
**INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW**

ISSN 0039 2138

UDK 34

STRANI PRAVNI ŽIVOT

1/2015

Beograd, 2015.

Redakcija
Editorial board

Prof. dr Miodrag Orlić

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu u penziji

Prof. dr Olga Cvejić-Jančić

redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu u penziji

Prof. dr Spiridon Vrelis

redovni profesor Pravnog fakulteta u Atini i direktor Helenskog
instituta za međunarodno i strano pravo u Atini

Prof. dr Mikele Papa

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci i Prorektor
Univerziteta u Firenci

Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach

redovni profesor, Državni Univerzitet u Beču

Prof. dr Vid Jakulin

redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani

Dr Stefanos Kareklas

advokat iz Soluna

Prof. dr Alesandro Simoni

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci

Prof. dr Đorđe Ignjatović

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

Prof. dr Đorđe Đorđević

redovni profesor Kriminalističko-policijske Akademije u Beogradu

Prof.dr Dušan Vranjanac

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

Prof. dr Dejan Đurđević

vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

Ratomir Slijepčević
sekretar Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije

Doc. dr Goran Dajović
docent Pravnog fakulteta u Beogradu

Dr Branislava Knežić
naučni savetnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja

Dr Ana Knežević Bojović
naučni saradnik, NALED

Dr Jovan Ćirić
naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Prof.dr Nataša Mrvić Petrović
naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Prof. dr Vladimir Čolović
naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Dr Aleksandra Rabrenović
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

Doc. dr Jelena Ćeranić
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

Dr Katarina Jovičić
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

Prof. dr Vladimir Đurić
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK

Editor in chief

Prof.dr Vladimir Čolović

ZAMENIK GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA

Deputy of Editor in Chief

Prof. dr Nataša Mrvić Petrović

SEKRETARI REDAKCIJE

Secretaries of editorial board

Mr Jelena Vukadinović

Mr Milica Matijević

TEHNIČKI UREDNIK

Technical Editor

Miloš Stanić

IZDAVAČ

Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

Institute of Comparative Law

Beograd, Terazije 41

e-mail: institut@icl.org.rs, www.comparativelaw.info

tel. (011) 32 33 213

Štampa : **GORAGRAF**

Tiraž : 300 primeraka

SADRŽAJ

Slobodan Milačić

PAS DE LIBERTÉS FONDAMENTALES SANS DÉMOCRATIE PERFORMANTE DE LA LOGISTIQUE POLITIQUE DES DROITS DE L'HOMME - RÉFLEXIONS Á PARTIR DES EXPÉRIENCES POSTCOMMUNISTES (NEMA OSNOVNIH SLOBODA BEZ UČINKOVITE DEMOKRATIJE POLITIKE LJUDSKIH PRAVA - RAZMIŠLJANJA IZ POSTKOMUNISTIČKOG ISKUSTVA)	11
---	----

Dragoljub Popović

COMPARING THE TURKISH TO THE SERBIAN EXPERIENCES REGARDING CONSTITUTIONAL COMPLAINTS (UPOREĐIVANJE TURSKIH I SRPSKIH ISKUSTAVA U VEZI USTAVNIH ŽALBI)	35
--	----

Виктор Сергеевич Каменков, Александар Ђурић

ХАРМОНИЗАЦИЈА АНТИМОНОПОЛСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ У ЗЕМЉАМА ЧЛАНИЦАМА ЕВРОАЗИЈСКЕ ЕКОНОМСКЕ УНИЈЕ	51
---	----

Oliver Nikolić

SLOBODA VEROISPOVESTI U UJEDINJENOM KRALJEVSTVU	71
--	----

Владимир Ђурић

УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА УСТАВНИХ ПРОМЕНА	85
--	----

Драган Јовашевић

ПРИМЕНА НОВЧАНЕ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ БАЛТИЧКИХ ДРЖАВА	107
---	-----

Gordana Gasmi

**STRATEŠKO-PRAVNI OKVIRI EU O
RAVNOPRAVNOSTI POLOVA – ZNAČAJ ZA SRBIJU.....123**

Katarina Jovičić

**USLOVI POD KOJIMA POVERILAC STIČE PRAVO
DA RASKINE UGOVOR ZBOG NEISPUNJENJA I
OGRANIČENJA ZA UPOTREBU TOG PRAVA.....143**

Isidora Beraha, Sonja Đuričin

**EFEKTI USPOSTAVLJANJA PRAVNOG OKVIRA ZA
MIKROFINANSIRANJE U SRBIJI.....157**

Вељко Милутиновић

**КОРИСНО ДЕЈСТВО (EFFET UTILE) КАО ИЗВОР
ПРАВА ЕУ.....171**

Marina Matić

**VISOKI SUDSKI I TUŽILAČKI SAVET TURSKE I
USAGLAŠENOST SA EVROPSKIM STANDARDIMA.....185**

Geetika Sood

**PORNOGRAPHY AND LAWS: A COMPARATIVE
STUDY OF INDIA & USA (PORNOGRAFIJA I ZAKONI:
UPOREDNOPRAVNA STUDIJA:
INDIJA & SAD).....199**

