe EU o kontroli koncentracija.

5 Vid. t. 93. Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima. Vid. i slu čaj T-282/02 *Cementbouw v. Commission* [2006], t. 62.

6 Vid. t. 94. Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima.

prisustvo dovodi do značajne prodaje ili kupovine između kontrolnih i zajedničkog učesnika.⁷ Četvrti uslov je da zajednički učesnik mora biti osnovan na dugoročnoj osnovi, odnosno mora trajno obavljati funkcije koje obavljaju ili su obavljali kontrolni učesnici. Ovakvo uslovljavanje je u skladu sa zahtevom da koncentracija nastaje promenom kontrole nad u česnikom na tržištu na *trajnoj* osnovi, pa se koncentracijom neće smatrati zajedničko ulaganje ako je zajednički učesnik osnovan samo na kratak, ograničen vremenski period.

Ovi kriterijumi pokazuju da je prilikom ocene zajedničkog ulaganja najvažnije utvrditi o kojem obliku zajedničkog ulaganja se radi, odnosno da li ono predstavlja koncentraciju ili je reč o sporazumu koji podleže oceni samo prema pravilima o restriktivnim sporazumima. Da bi se to utvrdilo, neophodno je u svakom konkretnom slučaju analizirati da li zajednički učesnik ima odlike autonomnog poslovnog entiteta, tj. da li može obavljati sve funkcije koje obavljaju i drugi samostalni učesnici na tržištu.

Međutim, postavlja se pitanje da li u svakom slučaju koji se odnosi na različite oblike zajedničkog ulaganja u česnika na tržištu treba primeniti *full-function* kriterijume kako bi zajedničko ulaganje bilo predmet kontrole u skladu sa pravilima o kontroli koncentracija ili je takvu kontrolu moguće vršiti primenom drugih pravila. Praksa pokazuje da Evropska komisija u takvim slučajevima nije dosledna i da ne primenjuje jedinstvena pravila, odnosno da nekada primenjuje *full-function* kriterijume, a nekada pravila o sticanju zajedničke kontrole i promeni oblika kontrole iz pojedinačne u zajedničku kontrolu.

3. Praksa Evropske komisije

Opšteprihvaćeno je da se koncepcija zajedničkog ulaganja u praksi EU izjednačava sa sticanjem, odnosno postojanjem zajedničke kontrole nad drugim učesnikom na tržištu i da je rezultat zajedničkog ulaganja uvek učesnik na tržištu nad kojim se vrši zajednička kontrola.⁸ Razlikuju se, međutim, načini sticanja ovakve zajedničke kontrole: osnivanje novog učesnika na tržištu koje će biti pod zajedničkom kontrolom njegovih osnivača; sticanje zajedničke kontrole nad postojećim učesnikom na tržištu nad kojim je kontrolu vršio treći u česnik na tržištu; i sticanje zajedničke kontrole nad postojećim u česnikom na tržištu

7 Vid. t. 97 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima.

8 Vid. t. 62, 63, 76 i 79 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima.

nad kojim je pojedinačnu kontrolu do tada vršio jedan od učesnika u zajedničkom ulaganju.

Dakle, zajedničko ulaganje može *nastati* osnivanjem novog učesnika na tržištu ili sticanjem zajedničke kontrole nad postojećim učesnikom na tržištu (koji je bio pod pojedinačnom kontrolom trećeg učesnika ili jednog od učesnika u zajedničkom ulaganju). Međutim, *postojeće* zajedničko ulaganje, odnosno u česnik na tržištu koji je već pod zajedničkom kontrolom, može nastaviti da postoji ulaskom novog učesnika (zamenom nekog od postojećih učesnika u ulaganju ili ulaskom dodatnog ulagača).

Praksa Evropske komisije ukazuje na to da se *full-function* kriterijumi ne primenjuju u svim navedenim slučajevima, kao i da se ne primenjuju jednako u sličnim situacijama, što će u nastavku biti objašnjeno. Njihova primena zavisi od načina realizovanja zajedničkog ulaganja, pa se tako uvek primenjuju u slu čaju osnivanja novog u česnika na tržištu, a ne primenjuju se u slučajevima sticanja zajedničke kontrole nad postojećim učesnikom na tržištu koji je bio pod pojedinačnom kontrolom trećeg učesnika. U ostalim slučajevima, ne primenjuju se uvek, a nije jasno od čega zavisi njihova primena u konkretnom slučaju. Takva praksa se nije značajno promenila ni nakon usvajanja Uredbe o koncentracijama iz 2004. godine, kao ni nakon usvajanja Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima iz 2008. godine.

3.1. Osnivanje novog učesnika na tržištu

Dosledna primena *full-function* kriterijuma je najjasnija u slučajevima „stvaranja“ zajedničkog ulaganja, osnivanjem potpuno novog učesnika na tržištu (npr. u formi novog privrednog društva), s obzirom na to da je Obaveštenje Evropske komisije o nadležnostima ovaj slučaj detaljno predvideo. „Stvaranje“ (*creation*) zajedničkog ulaganja se sada znatno uže tumači, i shvata se kao osnivanje novog učesnika na tržištu. Ovakvo tumačenje proizlazi i iz Uredbe o koncentracijama, koja pravi razliku između zajedničkog ulaganja putem osnivanja novog učesnika na tržištu, s jedne strane, i sticanja zajedničke kontrole nad drugim učesnikom, s druge strane.

Evropska komisija konzistentno primenjuje *full-function* kriterijume u navedenim slučajevima kako bi utvrdila da li konkretna transakcija predstavlja koncentraciju. Ukoliko se utvrdi da se radi o „zajedničkom ulaganju dva ili više u česnika na tržištu u cilju stvaranja novog učesnika na tržištu, koji posluje na dugoročnoj (trajnoj) osnovi i ima

sve funkcije nezavisnog učesnika na tržištu (*full-function joint venture*),⁹ Evropska komisija takvu transakciju ocenjuje u skladu sa pravilima o kontroli koncentracija.

Praksa EU pokazuje da iako primena *full-function* kriterijuma zahteva nekada detaljniju analizu, Evropska komisija takve analize ne vrši uvek, jer ocena funkcionalnosti novog učesnika na tržištu, po pravilu, nije problematična (Balta, 2012: 22–23). U nekim odlukama, Evropska komisija samo ukazuje na to da predmetna transakcija jeste koncentracija u smislu člana 3(4) Uredbe o koncentracijama jer će zajednički novi u česnik na tržištu „poslovati na dugoročnoj osnovi i imati sve funkcije nezavisnog učesnika na tržištu“, bez ispitivanja činilaca na osnovu kojih se zapravo može smatrati da zajedničko ulaganje ispunjava *full-function* kriterijume. Često se samo konstatuje da zajedničko ulaganje ispunjava uslove predviđene Obaveštenjem Evropske komisije o nadležnostima, uz njihovo ponavljanje nakon ove ocene (Balta, 2012: 22–23).¹⁰

Ukoliko se prilikom ocene utvrdi da nije ispunjen neki od *full-function* kriterijuma (npr. zajednički u česnik nema dovoljno sredstava za samostalno obavljanje delatnosti na tržištu), transakcija ne predstavlja koncentraciju i ne podleže kontroli, s obzirom da se ne radi o „stvaranju novog učesnika na tržištu, koji posluje na dugoročnoj (trajnoj) osnovi i ima sve funkcije nezavisnog učesnika na tržištu“. Takvih slučajeva je bilo nekoliko u dosadašnjoj praksi Evropske komisije, čak i pre usvajanja Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima iz 2008. godine,¹¹ i uglavnom se radi o *grinfield* investicijama kod kojih zajednički ulagači (osnivači novog društva) ne doprinose zajedničkom ulaganju svojom postojećom imovinom. Ukoliko osnivači doprinose zajedničkom ulaganju postojećom imovinom ili poslovanjem koje je bilo (samo) u njihovom vlasništvu, takva transakcija će biti koncentracija i posledično predmet kontrole samo ako ispunjava sve *full-function* kriterijume.¹²

9 Vid. čl. 3(4) Uredbe EU o koncentracijama.

10 Vid. npr. slu. čajeve M. 5227 *Robert Bosch / Samsung / JV*, para 6, i M. 6091 *Galenica / Fresenius Medical Care / Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma JV*, para 10.

11 Vid. slu. čajeve IV/M.176 – *Sunrise* (1992), IV/M.207 – *EUREKO* (1992), IV/M.285 – *Pasteur- Mérieux/Merck* (1993), IV/M.293 – *Philips/Thomson/SAGEM* (1993), IV/M.353 – *British Telecom / MCI* (1993), IV/M.538 – *OMNITEL* (1995), IV/M.551 – *ATR/BAe* (1995), IV/M.904 – *RSB/TENEX/Fuel Logistic* (1997), IV/M. 1315 – *ENW/Eastern* (1998), COMP/M.3003 – *Electrabel/Energia Italiana/Interpower* (2002).