Милан Б. Марковић

**НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ НЕОСНОВАНЕ ОСУДЕ И
ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ.....207**

Lazar Glišović

**NEMAČKI GRAĐANSKI ZAKONIK - Od pravnog
partikularizma do kodifikacije građanskog prava.....223**

Vladimir Jovanović, Mirjana Misailović

DODD-FRANK ACT – REFORMA FINANSIJSKOG SISTEMA SAD.....	243
---	------------

Marija Vuhić

УКЉУЧЕЊЕ ОПШТИХ УСЛОВА ПОСЛОВАЊА У УГОВОРЕ О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ.....	259
--	------------

Saša Sremčev Илић

СУДИЈСКА ЕТИКА – СРПСКИ, ЕВРОПСКИ И МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ.....	275
---	------------

Predrag Vukasović

Prikaz knjige: Prof. dr Jovica Trkulja, USPON I PAD IVANA IVANOVIĆA.....	291
---	------------

TABLE OF CONTENTS:

Slobodan Milačić

PAS DE LIBERTÉS FONDAMENTALES SANS DÉMOCRATIE PERFORMANTE DE LA LOGISTIQUE POLITIQUE DES DROITS DE L'HOMME - RÉFLEXIONS Á PARTIR DES EXPÉRIENCES POSTCOMMUNISTES	11
---	-----------

Dragoljub Popović

COMPARING THE TURKISH TO THE SERBIAN EXPERIENCES REGARDING CONSTITUTIONAL COMPLAINTS.....	35
--	-----------

Victor Sergeevich Kamenkov, Aleksandar Ćirić

HARMONIZATION OF THE ANTIMONOPOLY LEGISLATION ON THE PROTECTION OF COMPETITION IN THE MEMBER STATES OF THE EUROASIAN ECONOMIC UNION.....	51
---	-----------

Oliver Nikolić

FREEDOM OF RELIGION IN UNITED KINGDOM.....	71
---	-----------

Vladimir Đurić

CONSTITUTIONAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENST.....	85
--	-----------

Dragan Jovašević

THE APPLIANCE OF FINE IN CRIMINAL LAW OF THE BALTIC STATES.....	107
--	------------

Gordana Gasmı

EU STRATEGIC – LEGAL FRAMEWORKS ON GENDER EQUALITY – THE IMPORTANCE FOR SERBIA.....	123
--	------------

Katarina Jovičić

THE CONDITIONS UNDER WHICH A CREDITOR ACQUIRES THE RIGHT TO TERMINATE THE CONTRACT DUE TO NONPERFORMANCE AND RESTRICTIONS ON DISPOSAL OF THE RESPECTIVE RIGHT.....	143
---	------------