12 Vid. t. 92 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima („*Full-function* kriterijumi otuda određuju primenu Uredbe o koncentracijama u pogledu zajedničkog

3.2. Sticanje zajedničke kontrole nad trećim učesnikom na tržištu

Praksa Evropske komisije je dosledna i jasna i u slu čajevima kada se zajednička kontrola stiče nad postojećim učesnikom, i to tako što se ona preuzima od trećeg lica koje već kontroliše tog učesnika, kao njegov vlasnik. Pod takvim uslovima, ovakvo zajedničko ulaganje se uvek smatra koncentracijom, s obzirom na to da se ono tada ceni prema pravilima o sticanju zajedničke kontrole, nezavisno od toga da li postojeći učesnik ima sve funkcije nezavisnog učesnika na tržištu.¹³

To znači da se *full-function* kriterijumi ne primenjuju prilikom sticanja zajedničke kontrole nad trećim učesnikom na tržištu, što je izričito propisano Obaveštenjem Evropske komisije o nadležnostima iz 2008. godine. Do 2008. godine, praksa Evropske komisije je bila neujednačena, jer izričita pravila nisu bila predviđena, pa je u pojedinim slučajevima Evropska komisija ipak vršila ocenu *full-function* kriterijuma. Nakon usvajanja Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima, uspostavljena je nova praksa, pa ni u jednom slu čaju nije više vršena ocena ovih kriterijuma, a u pojedinim odlukama se izričito vršilo upućivanje na t. 91 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima (Rudolf, Leupold, 2012: 443; Balta, 2012: 24–36).¹⁴

U ovakvim slučajevima se zapravo radi o promeni vršilaca kontrole nad postojećim učesnikom na tržištu, gde se umesto jednog kontrolnog člana, pojavljuju novi članovi, koji će zajednički vršiti kontrolu nad tim učesnikom. Zato se ovakva zajednička ulaganja izjednačavaju sa sticanjem kontrole od strane jednog ili više učesnika na tržištu nad drugim učesnikom, što se uobičajeno smatra koncentracijom. Kao i prilikom sticanja pojedinačne (samostalne) kontrole, ovakvo sticanje

ulaganja, bez obzira na to da li takvo ulaganje nastaje kao *grinfild* investicija ili strane doprinose zajedničkom ulaganju imovinom koja je bila u njihovom pojedinačnom vlasništvu"). Isto i Rudolf, Leupold, 2012: 440–441; Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 568.

13 Vid. t. 91 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima („[...] transakcija koja uključuje nekoliko učesnika na tržištu koji preuzimaju zajedničku kontrolu nad drugim učesnikom na tržištu ili nad delovima drugog učesnika na tržištu, [...], od trećih lica, predstavlja koncentraciju u smislu člana 3(1) [Uredbe o koncentracijama], bez potrebe da se razmatraju *full-function* kriterijumi“).

14 U Obaveštenju Evropske komisije o nadležnostima se istovremeno ukazuje i na sticanje kontrole nad *delom* drugog učesnika na tržištu, što znači da se sva navedena pravila primenjuju i u tim situacijama, a ne samo kada se stiče kontrola nad drugim učesnikom u celini.

zajedničke kontrole vodi promeni u strukturi tržišta, čak i ako se, prema planovima učesnika u koncentraciji, nakon transakcije, učesnik nad kojim se stiče kontrola neće smatrati potpuno funkcionalnim (npr. zato što će u budućnosti prodavati proizvode isključivo svojim matičnim društvima).¹⁵

Smatra se da se Obaveštenje Evropske komisije o nadležnostima može tumačiti tako da ono znači da se *full-function* kriterijumi uopšte ne primenjuju u navedenim slučajevima, a ne da se oni tada smatraju ispunjenim (Balta, 2012: 33). Iako se u odlukama Evropske komisije ovakav izričit zaključak ne izvodi (već samo zaključak da nema potrebe da se razmatraju *full-function* kriterijumi) (Balta, 2012: 33), navedeno tumačenje potvrđuju odredbe Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima. Prema tim odredbama, zajedničko ulaganje koje se realizuje sticanjem zajedničke kontrole nad trećim učesnikom na tržištu smatra se koncentracijom, bez ocene ispunjenosti *full-function* kriterijuma, čak i ako ciljno društvo nakon koncentracije neće ispunjavati *full-function* kriterijume. To znači da ne važi pretpostavka da su kriterijumi ispunjeni, već da se oni ne primenjuju, jer transakcija predstavlja koncentraciju i kada kriterijumi nisu ispunjeni (Balta, 2012: 33–34; Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 569).

3.3. Promena oblika kontrole iz pojedinačne u zajedničku kontrolu nad postojećim učesnikom na tržištu

Najviše nedoumica i nesigurnosti u primeni *full-function* kriterijuma postoji u slučajevima sticanja zajedničke kontrole nad postojećim učesnikom na tržištu nad kojim je pojedinačnu kontrolu do tada vršio jedan od učesnika u zajedničkom ulaganju, kada se dotadašnja pojedinačna kontrola jednog od učesnika u zajedničkom ulaganju menja u zajedničku kontrolu svih ulagača. U tim slučajevima se postavlja pitanje da li se zajedničko ulaganje tada posmatra kao sticanje zajedničke kontrole (promena oblika kontrole) ili kao „stvaranje“ novog učesnika, od čega i zavisi da li će se primenjivati *full-function* kriterijumi (uključujući mogućnost da se tada utvrdi da transakcija nije koncentracija) ili se radi o koncentraciji koja podleže kontroli, bez obzira na primenu kriterijuma.

¹⁵ Vid. t. 91 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima. Ova pravila ne bi važila kada bi učesnik koji je prethodno vršio pojedinačnu kontrolu nastavio da vrši zajedničku kontrolu sa novim kontrolnim članovima, tj. kada bi zadržao svoje kontrolno učešće koje mu omogućava zajedničku kontrolu (Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 570).

Istraživanja o postupanju Evropske komisije u ovim slučajevima do 2012. godine pokazuju neujednačenost u njenom postupanju i različit, trojaki pristup prilikom odlučivanja (Balta, 2012: 37–45; Rudolf, Leupold, 2012: 441–442). U pojedinim slučajevima, Evropska komisija je razmatrala ispunjenost *full-function* kriterijuma, a u ostalim nije, praveći pri tome razliku u načinu na koji je ukazivala na postojanje koncentracije i nekada ipak ukazujući na član 3(4) Uredbe o koncentracijama koji govori o oceni *full-function* kriterijuma.¹⁶

Prvi pristup se ogleda u izjednačavanju navedenih transakcija sa „stvaranjem“ zajedničkog ulaganja i ispitivanju funkcionalnosti „novog“ učesnika koji se nalazi pod zajedničkom kontrolom, zbog čega su se i primenjivali *full-function* kriterijumi. Pri tome, Evropska komisija je u odlukama ukazivala na primenu članova 3(1)(b) i 3(4) Uredbe o koncentracijama, bez postojanja neke doslednosti u navedenom odlučivanju.

Drugi pristup nastoji da posmatra ovakvo zajedničko ulaganje kao sticanje zajedničke kontrole nad trećim učesnikom na tržištu i da ukaže na primenu t. 91 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima, prema kojoj se *full-function* kriterijumi ne primenjuju u tim slučajevima. Koncentracija bi tada postojala, bez obzira na ispunjenost *full-function* kriterijuma.¹⁷

Treći pristup polazi od shvatanja da se ovakvo zajedničko ulaganje posmatra kao promena (oblika) kontrole iz pojedinačne u zajedničku kontrolu, što zahteva primenu t. 86 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima. Prema ovim pravilima, promena oblika kontrole predstavlja koncentraciju, bez potrebe da se vrši ocena ispunjenosti *full-function* kriterijuma.¹⁸

16 Jedno od sprovedenih istraživanja pokazuje da od 43 posmatrana slučaja ovakvog zajedničkog ulaganja, Evropska komisija je u 19 slučajeva primenjivala *full-function* kriterijume, a u ostala 24 slučaja, oni nisu uopšte razmatrani (Rudolf, Leupold, 2012: 442).

17 Vid. t. 91 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima („[...] transakcija koja uključuje nekoliko učesnika na tržištu koji preuzimaju zajedničku kontrolu nad drugim učesnikom na tržištu ili nad delovima drugog učesnika na tržištu, [...], od trećih lica, predstavlja koncentraciju u smislu člana 3(1) [Uredbe o koncentracijama], bez potrebe da se razmatraju *full-function* kriterijumi“).

18 Prema t. 86 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima, promena iz pojedinačne u zajedničku kontrolu se smatra transakcijom koja se može notifikovati, jer se menja oblik kontrole nad zajedničkim ulaganjem. Dakle, reč je o koncentraciji koja podleže kontroli u skladu sa pravilima koja predviđaju i druge uslove za postojanje obaveze prijave koncentracije.

Evropska komisija je neujednačeno postupala i pre donošenja Uredbe o koncentracijama iz 2004. godine, a takva praksa je nastavljena i nakon usvajanja ove uredbe, čak i nakon usvajanja Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima iz 2008. godine. Dakle, novi propisi nisu ponudili jasne kriterijume za postupanje Evropske komisije, tako da se još uvek ne može objasniti zašto u nekim slučajevima ona primenjuje *full-function* kriterijume, a u nekim ne, odnosno zašto se postupanje Evropske komisije razlikuje u istim slučajevima.¹⁹

Ipak, iako primena *full-function* kriterijuma još uvek zavisi od okolnosti svakog konkretnog slučaja (*case by case*), može se uočiti tendencija da je prethodnih nekoliko godina, naročito od 2011. i 2012. godine, sve više odluka o koncentracijama u kojima se ne primenjuju *full-function* kriterijumi, a tek nekoliko u kojima su kriterijumi bili primenjeni (Balta, 2012: 40). U tom pogledu se i nedoslednost u postupanju Evropske komisije smanjila, pa bi se moglo reći da je preovlađujuća praksa da se u slu čaju zajedničkog ulaganja koje nastaje promenom kontrole iz pojedinačne u zajedničku kontrolu ne primenjuju *full-function* kriterijumi.

Ovakva praksa se čini celishodnom i proizlazi i iz Uredbe o koncentracijama, koja, kao što je već navedeno, pravi razliku između zajedničkog ulaganja putem *osnivanja* novog učesnika na tržištu (*creation of joint venture*), s jedne strane, i sticanja zajedničke kontrole nad drugim učesnikom (*acquisitions of joint control*), s druge strane, kada nema potrebe za primenom ovih kriterijuma. Ostaje samo da se vidi da li je u tom slučaju prihvatljiviji drugi ili treći pristup Evropske komisije, s obzirom na to da dovode do istog rezultata – postojanje zajedničke kontrole nad postojećim učesnikom na tržištu i neprimenjivanje *full-function* kriterijuma.²⁰

Treći pristup – zajedničko ulaganje kao promena kontrole iz pojedinačne u zajedničku kontrolu, u skladu sa t. 86 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima – u tom pogledu se čini celishodan, jer se radi o postojećem učesniku na tržištu koji je prethodno bio pod pojedinačnom kontrolom, a nakon transakcije ostaje pod zajedničkom kontrolom. Osim toga, t. 86 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima se ne nalazi u okviru

19 U literaturi je izneto jedno moguće objašnjenje postupanja Evropske komisije, prema kojem njeno odlučivanje i primena *full-function* kriterijuma zavise od ovlašćenih s lu žbenih lica koja rešavaju konkretan predmet i od njihovog razu mevanja predviđenih kriterijuma (Balta, 2012: 54; Rudolf, Leupold, 2012: 442).

20 Tačke 86 i 91 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima nedvosmisleno ukazuju na to da se u situacijama predviđenim ovim odredbama ne primenjuju *full-function* kriterijumi.

odredaba o *full-function* zajedničkom ulaganju, a t. 91 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima se odnosi na preuzimanje ciljnog društva od *trećeg* učesnika kojeg u ovakvim transakcijama nema. Slična mišljenja su već izneta u literaturi (Balta, 2012: 43. i dalje; Rudolf, Leupold, 2012: 441. i dalje)

3.4. Pristupanje novog učesnika zajedničkom ulaganju

Praksa Evropske komisije je neusaglašena i u pogledu transakcija u kojima zajedničko ulaganje, odnosno učesnik na tržištu koji je već pod zajedničkom kontrolom, nastavlja da postoji nakon ulaska novog učesnika (zamenom nekog od postojećih učesnika u ulaganju ili ulaskom dodatnog ulagača). Istraživanja ponovo pokazuju da ne postoje jasne smernice kada Evropska komisija primenjuje *full-function* kriterijume, a kada ne (Rudolf, Leupold, 2012: 444).

Na ove transakcije je moguće primeniti pravilo da zajedničko ulaganje mora ispuniti *full-function* kriterijume da bi se smatralo koncentracijom (prema t. 92 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima), ali i pravilo da pristupanje novog člana društvu koje se nalazi pod zajedničkom kontrolom takođe predstavlja koncentraciju, iako se to društvo nalazi pod zajedničkom kontrolom pre i posle transakcije (prema t. 87 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima), bez razmatranja *full-function* kriterijuma. Ipak, dosadašnja praksa ne pruža veliku sigurnost u česnicima na tržištu, iako se može izdvojiti nekoliko zaključaka.

Ukoliko jednog od učesnika u zajedničkom ulaganju zameni treći učesnik na tržištu, u većini slučajeva se ne vrši ocena *full-function* kriterijuma, a transakcija svakako podleže kontroli, pod uslovom da je zajedničko ulaganje bilo u potpunosti funkcionalno pre sprovođenja transakcije. U literaturi se navodi podatak da u pogledu ovakvog stava postoji jasna saglasnost u Evropskoj komisiji (Rudolf, Leupold, 2012: 444), što je npr. i u skladu sa t. 87 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima. Praksa i stavovi u literaturi, međutim, pokazuju da ako se vrši zamena nekog od učesnika u zajedničkom ulaganju koje nije bilo u potpunosti funkcionalno pre sprovođenja transakcije, takva transakcija ne mora da se prijavljuje (Rudolf, Leupold, 2012: 444; Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 571).

Ukoliko zajedničkom ulaganju pristupa dodatni učesnik, preovlađujuća praksa je da se vrši ocena ispunjenosti *full-function* kriterijuma, o čemu,

prema pojedinim izvorima, postoji saglasnost u Evropskoj komisiji (Rudolf, Leupold, 2012: 445).

4. Zaključak

Obaveštenje Evropske komisije o nadležnostima donosi nekoliko novih smernica za postupanje prilikom ocene postojanja koncentracija koje nastaju zajedničkim ulaganjem, ali se njima samo neznatno umanjuje nesigurnost u pogledu primene *full-function* kriterijuma i postupanja Evropske komisije u tim slučajevima.

Jedino se sa sigurnošću može reći da se *full-function* kriterijumi uvek primenjuju kada se „stvara“ zajedničko ulaganje, osnivanjem potpuno novog učesnika na tržištu (npr. u formi novog privrednog društva), a da se oni ne primenjuju kada se zajednička kontrola stiče nad postojećim učesnikom, tako što se ona preuzima od trećeg lica koje već kontroliše tog učesnika, kao njegov vlasnik. U drugom slučaju, smatra se da koncentracija uvek nastaje (čak i kada bi se ocenom utvrdilo da *full-function* kriterijumi ne bi bili ispunjeni, u skladu sa t. 91 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima), a u prvom slučaju samo ako su ispunjeni *full-function* kriterijumi (u skladu sa t. 92 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima).

U slučajevima kada se stiče zajednička kontrola nad postojećim učesnikom na tržištu ili kada novi učesnik pristupa zajedničkom ulaganju, praksa Evropske komisije je nekonzistentna – nekada se *full-function* kriterijumi primenjuju, a nekada ne. Ipak, u prvom slučaju se može uočiti da se takvo zajedničko ulaganje sve više posmatra kao promena (oblika) kontrole iz pojedinačne u zajedničku kontrolu, bez potrebe da se vrši ocena ispunjenosti *full-function* kriterijuma (u skladu sa t. 86 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima), dok bi u drugom slučaju trebalo voditi računa o tome da li zajedničko ulaganje ispunjava *full-function* kriterijume pre sprovođenja transakcije ili ne (u skladu sa t. 92 Obaveštenja Evropske komisije o nadležnostima).

Bilo bi poželjno kada bi se ovakva praksa još više razvila u budućnosti i postala konzistentna, kako bi se obezbedila željena pravna sigurnost za učesnike na tržištu, posebno ako se uzme u obzir značaj zajedničkih ulaganja u vremenu globalizacije.

Literatura

Balta, Z. (2012). *Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation*. Lund: Faculty of Law - Lund University.

Bengtsson, C., Carpi Badia, J.M., Kadar, M. (2014). Mergers. U J. Faull and A. Nikpay (Ed.), *The EU Law of Competition* (str. 539–808). New York: Oxford University Press.

Case T-282/02 *Cementbouw v. Commission (Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities)* [2006] ECR II-319.

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings), *OJ*, br. C. 95/2008

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, L. 24/2004

Graić Stepanović, S. (2007). Međunarodni zajednički poslovni poduhvat i antikonkurencijski rizik. *Pravo i privreda*. 5–8, 453–465.

Kapural, M. Razgraničenje zajedničkog pothvata (*engl. Joint venture*) kao koncentracije i kao sporazuma u pravu tržišnog natjecanja EU. http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mirta_kapural/3_mk.pdf, 10. avgust 2017.

Stefanović, Z. (1998). Posao uz zajednički rizik – Joint Venture. *Pravni život*. 11, 515–525.

Cerovac, M. (2010). Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja. <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>, 10. avgust 2017.

Fine, F. L. (1994). The 'Cooperative'/'Concentrative' Dilemma of EC Merger Control: A Review of Commission Policy. *Boston College International and Comparative Law Review*. 17(1), 1–31.

Götting, H-P., Nikowitz, W. (1989). EEC Merger Control: Distinguishing Concentrative Joint Ventures from Cooperative Joint Ventures. *Fordham International Law Journal*. 13(2). 185–204.

Hawk, B. E. (1991). Joint Ventures under EEC Law. *Fordham International Law Journal*. 15(2). 303–365.

Rudolf, L., Leupold, B. (2012). Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation. *Journal of European Competition Law & Practice*. 5(3). 439–451.

Riggs, J. H., Giustini, A. (1991). Joint Ventures Under EEC Competition Law. *Business Lawyer*. 46(3). 849–908.

Stewart, T. P., Abellard, D. A. (1990). Merger Control in the European Community: The EC Regulation 'On the Control of Concentrations between Undertakings' and Implementing Guidelines. *Northwestern Journal of International Law and Business*. 11(2). 293–351.

Ivana Rakić, PhD,

External Associate, Institute of Comparative Law,

Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia, Belgrade

JOINT VENTURE CONTROL UNDER THE EU COMPETITION LAW: APPLICATION OF THE FULL-FUNCTION CRITERIA

Summary

Globalization is a major reason why market participants use joint ventures (JVs) as a means to achieve their business strategies. The formation of international JVs has taken place at an unprecedented rate over the last two decades and international JVs are very common today.

The EU competition law and merger control rules can have a critical impact on the establishment of JVs because JVs, by their nature, frequently involve cooperation between actual or potential competitors in a way which can impede competition on the EU market. It is commonly accepted that a JV is an undertaking which is jointly controlled by several other market participants, but it is up to the parent companies creating a JV to determine whether their JV is compatible with competition law rules, i.e. whether the JV satisfied the full-function criteria. The answer to this question will determine the legal framework applicable to each case.

This paper gives an overview of the European Commission's guidance and decisional practice in merger control cases concerning the application of the full-function criteria which delineate the scope of the merger control rules regarding the creation of JVs. The author points to various JV scenarios and shows that the Commission's guidance and decisional practice are inconsistent as to when and to which operations the full-function criteria must be applied. The uncertainty of the concept of full-functionality is the result of the Commission's guidance and case-by-case analysis.

Keywords: *joint venture, full-function criteria, merger control, control of concentrations, EU competition law.*

Mr Đorđe Marilović,*
Viši asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Istočnom Sarajevu

originalni naučni članak
doi:10.5937/zrpfni1776747M

UDK: 336.226.1(497.6)

Rad primljen: 01.10.2017.
Rad prihvaćen: 30.11.2017.