Isidora Beraha, Sonja Đuričin

THE EFFECTS OF ESTABLISHING A LEGAL FRAMEWORK FOR MICROFINANCE IN SERBIA.....	157
--	------------

Veljko Milutinović

EFFET UTILE AS A SOURCE OF EU LAW.....	171
---	------------

Marina Matić

**HIGH COUNCIL OF JUDGES AND PROSECUTORS
IN TURKEY AND COMPLIANCE WITH EUROPEAN
STANDARDS.....185**

Geetika Sood

**PORNOGRAPHY AND LAWS: A COMPARATIVE
STUDY OF INDIA & USA.....199**

Milan B. Marković

**COMPENSATION FOR WRONGFUL CONVICTION
AND DEPRIVATION OF LIBERTY IN COMMON LAW
LEGAL SYSTEMS.....207**

Lazar Glišović

**GERMAN CIVIL CODE - From Legal Fragmentation to the
Codification of Civil Law.....223**

Vladimir Jovanović, Mirjana Misailović

**DODD-FRANK ACT – FINANCIAL SYSTEM
REFORM OF USA.....243**

Marija Vičić

**INCORPORATION OF STANDARD TERMS
AND CONDITIONS IN THE CONTRACTS ON
INTERNATIONAL SALE GOODS.....259**

Sanja Sremčev Ilić

**JUDICIAL ETHICS – SERBIAN, EUROPEAN AND
INTERNATIONAL STANDARDS.....275**

Predrag Vukasović

**Book review: Prof. Jovica Trkulja Ph.D, RISE AND FALL
OF IVAN IVANOVIC.....291**

PAS DE LIBERTÉS FONDAMENTALES SANS DÉMOCRATIE PERFORMANTE DE LA LOGISTIQUE POLITIQUE DES DROITS DE L'HOMME

RÉFLEXIONS À PARTIR DES EXPÉRIENCES POSTCOMMUNISTES

Le titre de la contribution proposée peut surprendre, voire paraître saugrenu... Comment oser séparer, voire opposer, les droits de l'homme et la démocratie politique ? Ne s'agit-il pas d'un couple fusionnel, inséparable par postulat ? Notre système néolibéral, dont l'appellation contrôlée est depuis quelques décennies celle de Etat de droit, passe pour un modèle bien intégré qui n'a plus besoin, pour être identifié, de ses deux référentiels traditionnels, démocratique et libéral, comme cela fut le cas tout au long du XXe siècle. La « démocratie libérale », devenue « démocratie pluraliste » est désormais « l'Etat de droit », tout court ; après une brève période transitoire des années 1990, pendant laquelle la référence générique et généalogique se voulait encore explicite, en évoquant l'Etat de droit – démocratique. Aujourd'hui, la démocratie pluraliste fait partie du « package » global : l'Etat de droit (constitutionnel, plus spécifiquement) implique donc, la prééminence, voire la souveraineté du droit, la hiérarchie des normes, le contrôle de la constitutionnalité et, au bout du compte et comme par appendice - la démocratie pluraliste, souvent citée dans l'énumération de ses éléments constitutifs. Les droits de l'homme, les libertés fondamentales, qui en sont le contenu substantiel libéral et primordial, il est vrai, ne sont pas formellement invoqués dans l'appellation consensuelle ou institutionnelle, non plus, tellement la chose semble aller de soi. Car, l'Etat de droit c'est l'Etat des « droits fondamentaux » de l'homme et du citoyen, par hypothèse ou – plutôt -

¹ Professeur émérite à l'Université de Bordeaux

par postulat. Il n'y a qu'à lire les « grands textes » des droits en vigueur, au plan national (constitutionnel), européen (notamment le traité) ou international et quelques « grands arrêts » des tribunaux suprêmes pour s'en convaincre. Par contre, la dimension démocratique, elle, est parfois ajoutée, *in fine*, comme par raccroc, au titre des différentes composantes de l'Etat de droit. La démocratie est, en quelque sorte, comprise dans la notion de l'Etat de droit, comme parfois le pourboire dans l'addition...

Pourtant, la structure profonde du système bipolaire résiste aux emballages sémantiques et idéologiques, on ne l'a pas assez souligné : l'Etat de droit continue, en quelque sorte involontairement, inconsciemment ou, en tout cas discrètement, par reproduire une appellation double qui, à côté et avant le droit, invoque l'Etat ; l'institution juridique, bien sûr, mais aussi société et pouvoir politique, par excellence, puisque souverain ; malgré toutes les limitations, de droit et de fait, que le néolibéralisme a amené concernant l'espace politique, au profit de l'économique.

Un regard diagonal sur l'espace des droits de l'homme nous fait cependant prendre conscience qu'il n'y a pas de droit positif crédible sans démocratie performante ; surtout dans la durée. Le discours juridique, positif et doctrinal, sur les droits de l'homme, assez confortable dans une relation de complaisance *inter se* ou donneur de leçons vis-à-vis des tiers, est beaucoup plus répandu que l'analyse critique de leur effectivité et de leurs garanties politiques, voire systémiques. Celles-ci vont pourtant bien au-delà de la nouvelle divinité du juge auquel on n'a pas de mal à donner « le pouvoir du dernier mot », en postulant que le dernier mot appartient au droit et non pas au politique, grâce au vote démocratique. A l'observation plus approfondie, il apparaît nettement que l'effectivité des droits de l'homme, les « droits vivants » diraient les italiens ou, encore mieux, l'« usage social des droits », dépend de la qualité pluraliste de la démocratie politique. On pourrait, sans grand risque, oser affirmer qu'il y a même un rapport de proportionnalité entre les deux, car la nature pluraliste du système politique permet, précisément, de cultiver la différence, de protéger l'opposition, c'est-à-dire les minorités qui, *in fine*, sont comme des écrans protecteurs au service des individus qui les composent et qui sont unies par la proximité de leurs identités. Dans le système pluraliste, derrière le clivage bipolaire entre la majorité et l'opposition se trouvent les pluralismes d'idées politiques qui sont des minorités politiques qui font le lien et la protection des individus, « en dernière instance ». De par sa vocation profonde, par conséquent, la démocratie pluraliste empêche ou limite le risque de l'« arbitraire », de la « tyrannie » ou du « despotisme »-majoritaire, qui sont l'appréhension

des libéraux « purs et durs ». Or, c'est, précisément la mouvance libérale qui donne désormais le là aux valeurs ambiantes au point qu'à une autre époque, pas si éloignée, on l'aurait qualifié de dominantes, peut-être même d'hégémoniques ? Mais, post modernité oblige, le « soft » remplace le « hard », comme le consensus « mou » remplace, pour l'essentiel et de plus en plus pour le moins essentiel, la majorité, vécue comme trop « dure » ; pardon, trop « clivante »...

L'idée de cette contribution m'a été inspirée par le constat concernant l'état de l'évolution des deux branches de la transitologie postcommuniste :

- celle qui a pour objet principal le régime institutionnel et le système politique ; la « démocratie vivante », qui en est la substance – même, et

- celle qui privilégie l'Etat de droit *stricto sensu*, c'est-à-dire les libertés fondamentales ou, plus généralement, le statut de l'individu ou de la personne dans le nouveau système, perçu comme primordialement individuel et juridique.

* D'un côté, on constate qu'avec la « consolidologie », après et au-delà de la transitologie, la problématique se renouvelle ; elle manifeste d'autres seuils d'exigences pour évaluer la crédibilité des nouveaux systèmes. A l'image du « droit vivant » des Italiens, on vise l'institutionnel vivant. Au-delà du virtuel juridique on cherche à comprendre et à évaluer l'effectivité, voire l'efficacité des principes et des institutions dans la vie sociale réelle, ordinaire et massive ; au quotidien, en quelque sorte. On s'intéresse à l'application concrète du code politique, concernant, à la fois, le rapport des pouvoirs entre eux et vis-à-vis de la « société des gens », société « civile » dans le langage conceptuel. Ce qui n'est, après tout, que l'autre moitié - substantielle des constitutions, avec les droits et les libertés. Car, il ne faut pas l'oublier dans prégnances néolibérales, les constitutions sont substantiellement politiques. Elles sont destinées à codifier – globalement - le pouvoir politique, dans ses deux profils : dans ses rapports avec la société des individus, avec « les libertés à protéger », et dans son aménagement interne, « la séparation des pouvoirs à assurer », pour reprendre les termes mêmes de la Déclaration de 1789, la plus grande charte libérale fondatrice de la modernité. Ainsi, finalement, la « consolidologie » nous détache de l'illusion du multipartisme défreiné par les nouvelles libertés, qu'elle constate même comme contre-productif, pour évaluer la représentativité réelle des partis et le niveau de performance ou de la qualité démocratique du jeu politique. Car, seule une démocratie efficace constitue une protection fondamentale, systémique

ou structurelle, des libertés. On ne se contente plus de la démocratie formelle, « tape à l'œil » et purement symbolique ; à l'ancienne, comme sous le « socialisme réel ». Staline ne disait-il pas que sa constitution de 1936 qu'elle était « la plus démocratique du monde », en exhibant le papier formelle, dont l'usage social était parfaitement pervers.

Ainsi, dans le même esprit réellement compréhensif comme pour l'exercice des libertés où une fois n'est pas coutume (car la démocratie est un système qui, en tant que tel, s'éprouve dans la durée), la première relève des majorités postcommunistes ne suffit plus pour affirmer que l'alternance au pouvoir devient significative de la démocratie. Cette fois-ci il faut tirer les leçons du passé et s'attendre à une démocratie bien réelle. A la différence de ce que Maurice Duverger avait appelé les « démocraties formelles » du « socialisme formel », là où les marxistes parlaient de socialisme démocratique « réel ». Il y a désormais nécessité d'une « attitude de précaution » qui consisterait à veiller sur l'application des normes, y compris et surtout des normes politiques. Les constitutions ne sont plus « des tentes dressées pour le sommeil des peuples » (Prévost-Paradol) ; elles ne doivent plus maquiller la réalité en jouant le rôle des villages Potemkine. Les nouvelles révolutions annoncées, arabes où post - postcommunistes (Ukraine, par exemple), nous y incitent avec force.

* De l'autre côté de la transitologie, celle des droits de l'homme ou, plus précisément, de l'Etat des libertés et des droits - fondamentaux, il ne semble pas qu'il y ait eu la même « rupture épistémologique ». Nous sommes toujours sur la lancée de l'analyse des élargissements et des approfondissements des droits et des libertés, avec le renforcement constitutionnel et juridictionnel de leurs garanties. Mais, toujours et essentiellement, sur le plan formel. Les « grands arrêts » des cours constitutionnelles ou suprêmes et leur portée emblématique sur laquelle on s'appesantit presque exclusivement de nos jours, freinent le passage de l'Etat de droit à l'évaluation de l'état des droits de l'homme, dans leur application « ordinaire », typique ou « massive ». On ne s'intéresse pas encore systématiquement à l'usage social des nouveaux droits, alors que la branche institutionnelle de la transitologie s'intéresse à l'usage politique c'est-à-dire collectif des institutions, qui impliquent des libertés collectives. Tout ceci n'est pas sans effet sur le destin durable des libertés individuelles !

Cette ouverture « vers le bas », vers le terrain humain, de l'étude des droits de l'homme nous semble d'autant plus utile, voire nécessaire que, philosophiquement ou -plutôt- théoriquement, on ne peut pas expliquer

le même par le même ; ni pratiquement garantir le droit par le juge, sans penser à garantir le juge lui-même : son indépendance et son efficacité qui lui ont cependant manqué à quelques moments décisifs de l'histoire politique française. Par exemple, au moment de l'« Etat Français », en 1940 et au moment de la guerre de décolonisation, dans les années 1960, alors que la démocratie française est consensuellement considérée (par l'opinion publique et savante) comme historiquement stabilisée. Il n'y a pas, en fait, de régime libéral des droits et des libertés crédibles si le politique, voire le culturel, n'accompagne pas l'évolution du droit positif. D'où notre intention de lier, de façon plus directe et plus systématique, la question des droits de l'homme à la question de la démocratie politique ; d'approfondir pour mieux comprendre leur interdépendance, c'est-à-dire leur interactivité profonde et décisive, surtout dans la durée. Même dans les « grandes démocraties occidentales », pour reprendre une formule consolidée, l'indépendance et l'efficacité du « pouvoir » et, a fortiori de « l'autorité » judiciaire (cas français) posent souvent problème. A fortiori pour les ex - pays socialistes où la « justice téléphonique » et son statut du « bras contentieux du pouvoir d'Etat », en réalité du parti, était imprégné dans la culture, c'est-à-dire dans les mentalités populaires et celles des dirigeants. Une nouvelle constitution de la séparation des pouvoirs, même votée, voire « plébiscitée » dans l'enthousiasme ne pouvait pas effacer d'un trait de plume un demi-siècle ou quatre vingt ans (pour l'URSS) d'acculturation totalitaire. Pour deux raisons, principalement :