OPOREZIVANJE PRIHODA IZ STRANIH IZVORA POREZOM NA DOHODAK U REPUBLICI SRPSKOJ

Apstrakt: Zakon o porezu na dohodak Republike Srpske, kojim se uređuje oporezivanje prihoda fizičkih lica, od 2015. godine predviđa poseban institut, cedulu „dohodak iz stranih izvora“. Namjera zakonodavca bila je da se fizičkim licima pruži mogućnost da budu „stimulativno“ oporezovana za prihode ostvarene van teritorije Bosne i Hercegovine, pod uslovom da su izvršila kvalifikovane investicije u privredu Republike Srpske, što je trebalo da dovede do povećanja ukupnog obima investicija u privredu Republike Srpske.

U ovom radu, ističe se nekoliko nedoumica u vezi sa pomenutim oblikom oporezivanja prihoda, odnosno dohotka. Ukazano je na postojanje pravne praznine u određenju poreske osnovice i poreskog duga, na izraženu regresivnost oporezivanja dohotka iz stranih izvora, na druge sistemske neusklađenosti ovog instituta naspram cjeline poreza na dohodak, kao i na problem vremenskog važenja određenih odredaba zakona (zakonsko ograničenje promjene postojećih odredaba zakona kasnijim zakonom).

Autor podržava nastojanje zakonodavca da primjeni instrumente fiskalne politike radi privlačenja investicija u uslovima izražene mogućnosti međunarodnog seljenja kapitala, ali upozorava da određenje takvih instrumenata mora biti mnogo jasnije i sistematičnije. Ukoliko se ne pristupi odgovarajućim prilagođavanjima pozitivnog zakonodavstva u ovoj oblasti, autor cijeni da će primjena navedenog instrumenta poreske politike biti ugrožena, i da ovakvo oporezivanje prihoda iz stranih izvora može imati izraženo distorzivno dejstvo.

Ključne riječi: porez na dohodak; prihodi iz stranih izvora; pravna analogija; regresivna efektivna poreska stopa; fiskalna politika.

* djordje_maril@yahoo.com

1. Uvod

Oporezivanje prihoda fizičkih lica u pravu R. Srpske vrši se porezom na dohodak. Zakonskim rješenjem iz 2015. godine, u poresko pravo R. Srpske uveden je institut dohotka iz stranih izvora.¹ Osnovna zamisao zakonopisca vidljiva je iz pratećeg teksta u obrazloženju Prijedloga Zakona o porezu na dohodak,² koji je upućen u Narodnu skupštinu Republike Srpske i usvojen 2015. godine. U navedenom tekstu predlagač zakonskog teksta izrazio je shvatanja da prihode iz stranih izvora nije bilo moguće oporezovati primjenom tada i ranije važećih zakona o porezu na dohodak u R. Srpskoj, i da bi uvođenje cedule prihoda iz stranih izvora dovelo do porasta investicija u privredu R. Srpske.

U ovom radu sagledava se oporezivanje dohotka iz stranih izvora. Polazeći od najosnovnijih odlika poreza na dohodak, prikazane su glavne crte oporezivanja dohotka iz stranih izvora. Iako autor lično vrlo podržava načelnu zamisao zakonopisca, u ovom radu navedeno je nekoliko krupnih nedostataka navedenog instituta. Najkraće rečeno, nedostaci su: 1) ekstremna nepravdičnost oporezivanja prihoda iz stranih izvora; 2) postojanje vrlo značajne pravne praznine koja nije na odgovarajući način otklonjena dopunama Zakona, niti popunjena u praksi poreskog organa, u rasponu od dvije godine od usvajanja zakona; 3) ograničavanje izmjena zakona *pro futuro*; 4) vrlo slabi ishodi primjene ovoga instituta u praksi, za skoro dvije godine od dana stupanja na snagu zakona.

2. Položaj dohotka iz stranih izvora u Zakonu o porezu na dohodak

Za sagledavanje oporezivanja dohotka iz stranih izvora neophodno je napraviti sistemski osvrt na važeći porez na dohodak i njegove odlike.

Zakon o porezu na dohodak iz 2015. godine³ peti je zakon kojim se u proteklih 25 godina predviđa oporezivanje dohotka, odnosno prihoda, fizičkih lica u R. Srpskoj. Danas je porez na dohodak u R. Srpskoj mješovitog tipa. Nekim odlikama podsjeća na globalni porez na dohodak, a pojedinim na

1 U zakonodavstvu R. Srpske termin „dohodak“ u upotrebi je, savim neprecizno, za označavanje kako pojma dohotka, tako i pojma prihoda. Samo zbog toga, u ovom radu u upotrebi su oba terminajednako.

2 *Prijedlog Zakona o porezu na dohodak*, Vlada Republike Srpske, jul 2015. godine.

3 Zakon o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka. U daljem tekstu: ZPD.

cedularni. Takođe, poreska stopa daje mu obrise poreza sa jednom stopom. Pojedinačni prihodi oporezovani su u okviru sedam cedula:⁴

- lična primanja,
- prihodi od samostalne djelatnosti,
- prihodi od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine,
- prihodi od kapitala (samo prihod ostvaren od izdavanja u zakup ili podzakup pokretne i nepokretne imovine, i kamata na zajam. Poreza su oslobođeni prihodi po osnovu kamate na štednju i prihodi od dividende i udjela u dobiti privrednog društva),
- kapitalni dobici,
- prihodi iz stranih izvora,
- ostali prihodi.

Oporezivanje po cedulama uglavnom nije konačno, već je akontativno, pošto pored cedula postoji i kategorija godišnjeg dohotka.⁵ Naime, iznos poreza plaćenog akontativno po cedulama uračunava se u godišnji porez – iznos plaćenog poreza za svaki pojedinačni prihod odbija se od utvrđenog godišnjeg iznosa poreza na dohodak. Ovo je svojstvo globalnog modela poreza na dohodak. Godišnji porez na dohodak obuhvata većinu prihoda (dva izuzetka su: prihodi malog preduzetnika – poseban slučaj u okviru oporezivanja prihoda od samostalne djelatnosti – i prihodi iz stranih izvora, o kojima je riječ u ovom radu).

Poreska stopa je načelno proporcionalna, i iznosi 10%.⁶ Sa stanovišta pravičnosti oporezivanja, koja se vezuje za progresivnost poreza i princip sposobnosti plaćanja, porez na dohodak je minimalno pravičan, budući da je ipak „progresivno oporezivanje [...] primerenije zahtevu da porez treba da se plaća srazmerno ekonomskoj snazi, ako želi da se

4 Čl. 3, st. 1 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

5 Godišnji porez na dohodak fizičkog lica plaća se na osnovu godišnje poreske prijave fizičkog lica na dohodak ostvaren u kalendarskoj godini. U godišnjoj prijavi iskazuju se svi dohoci (preciznije, svi prihodi koji čine dohodak prema zakonu), izuzev prihoda i plaćenog poreza malog preduzetnika i kvalifikovanog investitora. Vid. čl. 60, st.1 i 2 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

6 Proporcionalnost je načelna pošto postoje neka odstupanja, poput postojanja blage indirektno progresije, zbog poreskih olakšica u vidu standardnog ličnog odbitka.

obezbjedi vertikalna pravičnost, i omogućiti ostvarenje socijalne uloge poreza“ (Ilić-Popov, 2003: 253).

Položaj prihoda iz stranih izvora u okviru poreza na dohodak, prema navedenim opštim odlikama poreza na dohodak, može se prikazati u sljedećim crtama:

- prihodi iz stranih izvora posebna su cedula („dohodak iz stranih izvora“),
- prihodi iz stranih izvora nisu obuhvaćeni kategorijom godišnjeg dohotka, što je vrlo važno zbog brojnih razlika u poreskom tretmanu prihoda iz stranih prihoda (znatno niža poreska stopa, nenavođenje dokumentacije o porijeklu prihoda prilikom njihovog prijavljivanja, i dr.),
- nije predviđena uobičajena poreska stopa od 10%, već su predviđeni apsolutni iznosi poreskog duga za ukupni prijavljeni godišnji dohodak iz stranih izvora,
- poreski obveznik bira da li želi da mu poreska obaveza bude utvrđena po pravilima za oporezivanje dohotka iz stranih izvora,
- – prestanak statusa obveznika poreza na dohodak iz stranih izvora, pored drugih načina, moguć je i na zahtjev obveznika.

3. Elementi poreza na dohodak iz stranih izvora

3.1. Poreski objekat

Poreski objekat je dohodak iz stranih izvora, odnosno dohodak koji rezident, kvalifikovani investitor R. Srpske po bilo kom osnovu, odnosno po osnovu rada, imovine, osiguranja i kapitala ostvari izvan granica Bosne i Hercegovine⁷ – to je prihod koji je rezidentu, kvalifikovanom investitoru, isplaćen od strane isplatioca koji u vrijeme isplate nije rezident R. Srpske.⁸ Izraz „po bilo kom osnovu“ predstavlja generalnu klauzulu, a naknadno navođenje prihoda od rada, imovine, osiguranja i kapitala ima primjericnu ulogu. S tim u vezi su i poreska oslobođenja iz člana 3 ZPD. Kada se oslobođenja primjene na dohodak iz stranih izvora,

⁷ Iako pored Republike Srpske unu tar Bosne i Hercegovine svoje potpuno odvojene i samostalne sisteme direktnih poreza imaju Federacija Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine, ovdje je naveden uslov da je dohodak ostvaren van BiH. Za detaljniji prikaz poreskih sistema u BiH vid. Marilović, 2013: 53–76.

⁸ Čl. 42 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

neće biti oporezovani prihodi kvalifikovanog investitora od kamate na štednju, dividenda, niti učešće u dobiti pravnog lica i dr.⁹

3.2. Poreski obveznik

Poreski obveznik je kvalifikovani investitor, tj. fizičko lice, rezident R. Srpske, koji je lično ili putem pravnog lica u njegovom većinskom vlasništvu (ili pod njegovom kontrolom) izvršio ukupne direktne ili indirektne investicije u privredu R. Srpske u iznosu većem od 5.000.000 KM, uložene od 1. januara 2012. godine (pri čemu investicije u trajna obrtna sredstva ne mogu preći 10% od vrijednosti ukupnih investicija), i koji ima uredno izmirene poreske obaveze u R. Srpskoj.¹⁰

Međutim, pored ispunjenosti navedenih uslova, za sticanje statusa poreskog obveznika potrebno je da fizičko lice Poreskoj upravi podnese pisani zahtjev u kojem se jasno opredjeljuje za taj način oporezivanja. U dva uzastopna člana ZPD, protivrječno se kaže da je poreski obveznik, prvo, „obavezan prijaviti svoju poresku obavezu, u skladu sa članom 44. ovog zakona,“ (naglasio Đ. M.) a onda da ipak „može biti oporezovan u skladu sa članom 44. ovog zakona ukoliko Poreskoj upravi podnese pisani zahtjev u kojem se jasno opredjeljuje za taj način oporezivanja“ (naglasio Đ. M.).¹¹

Smatramo da je namjera zakonodavca ipak bila da se pruži sloboda izbora fizičkom licu u ovom položaju.

Tumačeći sistemski, pošto je jedan od razloga za ukidanje statusa kvalifikovanog investitora, pa tim i statusa poreskog obveznika za porez na dohodak iz stranih izvora, upravo zahtjev kvalifikovanog investitora,¹² tim bi prije uspostavljanje ovog statusa trebalo da zavisi od volje fizičkog lica koje ispunjava odgovarajuće uslove. Međutim, možda je zakonodavčeva namjera bila da se obavezno prijavi prihod i utvrdi status kvalifikovanog investitora, a tek onda bi to lice izabralo da li želi da bude oporezovano u okviru ove cedule. S tim u vezi, šta bi bilo u slučaju da kvalifikovani investitor ne prijavi prihod iz stranih izvora? Zbog rezidentnosti kvalifikovanog investitora, ovo pitanje ćemo raspraviti ovdje, u dijelu rada upravo o poreskom obvezniku.

9 Čl. 8, st. 3 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

10 Čl. 43 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

11 Čl. 45 i 46 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

12 Čl. 47, st. 1, tač. 2 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

Pošto je kvalifikovani investitor prije svega rezident, u slučaju da se ne odluči za oporezivanje u okviru cedule dohotka iz stranih izvora, smatramo da ga treba oporezovati kao sve ostale rezidente – za svjetski dohodak, što obuhvata i prihode iz stranih izvora, ali u odgovarajućim preostalim cedulama. U tom slučaju, primijenjena bi bila stopa od 10%. Ovakav slučaj nije teško zamisliti u praksi. Iako je moguće prijaviti prihod iz stranih izvora za iznos manji od 1.500.000 KM, efektivna poreska stopa kod poreza na dohodak iz stranih izvora to snažno destimuliše – ona je veća od 10%. S druge strane, poreska stopa od 10% predviđena je za skoro sve ostale cedule i godišnji dohodak. Izgleda da tokom priprema Prijedloga Zakona o porezu na dohodak, koji je kasnije usvojen i sad je na snazi, uopšte nije uzeta u obzir ova mogućnost.

Naime, u obrazloženju uz Prijedlog stoji da dohodak iz stranih izvora „do sada nije nikako bio oporezovan“.¹³ Svjetski dohodak, dakle i onaj ostvaren u inostranstvu, bio je oporezovan kako prema ranijem Zakonu o porezu na dohodak iz 2006. godine,¹⁴ tako i stupanjem na snagu sada važećeg ZPD.¹⁵ Čak, prema ZPD, jedan od uslova da kvalifikovani investitor bude oporezovan za dohodak iz stranih izvora jeste upravo da bude rezident R. Srpske. Prema tome, lica koja sada ispunjavaju uslove za kvalifikovanog investitora ispunjavala su prema ranijem zakonodavstvu, i ispunjavala bi prema sadašnjem ZPD, uslove za oporezivanje porezom na dohodak prihoda ostvarenih u inostranstvu, čak i da u sadašnji ZPD nije uveden institut dohotka iz stranih izvora. Dakle, tvrdnja iz Prijedloga ne stoji, a moguće je da zakon nije bio primjenjivan u tom dijelu.

Ako obveznici nisu prijavljivali prihode ostvarene u inostranstvu, ili ih ne prijavljuju sada, na to bi se odnosio pojam *neprijavljenog prihoda*, koji se oporezuje porezom na dohodak kao ostali prihodi, bez priznavanja normiranih troškova.¹⁶

13 *Prijedlog Zakona o porezu na dohodak*, Vlada Republike Srpske, jul 2015. godine.

14 Čl. 5, st. 2 i čl. 47 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 91/06, 128/06, 120/08, 71/10, 1/11, 107/13.

15 Čl. 6, st. 1, t. 1 i čl. 66 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 I 45/16 – ispravka.

16 Čl. 19v Zakona o poreskom postupku Republike Srpske, *Sl. glasnik R. Srpske*, 102/11, 108/11, 67/13, 31/14 i 44/16.

3.3. Poreska osnovica, poreski dug i efektivna poreska stopa

Poreska osnovica i poreske stope nisu uređene kao za ostale cedule, već se iznos dugovanog poreza utvrđuje u apsolutnim iznosima za ukupni dohodak iz stranih izvora,¹⁷ prema sljedećoj tabeli:

poreska osnovica (prijavljeni godišnji dohodak), KM	godišnji poreski dug, KM	efektivna poreska stopa (r), %	
do 2.000.000	150.000		$r \geq 7,5$
preko 2.000.000 do 10.000.000	250.000	12,5>	$r \geq 2,5$
preko 10.000.000 do 20.000.000	500.000	5>	$r \geq 2,5$
preko 20.000.000 do 30.000.000	600.000	3>	$r \geq 2$
nije predviđeno: preko 30.000.000 do 40.000.000	pravna praznina	?	
Ako bi se primijenila analogija	600.000	2>	$r \geq 1,5$
preko 40.000.000 do 50.000.000	700.000	1,75 >	$r \geq 1,4$
preko 50.000.000	800.000		$r < 1,6$

U ovom pregledu može se primijetiti nepostojanje poreske jedinice za iznos preko 30.000.000 KM do 40.000.000 KM. Pored toga, vidljivo je da se sa rastom poreske osnovice smanjuje efektivna poreska stopa.

Dikcija člana 44 ZPD: „Porez na dohodak iz stranih izvora plaća se godišnje u apsolutnom iznosu“, zatim izraz da za svaku od tranši godišnji porez iznosi [...]“, ukazuju na namjeru da se za ukupni iznos osnovice apsolutno utvrdi porez na godišnjem nivou. Ne radi se, dakle, o raščlanjenoj poreskoj ljestvici. U prilog tome govori i činjenica da u zakonu nisu navedene poreske stope.

Kada su utvrđene efektivne poreske stope (kao u gornjoj tabeli), dovođenjem u vezu apsolutnog iznosa poreskog duga i odgovarajuće poreske osnovice, može se razlučiti da li se radi o proporcionalnom, progresivnom ili regresivnom porezu. Regresivna poreska tarifa postojaće kada se povećanjem poreske osnovice smanjuje poreska stopa (Jelčić, 1998: 139). Kod poreza na dohodak iz stranih izvora tek posredno nam je vidljiva poreska stopa, i to u obliku efektivne poreske stope. Ona se smanjuje kako raste poreska osnovica, što porezu na dohodak iz stranih izvora daje obilježje direktne regresivnosti.

17 Čl. 44 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

4. Nepravičnost poreza da dohodak iz stranih izvora

Direktna globalna regresija poreza na dohodak iz stranih izvora toliko je izražena da su efektivne poreske stope prilikom oporezivanja dohotka iz stranih izvora nekada niže i od 1,4%, shodno iznosu prijavljenog dohotka iz stranih izvora. Na primjer, efektivna poreska stopa za dohodak u iznosu od 50.000.000 KM iznosi 1,4%. Za dohodak preko 50.000.000 KM efektivna stopa može biti samo manja od 1,6%. Tako, za dohodak od 60.000.000 KM, efektivna poreska stopa bila bi oko 1,3%, za dohodak od 80.000.000 KM tek 1%, itd.

Iako nije izričito postavljena donja granica iznosa dohotka iz stranih izvora koji je moguće prijaviti, efektivna poreska stopa destimuliše prijavljivanje dohotka manjeg od 1.500.000 KM, pošto bi se to oporezovalo u iznosu od 150.000 KM (što je već preko 10% u odnosu na iznos manji od 1.500.000 KM, a opšta stopa za ostale cedule je svakako 10%). Ekonomska logika jasno nalaže da u tom slučaju poreski obveznik iskoristi mogućnost izbora, i prijavi dohodak kao neku drugu kategoriju, zavisno od načina ostvarivanja. Isto važi i za dohodak preko 2.000.000 KM do 2.500.000 KM.

Prema tome, efektivna poreska stopa za dohodak iz stranih izvora, koja se kreće u rasponu od 10% do 1,4% i niže, težeći nuli, u suštini je niža od stope koja važi za sve ostale prihode u ZPD.¹⁸ Istovremeno, predviđena osnovica za oporezivanje dohotka iz stranih izvora, kao i uslovi za oporezivanje u okviru ove cedule, ukazuju na najbogatije poreske obveznike. Činjenica da fizičko lice – kvalifikovani investitor – raspolaže dohotkom od više desetina miliona KM godišnje, u poreskom sistemu u kojem je prosječna neto plata (kao najčešći vid prihoda fizičkih lica) svega 828 KM (godišnje manje od 10.000 KM, tj. mjesečno oko 425 evra, a godišnje oko 5.095 evra), (Republički zavod za statistiku, 2017) ukazuje na veliku ekonomsku snagu takvih fizičkih lica. Poređenje ekonomske snage navedene dvije kategorije fizičkih lica, primaoca prosječne neto plate spram kvalifikovanog investitora, ukazuje na razliku od npr. 1.000 i više puta. Dakle, za hiljadu i više puta veći dohodak, kvalifikovani investitor će platiti porez ne čak ni po istoj poreskoj stopi, već nižoj, koja teži nuli. Ovo je suprotno ustavnom i zakonskom načelu srazmjernosti poreza. Ovo načelo sadržano je u

18 Porez na dohodak plaća se po stopi od 10%, osim na dohodak malog preduzetnika i dohodak iz stranih izvora. Godišnji porez malog preduzetnika obračunava se po stopi od 2% na ukupno ostvareni prihod malog preduzetnika, pri čemu ne može biti manji od 600 KM. Upor. čl. 4 i 23 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srbije*. 60/15 i 45/16 – ispravka.