*L'adhésion d'une partie des élites et de la société civile à l'idéologie déployée était plus ou moins réelle, aux débuts, même si elle n'a cessé de décliner en s'usant avec le temps ; d'autant plus rapidement que la police idéologique était insuffisante, à elle-seule, pour garantir l'obéissance civile devant l'inefficacité économique et l'impuissance idéologique.

*Le postulat libéral survalorise le paradigme volontariste, en estimant qu'il s'agit d'un système imposé contre la volonté de la base sociale et qui, en tant que tel, ne pouvait avoir une emprise culturelle « réelle » sur la société. Alors que, pourtant, l'on constate régulièrement la persévérance des « vieux réflexes » dans les nouveaux systèmes. Souvent, les acteurs politiques, tout comme les citoyens, ont un rapport pervers avec le pouvoir ou le droit. Un certain mépris ou crainte du politique, sont les manifestations éminentes de l'ancienne culture idéologique, parmi d'autres. Les psychologues savent bien qu'un mariage forcé marque la mentalité, c'est à dire la culture des époux, aussi bien qu'un mariage d'amour ; chacun à sa façon, bien entendu, si l'on définit la culture comme « une façon d'être, de penser et d'agir » (Almond et Verba) et si

l'on la saisit à travers « des attitudes et des comportements » concrets ; en somme des réflexions, des « ressentis » et-surtout- des réflexes, peut-être plus révélateurs que la réflexion formelle.

La démocratie politique, alias pluraliste², sera donc postulée ici comme la garantie durable de la bonne gouvernance des droits de l'homme. D'où l'emploi, dans le titre, du mot logistique, utilisé comme image métaphorique du soutien à distance. L'arbre des droits de l'homme s'alimente et prospère par ses racines, plongées dans le terreau politique, voire culturel. Même si, en amont, la démocratie pluraliste ne se conçoit pas sans libertés, individuelles pour commencer, mais aussi et surtout politiques, alias collectives, qui en sont le fondement spécifique. Et, même si la conservation des libertés demeure la finalité majeure du système pluraliste³, car, entre les fondements premiers et les finalités ultimes, il y a l'espace de la vie en société. Entre la cave et le grenier, il y a la « maison commune » au sein de laquelle nos destins, individuels et collectifs, sont organisés et orientés par les institutions politiques du « Gouvernement politique » et les politiques publiques de la « Gouvernance ». Le juridique n'échappe jamais au politique. Les compromis politiques font la substance des normes juridiques, même en ce qui concerne la définition fine et la hiérarchie précise des droits et des libertés. Il est dommage qu'on n'ait pas cherché à approfondir la dialectique des libertés, car les libertés, elles-aussi, sont concurrentielles ; elles rentrent facilement en contradiction, voire en conflit qu'il faut résoudre par le compromis politique ou systémique. Les préférences et les intérêts des uns s'arrêtent là où commencent ceux des autres. Nous aurons l'occasion de l'analyser de façon plus systématique, mais retenons d'emblée l'hypothèse selon laquelle les libertés fondamentales, contrairement à une certaine langue de bois sur les « valeurs partagées » (qui n'est pas seulement médiatique), sont substantiellement connotées par des compromis idéologiques et politiques. Ces compromis sont indispensables à leur « conciliation » majoritaire ou consensuelle, rendue nécessaire par la contradiction qui surgit dès qu'un seuil ambitieux ou trop gourmand est dépassé par une revendication particulière poussée. Dès que l'on donne un sens envahissant et une portée très large à un droit ou à une liberté - particuliers, la résistance s'organise de la part des droits et libertés concurrents, au détriment desquels cette extension se fait. C'est une immense illusion de

² Il faut désormais toujours un qualificatif spécifiant le modèle démocratique auquel on fait référence, car la démocratie, tout court, devient un fourre-tout de la bienpensance, synonyme du « Bon Gouvernement » (à l'image de la « bonne gouvernance »), quel qu'il soit...selon les goûts et les préférences idéologiques.