Ustavu Republike Srpske, gdje se navodi da je obaveza plaćanja poreza opšta i utvrđuje se prema ekonomskoj snazi obveznika¹⁹ i u Zakonu o poreskom sistemu R. Srpske, donesenom skoro dvije godine nakon donošenja ZPD.²⁰ Može se argumentovati da su odredbe ZPD o porezu na dohodak iz stranih izvora neustavne.

U uporednom pravu, pravičnost poreza na dohodak postiže se poreskom progresijom (Anđelković, 1999: 42,45), pa makar ona ne bila direktna, već indirektna progresija. Ovdje ne samo da nema progresivnosti pri oporezivanju dohotka iz stranih izvora, već se javlja direktna regresija. Ona je vidljiva tek kroz prikaz efektivnih poreskih stopa, što je učinjeno gore. Ne samo da nije praćen pristup nekih drugih poreskih sistema u Evropi, u kojima marginalna poreska stopa za najviše kategorije dohotka na poreskoj ljestvici približno iznosi ili prelazi 50%,²¹ već se odstupilo i od proporcionalnosti po izuzetno niskoj opštoj poreskoj stopi od 10% u R. Srpskoj, i došlo do efektivnih stopa nižih čak i od već niske opšte stope.

5. Pravna praznina – da li je moguće primijeniti analogiju?

Zakonopisac, redaktori teksta, i zakonodavac napravili su propust, koji odgovara onome što je u upravnom pravu tehnička (očigledna) greška, ne predviđajući iznos poreza za godišnji dohodak preko 30.000.000 KM do 40.000.000 KM. Međutim, nije prekinut niz pri određenju poreskog duga (500.000, 600.000, 700.000, 800.000 KM).

Jezičkim tumačenjem došlo bi se do zaključka da dohodak preko 30.000.000 KM do 40.000.000 KM jednostavno nije oporezovan, iako je ostali dohodak (do 30.000.000 KM i preko 40.000.000 KM) oporezovan. Kako bi trebalo tumačiti ovaj član, odnosno izostanak jedne tačke u članu koji ima jedan stav? Da li bi ga trebalo tumačiti? Da li se radi o pravnoj praznini i da li dolazi u obzir primjena analogije? Ova pitanja su vrlo značajna, ako se imaju u vidu ustavna i poreska načela, poput zabrane diskriminacije, načela vladavine prava, načela zakonitosti oporezivanja. Konkretizacija ovih načela vidljiva je i u odredbi nedavno donesenog Zakona o poreskom sistemu R. Srpske, u kojoj stoji da „poreski podsticaji, oslobađanja od poreza i umanjenja osnovice ili stope

19 Čl. 63 Ustava Republike Srpske.

20 Čl. 8, st. 1 i 4 Zakona o poreskom sistemu Republike Srpske, *Sl. glasnik R. Srpske*. 62/17.

21 European Commission, “*Taxes in Europe*” database (TEDB), Retrieved 20, August 2017, from https://ec.europa.eu/taxation_customs/taxes-europe-database-tedb_en.

mogu se uvoditi, ukidati i mijenjati isključivo zakonom“, kao i da „visina svakog pojedinačnog poreskog i neporeskog davanja [*sic* – misli se na javni prihod, a ne na davanje poreskom obvezniku, Đ. M.] obavezno je određena ili jasno određiva zakonom“. ²² Prema tome, baš kao što je jasno da zakonom mora biti predviđeno oporezivanje dohotka iz stranih izvora (što je učinjeno), tako bi moralo biti predviđeno i eventualno poresko oslobođenje (nema izričitog oslobođenja za iznos preko 30.000.000 KM do 40.000.000 KM).

U uporednom pravu, u evropsko-kontinentalnom pravnom sistemu, striktno tumačenje poreskopравnih normi je pravilo, iako se prvenstveno radi sprječavanja zloupotrebe prava i nelegitimne poreske evazije čine određeni izuzeci i odstupanja od načelnog pristupa, kako u sudskoj praksi, tako kroz uvođenje tzv. antiabuzivnog zakonodavstva, tj. normi protiv zloupotrebe prava (Vanistendael, 2000: 33–55). Vjerovatno najveći otklon od uskog tumačenja prava postojao je u njemačkom pravu od 1919. godine (uvođenje u poreske zakone načela ekonomskog tumačenja, što je stvorilo mogućnost za širu primjenu analogije u poreskom pravu i popunjavanje pravnih praznina), od čega se kasnije odustalo, naročito nakon 1977. godine (Vanistendael, 2000: 37–38. Tasić, 1935: 9–10).

Ako bi se prosto prihvatilo da prihod u rasponu između 30 i 40 miliona KM nije oporezovan, onda bi postojala nedvosmislena diskriminacija svih koji su oporezovani za prihode van tog raspona. To bi bilo suprotno ustavnom načelu opštosti plaćanja poreske obaveze. ²³

S druge strane, ako bi se ipak utvrdio porez za prihod između 30 i 40 miliona KM, onda bi se došlo u opasnost da tako utvrđen porez bude nezakonit, pošto nema zakonske norme (tačnije, dijela norme, o čemu niže u tekstu) koja kaže koliki je iznos poreza niti kako da se odredi visina poreza. Ako bi se neko ohrabrio i kojim slučajem primjenio analogiju ili neki (drugi) vid tumačenja prava, popunjavajući ovu pravnu prazninu, tek tad bi iskrslo pitanje kako da se odmjeri iznos poreskog duga (Za pregled shvatanja o analogiji u pravu vid. Đurđić, Trajković, 2011: 2–10).

Ne ulazeći u dublja teorijska pitanja, prihvatajući stanovište da je analogija negdje između tumačenja u pravom (užem) smislu i stvaranja prava – što je davno iskazano u njemačkoj pravnoj teoriji, u začecima naučne rasprave o analogiji u pravu (Tasić, 1984: 381) – zaista ne možemo da se složimo sa mišljenjem Poreske uprave R. Srpske da se u navedenom slučaju prosto ne može utvrditi porez. Poreska uprava samo konstatuje

²² Čl. 4, st. 2 i 3 Zakona o poreskom sistemu Republike Srpske, *Sl. glasnik R. Srpske*. 62/17.

²³ Čl. 63 Ustava Republike Srpske.

da je zakonodavac napravio propust, i da „nije propisan iznos godišnjeg poreza“, te da je u planu dopuna zakona.²⁴ Inače, prošle su dvije godine od donošenja ZPD.

5.1. Prihvatanje analogije

Ako prihvatimo ne samo načelnu mogućnost, već i neophodnost popunjavanja navedene pravne praznine, možemo se okrenuti analogiji. Ipak, baš kao i u krivičnom pravu, gdje važi pravilo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tako i u poreskom pravu vrijedi *nullum tributum sine lege*. Čak i da je dopuštena, „analogija dolazi u obzir samo ako između nenormiranog i normiranog odnosa postoji bitna sličnost, a što se utvrđuje ciljnim tumačenjem“ (Harašić, 2009: 330). Neupitna je sličnost između normiranog i nenormiranog u ovom konkretnom slučaju.

U poreskom pravu, analogijom se ne smije stvarati novo pravo, već se smije samo otkrivati latentni pravni iskaz, što dalje znači da „ako postoji situacija koja nije uređena poreskopравnom normom, iza koje bi stajao isti *ratio legis* kao i iza slične norme, primena analogije neće se kositi sa principom pravne države, sa principom *nullum tributum sine lege*“ (Popović, 2016: 58 i 59). Primjena analogije, u navedenom slučaju, ne bi dovela do stvaranja novog poreskog oblika – novog slučaja oporezivanja – samo bi se popunila pravna praznina. Štaviše, posmatrano nomotehnički, pravna praznina u ovom slučaju tiče se samo dijela pravne norme, a ne čitave norme. Norma je sadržana u stavu, ukoliko član ima više normi, a pravna praznina kod poreza na dohodak iz stranih izvora tiče se nedostajuće tačke, koja sama ne može sadržati normu, jer je tek dio stava.²⁵ Norma postoji, samo nije potpuna. Ova pravna praznina vrlo je blizu tehničke greške. Pravna praznina trebalo bi da bude uređena novom tačkom koja bi bila umetnuta između sadašnjih tačaka 4) i 5) spornog člana 44 ZPD. U prilog ocjeni da treba popuniti postojeću pravnu prazninu ide ciljno tumačenje. Cilj je očito bio oporezivanje dohotka iz stranih izvora. Nigdje u zakonu, pa čak ni u obrazloženju Prijedloga Zakona o porezu na dohodak, nije pomenuto poresko oslobođenje za iznos dohotka iz stranih izvora preko 30.000.000 KM do 40.000.000 KM. Ako se primjeni *argumentum a fortiori*, još je uvjerljiviji izloženi stav. Naime, ukoliko je oporezovan iznos dohotka iz stranih izvora do 30.000.000 KM, kao i dohodak preko 40.000.000 KM, ukoliko već ne postoji izričita poreska olakšica za

24 Poreska uprava Republike Srpske, Obavještenje br. 06/1.01/0401-052.4-8584/2017 od 5. 6. 2017. godine.

25 Čl. 5, st. 1 i 7, i čl. 6, st. 3 Pravila za izradu zakona i drugih propisa Republike Srpske, *Sl. glasnik Republike Srpske*, 24/14.

dohodak između navedena dva iznosa, tim prije bi trebalo oporezovati i taj dohodak (preko 30.000.000 KM do 40.000.000 KM).