³ Protecteur des minorités, de leurs différences et, au bout du compte, des individus, qui en sont en quelque sorte des cellules composantes, réunis par la proximité identitaire.

croire que les libertés sont toutes en relation de synergie ! La progression de l'un se fait nécessairement au détriment de l'autre. Ainsi, « trop de liberté tue l'égalité » ; « trop d'égalité tue la liberté ». Ou – même – « trop de liberté tue la liberté », tout comme « trop d'égalité tue l'égalité », car notre système est sous-tendu par des exigences de rationalité, alias équilibre par le compromis, que Montesquieu appelait la « modération » et que nous désignons comme « choix rationnels ». Souvenons-nous de l'expérience législative de tout un siècle de la république parlementaire française, sous-tendue par la tension entre la Droite libérale et juridique et la Gauche égalitaire et politique. Il ne fallait pas beaucoup à la Droite pour dénoncer « l'égalitarisme liberticide » des projets « démagogiques » de la Gauche. Avec, comme réponse de la bergère au berger, le discours de gauche quant au « cynisme » des initiatives libérales - « égalitaricides » (pourquoi pas ?), favorisant la « concurrence sauvage » et les inégalités illégitimes, par elle induites.

La notion du « patrimoine commun des valeurs »⁴ peut, à son niveau, fondamental et consensuel, illustrer les compromis qui sont toujours sous-tendus dans le régime des libertés fondamentales.

Nous invoquons généralement, de façon confortable, pour ne pas dire légère, la notion de « patrimoine commun » des « valeurs partagées » ou « communes », en affirmant qu'il y a un consensus substantiel sur les libertés fondamentales, et en supposant, de surcroît, que le consensus signifie unanimité, ce qui n'est pas le cas. Dans l'espace des libertés fondamentales tout est harmonie et synergie ! Or, pour commencer, le consensus n'est pas l'unanimité « franche et massive », et s'il l'était, de façon aussi vaste et fondamentale, il y aurait de quoi s'inquiéter pour notre démocratie pluraliste, qui reste encore la référence fondatrice. Le consensus n'est pas dépourvu de toute ambiguïté, comme le supputent les médias et certains auteurs, il faut bien le reconnaître. Derrière un consensus formel se trouve (se cache ?) toujours un compromis substantiel. Sauf que les sujets ou acteurs de ce compromis sont le plus souvent, grosso modo, d'accord sur l'essentiel : ne pas les mettre en cause, fondamentalement, en tant que principes généraux ou « directeurs ». Ils diffèrent, cependant, sur le moins essentiel, mais – pour des raisons diverses mais convergentes – sont d'accord pour taire leur désaccord. Il s'agit, donc, d'un compromis à l'étouffée...mais les clivages et les divisions réapparaissent au niveau des applications concrètes, avec des rapports de force et des négociations consécutives. Le confort de la décision consensuelle, en amont, se paie

⁴ Celui des « valeurs communes » ou « partagées » de façon spontanée et sans négociation préalable.

toujours en aval, avec les réajustements nécessaires dans l'application de normes « générales et impersonnelles ».

Liberté et Démocratie ont, par conséquent, leurs destins liés ; tout comme le juridique et le politique, qui sont leurs paradigmes privilégiés. Mais pour mieux en saisir l'articulation, nous nous arrêterons quelques instants sur la présentation de notre grille de lecture générale du système de la démocratie libérale (ou du libéralisme démocratique, *alias Etat de droit* - aujourd'hui) ; avant d'en faire l'application dans les jeunes démocraties de l'ex- Est. Et, comme il faut toujours que l'expérience serve à quelque chose, nous nous autorisons à suggérer une grille de lecture, à insérer parmi d'autres, pour les générations des révolutions en cours ou à venir.

1. Sur la grille de lecture de l'État de droit, libéral et démocratique⁵

Notre modèle de référence, essentiellement dual, réalise un mariage de raison, entre Montesquieu et Rousseau. Montesquieu, penseur libéral, préoccupé avant tout par le problème de la « sûreté » personnelle et l'appréhension du pouvoir politique « absolu », à l'époque monarchique. Et Rousseau, « Citoyen de Genève », amoureux du peuple et de l'égalité entre les hommes et, à ce titre, principalement penseur de la démocratie.

L'histoire de notre modèle est celle de la construction d'un compromis fondateur entre ces deux familles de pensées, qui, au cours des épreuves du temps, va s'installer durablement comme légitime et efficace ; parce que légitime et efficace. Finalement, la liberté et l'égalité sont les deux exigences devant lesquelles se sont trouvés beaucoup de systèmes de pouvoir et auxquelles la démocratie libérale semble avoir donné la réponse la plus stable, c'est-à-dire historiquement durable⁶.

- *Un système bipolaire équilibré*

La complexité du modèle est d'abord dans la dualité de sa « structure profonde », comme dirait John Galtung. Substantiellement, à la fois libéral et démocratique ; technologiquement et parallèlement, juridique et politique. Ces quatre paradigmes se combinent pour organiser un équilibre

⁵ Il s'agit d'un condensé qui, nécessairement, grossit les caractères principaux du système modélisé.

⁶ Puisqu'elle apparaît comme le système politique - institutionnel le plus stable de l'histoire.

global du système⁷ ; fonctionnel et organique et, éminemment complexe. La liberté par le droit-naturel et l'égalité par le vote-l'acquis culturel, en quelque sorte, sont les postulats fondateurs des deux mouvances constitutives, piliers de notre système de l'Etat droit. La liberté et l'égalité, le droit et le politique sont, par conséquent, les quatre « invariants » (K.Deutsh) qui structurent tous les systèmes démocratique-libéraux de façons variables ; selon les cultures nationales et les moments de leurs développements propres. Ainsi, par exemple, les Etats appartenant à la culture du type anglo-saxon privilégient traditionnellement la liberté et « son » droit, alors que les cultures de tradition gréco-latine privilégient l'égalité et le politique, par lequel on y arrive.

Quelles sont, plus précisément, ces deux « mouvances », voire des « constellations » complexes qui constituent deux véritables sous-systèmes avec, chacun, sa cohérence propre ; mais qui, en même temps – et surtout – participent de la cohérence générale de l'Etat de droit auquel nous nous référons ?

Comme tous les « grands systèmes » politiques, et culturels de la modernité, la démocratie, sous toutes ses formes concrètes, très différentes, a eu à répondre aux deux exigences, « naturelle » et « culturelle », des hommes vivant en société : celle de la Liberté et celle de l'Égalité. Les réponses ont été variables, allant parfois jusqu'à la perversité extrême, du « libéralisme sauvage » à l'« égalitarisme écrasant », comme deux illustrations du totalitarisme ; inégal, il est vrai, car *soft* et *hard*, selon le cas. D'un côté, le système de la police idéologique des esprits, à côté de la police tout court, comme substitut de la légitimité démocratique ; libre, spontané et, surtout, concurrentielle. De l'autre, un conformisme idéologique induit, pour ainsi dire, par aliénation et aboutissant à la « servitude volontaire » de la « bienpensance » ; autrement dit de la « pensée unique », la seule « bonne pensée » (comme la « bonne gouvernance »), qui est le contraire de la démocratie pluraliste, dont elle n'est que la perversion, à la fois subtile et extrême. Seule la démocratie libérale, réellement pluraliste, a, dans son génie profond, trouvé un compromis viable entre les deux exigences, a priori difficiles à concilier de façon, à la fois, substantiellement légitime et fonctionnellement efficace. C'est pourquoi, à des fins analytiques et compréhensives, nous allons

⁷ D'autant plus que les technologies d'expression et d'action ont des connotations idéologiques et finissent par être considérées, en propre, comme des valeurs. Il y a une approche idéologique du Droit-valeur et du politique – valeur, sans que le contenu substantiel, concret, perturbe en profondeur ses approches globalisantes.

distinguer, voire opposer, le libéralisme et le « démocratismes »⁸ dans toutes leurs cohérences, complémentarités et concurrences. En dessoudant, pour les besoins de la cause analytique, leur fusion historiquement construite. Mais ses deux sous-systèmes, intimement imbriqués n'empêchent pas le bon fonctionnement du système global de l'Etat de droit. Bien au contraire, car la sophistication va avec la civilisation, alias pacification des rapports politiques et, par conséquent, sociaux.

On retrouve ici la métaphore des couples fusionnels où chacun des deux époux garde sa propre personnalité (que l'on peut et doit analyser à part), au sein d'une entité bien intégrée que constitue le couple désigné ; où le système de la famille dont il est le noyau dur.

Ainsi, un peu partout dans l'aire de la démocratie libérale, des compromis historiques se sont construits entre les deux filières symbolisées en France par ses deux « Pères fondateurs », Montesquieu et Rousseau, ayant donné lieu aux filières historiques des « Deux France », que l'on peut toujours décliner de multiples manières, malgré le « moment - dit - consensuel ». Montesquieu très préoccupé par la liberté de l'être et la menace autoritaire du politique (c'est Louis XIV qui en est la référence historique), ce qui le conduit à vouloir assurer les libertés individuelles par la promotion et la garantie des droits. Il fallait un juriste pour théoriser ce moment historique !

On perçoit déjà ce qu'on appellera, plus tard, l'individualisme juridique, qui constitue le noyau dur de la mouvance libérale.

La valeur idéologique de la liberté, individuelle par définition, est justifiée philosophiquement par les discours naturalistes. La liberté est consubstantielle à l'humanité, c'est un « décret de la mère Nature », disait un auteur du XVIIIe siècle. C'est la première manifestation sinon condition de la rationalité de l'homme.

De son côté, Jean-Jacques Rousseau, ce « amoureux du peuple et de l'égalité entre les hommes », voyait dans l'égalité la condition d'une authentique liberté, bien partagée. Notre « Citoyen de Genève »⁹ avait pleinement conscience que l'égalité ne pouvait être utilement postulée qu'en politique. *One man – one vote*, dira un adage anglais, intransposable dans d'autres espaces de la vie sociale) Mais, qui dit politique dit

⁸ Le néologisme circonstanciel, pas très élégant, mais utile pour souligner, des deux côtés, la composante idéologique, car même ceux qui réduisent la démocratie à une simple procédure sont obligés de reconnaître que les procédures ne sont jamais neutres, et toujours mais idéologiquement connotées, au service de certaines valeurs.