Posljednji korak u rješavanju problema nastalog postojanjem pravne praznine, nakon što smo pokazali da treba utvrditi porez, tiče se utvrđivanja tačnog iznosa poreskog duga. Ukoliko se ne primijeni analogija, već se prihod oporezuje u okviru preostalih cedula, pravila za utvrđivanje tačnog poreskog duga su jasna. Međutim, ukoliko se za popunjavanje pravne praznine prihvati analogija, dolazi se do nepoznanice – nema poreske stope, a zbog pravne praznine nema ni apsolutnog iznosa poreskog duga.

Uzimajući u obzir ono što zakon nesporno uređuje, a to je porez za dohodak do 30.000.000 KM, i porez za dohodak preko 40.000.000 KM, što su najbliži iznosi dohotka, poreske osnovice, u odnosu na sporni nepredviđeni raspon dohotka, upravo bi očekivano bilo da se preuzme jedno od ta dva zakonska rješenja prilikom popunjavanja praznine koja se nalazi između. Na neuređeni slučaj – iznos prihoda preko 30.000.000 KM do 40.000.000 KM – analogno bi se primijenila zakonska norma (tj. dio norme, tačka, u skladu sa gore rečenim) iz sličnog i uređenog slučaja, gdje je *ratio legis* isti. Tumačeći u korist obveznika izbor između dvije slične postojeće odredbe, dakle *in dubio contra fiscum*, trebalo bi primijeniti tačku o iznosu poreza za prethodnu tranšu, za manju poresku osnovicu (preko 20.000.000 KM do 30.000.000 KM), pa bi propisan poreski dug bio 600.000 KM. Ukratko, za iznos dohotka preko 30.000.000 KM do 40.000.000 KM bila bi primijenjena norma o poreskom dugu od 600.000 KM. Ovim ne bi bila potpuno uklonjena diskriminacija, ali bi ona bila znatno ublažena do odgovarajuće intervencije zakonodavca ili redaktora teksta. Takva reakcija svakako se čeka već duže od dvije godine. Efektivna poreska stopa za sporni iznos preko 30.000.000 KM do 40.000.000. KM, uz primjenu analogije na ovaj način, bila bi manja od 2% a veća ili jednaka 1,5%.

5.2. Neprihvatanje analogije

Ako se ne prihvati ovakav stav – da se primjenom analogije popuni pravna praznina – sporni iznos svakako bi trebalo oporezovati u okviru preostalih cedula (kako u slu čaju prijavljivanja, tako i u slu čaju da obveznik ne prijavi a Poreska uprava sazna za prihod), ekstenzivno tumačeći odredbe o preostalim cedulama (npr. o oporezivanju prihoda od kapitala, prihoda od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine, i dr.).²⁶ Uostalom, izričitog poreskog

26 Вид. горе, дио о пореском обвезнику.

oslobođenja nema za prihod ostvaren u inostranstvu preko 30 do 40 miliona KM, pa bi se u odsustvu analogije o oporezivanju dohotka iz stranih izvora moglo primjeniti ekstenzivno tumačenje odredaba o oporezivanju po drugim zakonom predviđenim cedulama. To bi ipak dovelo do još veće neravnopravnosti i diskriminacije poreskih obveznika, pošto bi u tom slučaju poreska stopa bila 10%, što je znatno više od prosječne efektivne poreske stope za dohodak iz stranih izvora.

6. Efekti oporezivanja dohotka iz stranih izvora

Zašto bi se fizičko lice koje ispunjava uslove za kvalifikovanog investitora opredjelilo za takav status u poreskom sistemu R. Srpske?

Oporezivi prihod kvalifikovanog investitora ostvaren je u inostranstvu, van BiH, što znači da je vjerovatno i tamo oporezovan, barem po principu izvora. Inače, investitori su već suštinski podstaknuti u R. Srpskoj, pošto se porez na dohodak ne plaća na dividendu niti na udio u dobiti pravnog lica.²⁷ Uslov za oporezivanje na ovaj očigledno povoljniji način za obveznika jeste ulaganje u privredu R. Srpske (kvalifikovana investicija). Međutim, pogodnosti – niske efektivne poreske stope i činjenica da kvalifikovani investitor uz prijavu *ne dostavlja* evidencije i dokumentaciju o ostvarenom dohotku²⁸ – ne odnose se na prihod ostvaren u R. Srpskoj. Dakle, poreski obveznik podstaknut je da u privredu uloži tek koliko je minimalno potrebno da ostvari uslove za status kvalifikovanog investitora, a da potom sve ostalo uloži u inostranstvo (npr. privreda sa privlačnijim uslovima za poslovanje i sa preferencijalnim poreskim sistemom) i tamo ostvaruje prihode, jer prihodi ostvareni u inostranstvu (npr. od kapitalnog dobitka, ili kamate na zajam) mogu biti oporezovani u R. Srpskoj čak deset puta manjim porezom nego takvi prihodi ostvareni u R. Srpskoj, pri čemu obveznik ne dostavlja evidencije ni dokumentaciju o prihodu ostvarenom u inostranstvu. U ovome se ogleda potencijalno distorzivno i vrlo nepovoljno dejstvo poreza na dohodak iz stranih izvora na privredu R. Srpske.

Pored toga, iako je porez na dohodak iz stranih izvora nizak, to ipak ne znači da će ukupan poreski teret obveznika nužno biti manji. To samo znači da se R. Srpska odriče prihoda koji bi inače mogla da ubere. Naime, država izvora po pravilu će oporezovati prihod koji u njoj

27 Čl. 8, st. 3, t. 13 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 –ispravka.

28 Čl. 45, st. 3 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

ostvare nerezidenti (pretpostavimo u ovom slučaju da je kvalifikovani investitor rezident samo R. Srpske, a nerezident u državi u kojoj je ostvario dohodak iz stranih izvora, iako se može desiti da ga i inostrana država smatra svojim rezidentom). Sve i da je zaključen odgovarajući ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja između dvije zemlje, po pravilu se za eliminaciju dvostrukog oporezivanja primjenjuje metoda običnog kredita. U tom odnosu, R. Srpska je jurisdikcija čiji rezident je ostvario prihod u drugoj zemlji – zemlji izvora. U uobičajenoj situaciji, uz primjenu metoda običnog kredita, „kada je poreski dug u zemlji izvora veći od maksimalnog limita zemlje rezidentstva, poreski obveznik neće moći da odbije sav porez koji je platio u zemlji izvora“ (Popović, 2016: 260).

Metod običnog kredita predviđen je u ZPD.²⁹ Pošto nema direktnog isključenja primjene ovog instituta u odnosu na porez na dohodak iz stranih izvora, smatramo da je primjenjiv. Međutim, ako bi se kvalifikovanom investitoru umanjio porez da dohodak iz stranih izvora za iznos poreza koji je plaćen u inostranstvu za taj dohodak, strani poreski dug u najvećem broju slučajeva bio bi veći nego poreski dug u R. Srpskoj. Rječju, R. Srpska ne bi ostvarila nikakav prihod. Da bi se postojećim porezom na dohodak iz stranih izvora ostvario neki javni prihod kada obveznik prijavi da je već platio u inostranstvu porez na isti dohodak, porez plaćen u inostranstvu morao bi biti izuzetno nizak, što je moguće zamisliti skoro samo kod jurisdikcije koja ima odlike poreskog raja.

Neki ugovori o izbjegavanju oporezivanja sadrže odredbu o kreditu za uštedeni porez – *tax sparing credit*; *matching credit* (ipak, ne radi o metodi za eliminaciju dvostrukog oporezivanja, jer je ipak riječ o odbitku *neplaćenog* poreza. Popović, 2016: 260–261). Odredba o kreditu za uštedeni porez, međutim, odnosi se na slučajeve kada zemlja izvora (obično zemlja u razvoju) daje poreske olakšice stranim investitorima.

Svrha odredaba o uštedenom porezu je „omogućavanje nerezidentima da dobiju kredit za porez plaćen u inostranstvu, a na ime poreza kojeg su bili „pošteđeni“, odnosno koji im je „ušteđen“ u skladu sa programom podsticaja države izvora ili osiguravanje da ovi porezi budu uzeti u obzir za potrebe primene određenih uslova koji mogu biti u vezi sa sistemima izuzimanja“ (Kostić, *et al.*, 2016: 382). Kredit za uštedeni porez pružila bi država rezidentstva investitora. Međutim, kod poreza na dohodak iz stranih izvora, zemlja rezidentstva je R. Srpska, a dohodak iz stranih izvora ostvaren je u inostranstvu, što će po pravilu biti zemlja

29 Čl. 67 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

izvora. Čak i ukoliko zemlja u kojoj je ostvaren predmetni prihod takođe smatra kvalifikovanog investitora R. Srpske svojim rezidentom, opet je upitno da li se može primijeniti odredba o kreditu za uštedeni porez, jer prihod nije ostvaren u R. Srpskoj, koja daje olakšicu.

Za nepune dvije godine od stupanja na snagu ZPD i uvođenja poreza na dohodak iz stranih izvora u poresko pravo R. Srpske, dohodak iz stranih izvora prijavio je samo jedan poreski obveznik, i to za iznos preko 50.000.000 KM.

Kad imamo u vidu ovaj podatak, zajedno sa svim gore navedenim posebnostima poreza na dohodak iz stranih izvora, još se poželjnijom i neophodnijom čini ozbiljna ekonomska analiza efekata ovog poreza. Takva analiza ne može biti obuhvaćena ovim radom, a sigurno bi doprinjela boljem sagledavanju razloga za i protiv postojanja ovog instituta u pravu R. Srpske.