⁹ C'est ainsi qu'il aimait signer.

collectif, et l'on perçoit d'emblée que la mouvance démocratique, qui se construira progressivement dans cette course poursuite entre la liberté et l'égalité, opposera le collectif¹⁰ à l'individuel ; le politique au juridique, comme priorité et non point comme exclusivité. Il y a bien des moments dans l'histoire française où la « Gauche politique – démocratique et républicaine » voulait, avec force, consigner dans les lois « les acquis des luttes populaires ». Le paradigme juridique est bien installé dans la culture française, car la Droite ou les « droites » (« libérale », « conservatrice », « traditionnaliste », « individualiste », « économiste » et -surtout- « juriste » ou « constitutionnaliste », en occurrence) tout autant, ou presque, que la Gauche (« démocratique », « républicaine », « progressiste », « socialiste », mais-surtout- « politique » ou « électoraliste »), sont toute les deux fortement attachées au juridique.

C'est sur la base d'un mariage de raison entre les deux courants historiques que se construira le couple largement fusionnel de la démocratie libérale. Mais les deux mouvances ont persévéré en tant que sous-systèmes, largement implicites, parfois confondus, mais pas moins réels à travers les manifestations concrètes de la vie politique – constitutionnelle.

* La mouvance libérale s'est bâtie autour de la Liberté comme valeur matrice ou fondatrice, dont dérivent toutes les valeurs relatives à l'individu, personne à nulle autre pareille et comme telle cellule fondatrice de l'humanité. Sous le néolibéralisme et à partir des libertés fondamentales, la liste des libertés constitutionnelles s'allonge, leurs portées augmentent et leurs garanties se renforcent de façon constante constante.

La liberté s'est construite progressivement, sur une base individuelle, par le droit essentiellement et le juge qui en est le garant, jusqu'au niveau constitutionnel. Le politique, plutôt minimaliste dans cette vision libérale des choses est, dans ce domaine, un intermédiaire entre la Raison humaine - fondatrice et la consécration formelle, c'est-à-dire positive de la norme juridique par le compromis politique.

* La mouvance démocratique, de son côté, pourrait être présentée de façon quasi-symétrique. C'est la valeur Egalité qui est au début de la chaîne, prévue, au XVIIIe siècle comme « naturelle », elle aussi¹¹,

¹⁰ Pour éviter d'employer le terme « collectiviste », déjà pris par ailleurs et à d'autres fins.

¹¹ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 affirme bien que « les hommes naissent libres ET égaux ». L'égalité est affirmée comme un droit naturel de l'homme, tout comme la liberté, mais l'expérience politique des régimes libéraux a induit un discours nouveau des « gauches démocratiques modernes » sur la nécessité de conquérir, pour acquérir le droit à l'égalité.

mais, assez rapidement et à l'usage en quelque sorte, devenue une « conquête » historique ; une sorte d' « acquis politique ». Si la liberté est innée, en quelque sorte originelle, l'égalité, elle, est acquise de haute lutte démocratique, alias politique. D'où la valorisation du politique – démocratique, avec notamment le suffrage universel et le vote, c'est-à-dire l'arbitrage majoritaire. Par conséquent, si la triade libérale se résume par la liberté, la norme juridique et le juge, la triade démocratique, elle, se construit autour de l'égalité, du vote et de la majorité. La démocratie libérale, enfin, mettra en place l'Opposition comme l'autre profil de la légitimité du système, où celle-ci pourra jouer le rôle d'appel, avec – même – l'équivalent de la cassation, grâce aux procédés de destitution. Chacune des deux mouvances fondatrices remplit son propre espace systémique, tout en se croisant ou joignant à l'autre.

Ces deux axes principaux de la structure essentiellement bipolaire de notre système se sont reflétés dans la vie politique des démocraties pluralistes au siècle passé par des appellations génériques et stables : on parlait familièrement de la « Gauche démocratique – moderne » et de la « Droite libérale – classique », avec tous les prolongements et sous-distinctions possibles ; mais la bipolarité axiale était constante, malgré la complexité du jeu et la variabilité de ses composantes.

- *Le jeu historique de la construction du système.*

Au début, avec le temps fort du XVIII^e siècle, et comme toujours, ce fut le Verbe. Les discours sur la Lumière, c'est-à-dire sur la Liberté, octroyée aux hommes par le droit naturel, humain, libre rationnel et à consacrer par les droits positifs. Avec, comme modèle, le « Gouvernement modéré », proposé pour sortir des monarchies absolues ; notamment en France, avec Montesquieu. Mais, au fur et à mesure de la consécration historique des libertés, « arrachées » par des révolutions ou « octroyées », volens-nolens, par les monarchies en déclin, et les premiers effets pervers de l'ordre libéral – inégalitaires – se construit, en parallèle la demande égalitaire. Pour corriger les conséquences perçues comme illégitimes des libertés faisant jouer la loi du plus fort, mais pas forcément du plus légitime. A partir d'un certain seuil du jeu « débridé » ou « sauvage » des libertés, devenues génératrices des inégalités mal vécues, c'est le système politique de la démocratie qui se met en place.

Ainsi, le libéralisme, qui fut d'abord économique devient politique, avec la Révolution Française de 1789 et poursuit son développement, plus ou moins cyclique, au cours du XIX^e siècle. La mouvance démocratique – égalitaire – exprime cette évolution, avec ses temps forts de 1848 et

le suffrage universel proclamé, pour un temps plus symbolique que durable