Za kraj, umjesto komentara *de lege ferenda*, pošto je iz rečenog u ovom radu jasno vidljiv stav autora da su promjene instituta nužne, ukazaćemo na krajnje neuobičajenu odredbu o budućem važenju „prava i povlastica“ kvalifikovanog investitora. „Prava i povlastice kvalifikovanog investitora i obaveze po osnovu ranijih propisa i ovog zakona ne mogu biti ukinute ili poništene stupanjem naknadno donesenih zakona i drugih propisa na snagu, a ukoliko su takvi naknadno doneseni zakoni i drugi propisi povoljniji za kvalifikovane investitore, oni imaju pravo da biraju režim koji će biti mjerodavan za njihovo oporezivanje.“³⁰

U našem pravnom sistemu ne postoje viši, organski zakoni, koji bi bili viši u pravnoj hijerarhiji od „običnih“ zakona. Zakonodavac je, vjerovatno svjestan razmjera povlastica datih kvalifikovanim investitorima i razmjera nepravichnosti poreza na dohodak, očigledno imao namjeru da spriječi retroaktivno oduzimanje, nekim budućim zakonom, stečenih i ostvarenih prava na osnovu ZPD. Međutim, Ustav R. Srpske svakako jasno zabranjuje retroaktivnost,³¹ a dopuštenih izuzetaka bilo je u poreskom pravu R. Srpske (Marilović, 2015: 593–594), što treba naročito razlikovati od inače dopuštene retrospektivnosti zakona (Popović i Ilić-Popov, 2015: 9–12). Navedena *zakonska* odredba, kojom se *pro futuro* ograničava niko drugi no *zakonodavac*, toliko nam se čini neustavnom i u krajnjoj liniji logički neodrživom, da uopšte ne osjećamo potrebu, a nemamo ni mjesta, da u ovom radu obrazložimo takav svoj stav.

30 Čl. 50 Zakona o porezu na dohodak, *Sl. glasnik R. Srpske*, 60/15 i 45/16 – ispravka.

31 „Zakoni, drugi propisi i opšti akti ne mogu imati povratno dejstvo.“ Čl. 110, st. 1 Ustava Republike Srpske.

7. Zaključak

Zakon o porezu na dohodak u Republici Srpskoj od 2015. godine poznaje cedulu „dohodak iz stranih izvora“. U ovom radu prikazan je odnos ovog instituta spram cjeline poreza na dohodak u R. Srpskoj, dat je pregled zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja, i ukazano je na najkrupnije nedostatke ovog instituta i neke mogućnosti za prevazilaženje nedostataka.

Porez na dohodak iz stranih izvora direktno je regresivan, izrazito nepravičan porez. U odnosu na cjelinu poreza na dohodak, prilično je neusaglašen. U zakonskoj odredbi kojom se određuje poreska tarifa postoji pravna praznina. Smatramo da je primjena analogije radi popunjavanja ove praznine neophodna, pošto bi pasivan odnos poreskih organa prema ovoj praznini doveo do diskriminacije poreskih obveznika i moguće nelegitimne poreske evazije.

Dometi poreza na dohodak iz stranih izvora za sad su vrlo ograničeni. Za nepune dvije godine, porez u okviru ove cedule prijavio je samo jedan poreski obveznik.

Analizirane osobine poreza na dohodak iz stranih izvora, poput krajnje niskih efektivnih poreskih stopa, nedostavljanja dokumentacije i evidencija o predmetnom dohotku prilikom prijavljivanja poreza i dr., navode nas na zaključak da je institut osmišljen kao način za repatrijaciju raznih prihoda iz inostranstva, i to najbogatijim poreskim obveznicima koji bi inače za iste te prihode platili znatno veći porez u R. Srpskoj.

Literatura

Anđelković, M. (1999). *Poresko pravo – teorijski aspekti i poreske reforme*, Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Vanistendael, F.(2000). *Legal Framework for Taxation*. U Victor Thuronyi(Ed.), *Tax Law Design and Drafting* (str. 33–55). The Hague – London – Boston : Kluwer Law International.

Đurđić, V., Trajković, M. (2011). Da li je dopuštena analogija u krivičnom pravu? *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 58(LVIII), 1–22.

European Commission, *“Taxes in Europe” database (TEDB)*, Retrieved 20, August 2017, from https://ec.europa.eu/taxation_customs/taxes-europe-database-tedb_en

Zakon o porezu na dohodak. *Službeni glasnik R. Srpske*. Br. 91(2006), 128(2006), 120(2008), 71(2010), 1(2011) i 107(2013).

Zakona o porezu na dohodak, *Službeni glasnik R. Srpske*. Br. 60/15 i 45/16 – ispravka.

Zakon o poreskom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik R. Srpske*. Br. 102(2011), 108(2011), 67(2013), 31(2014) i 44(2016).

Zakon o poreskom sistemu Republike Srpske. *Službeni glasnik R. Srpske*. Br. 62 (2017).

Ilić-Popov, G. (2003). Poreska reforma u Srbiji: porezi, podsticaji, postupak i administracija. U Z. Vacić i B. Mijatović (Ur.), *Strategija reformi (244–266)*. Beograd: Centar za liberalno-demokratske studije.

Jelčić, Bo. (1998), *Financijsko pravo i financijska znanost*, Zagreb: Informator.

Kostić, S. V. et al (prir.). (2016) *Model-konvencija o porezima na dohodak i imovinu – sažeta verzija – 15. jul 2014. godine*. Beograd: Srpsko fiskalno društvo.

Marilović, Đ. (2013). Posebnosti fiskalnih odnosa u složenim državama – primjer Bosne i Hercegovine. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu*. 2(2013). 53–76.

Marilović, Đ. (2015). Vanredni porezi i načelo zakonitosti u Republici Srpskoj. U G. Marković (Ur.), *Zbornik radova „Odnos prava u regionu i prava Evropske unije“ (584–602)*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

Popović, D. (2016), *Poresko pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Popović, D., Ilić-Popov G. (2015). Retroaktivnost zakona u poreskom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1(LXIII). 5–22.

Poreska uprava Republike Srpske, Obavještenje br. 06/1.01/0401-052.4-8584/2017 od 5. 6. 2017. godine.

Pravila za izradu zakona i drugih propisa Republike Srpske, *Službeni glasnik R. Srpske*. Br. 24(2014).

Prijedlog Zakona o porezu na dohodak, Vlada Republike Srpske, jul 2015. godine. Republički zavod za statistiku. *Mjesečni statistički pregled – jun 2017*. (2017).

Tasić, Đ. (1935). O tumačenju krivičnopravnih i finansijskih zakona – problem analogije. *Arhiv za pravne i društvene nauke*. 1-2(XLVIII) 1–12.

Tasić, Đ. (1984). Analogija. U Radomir Lukić (Ur.) *Izbor rasprava i članaka iz teorije prava* (380–388), Beograd: Srpska akademija nauka i umetnosti, 1984.

Ustav Republike Srpske. *Službeni glasnik R. Srpske*. Br. 3(1992), 6(1992), 8(1992), 15(1992), 19(1992), 21(1992) – prečišćeni tekst, 28(1994), 8(1996), 13(1996), 15(1996), 16(1996), 21(1996), 21(2002), 26(2002), 30(2002), 31(2002), 69(2002), 31(2003), 98(2003), 115(2005) i 117(2005).

Harašić, Ž. (2009). Dometi sistematskog tumačenja u pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 2(2009).

Đorđe Marilović, LL.M.

Senior Assistant,

Faculty of Law, University of East Sarajevo

FOREIGN INCOME TAXATION BY INCOME TAX IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The Income Tax Act of the Republic of Srpska, which regulates income taxation of natural persons, provides for a special institute (cedula) designated as “income from foreign sources”. The legislator’s intention was to offer natural persons, non-residents of the Republic of Srpska, an opportunity to be taxed “stimulatively” for the income received from outside Bosnia and Herzegovina, provided that a non-resident has made qualified investment in the economy of the Republic of Srpska, which should ultimately lead to an increase of overall investments in the economy of the Republic of Srpska.

Several questions have been raised in this article concerning the taxation of income from foreign sources. The author draws attention to lacuna iuris concerning tax base, temporal aspects of certain income tax law provisions (e.g. restrictions as to which provisions could be changed by subsequent laws), the regressive effect of taxing income from foreign sources, as well as to other systemic discrepancies between general income tax and taxation of income from foreign sources.

The author supports the legislator’s intention to apply fiscal policy instruments in order to attract investments from nonresidents in a world of extremely movable capital but also warns about the need to define such instruments more accurately and systematically. Should the present Income Tax Act not be adjusted, the author predicts that application of the current fiscal policy instruments will be jeopardized; consequently, the current provisions on taxation of income from foreign sources may have significant distortive effects.

Keywords: individual income tax, income from foreign sources, nonresident, analogy, regressive tax rate, fiscal policy.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa Word , u fontu Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic) , (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera ,
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman
Autor(i)	Ime i prezime autora, naziv i puna adresa institucije u kojoj autor radi, kontakt e-mail adresa (velićina fonta 12 pt). Sve podatke o autorima, titula i institucija,
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u
Apstrakt	Apstrakt sađži 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poređati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se dostavljaju u elektronskom obliku (kao attachment) na sledeću adresu: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Ogledni primerak rada	Ovde možete preuzeti OGLEĐNI PRIMERAK RADA

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] <i>uuu</i> Одлука Уставног суда ІУ-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <i>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</i> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font <i>Times New Roman</i> , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
Data on the project or program* (optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper* (optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <i>Guidelines for Authors</i> .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here.
Paper submission	The papers shall be submitted in electronic format (as an attachment) to the following address: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pr. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IU-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IU-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp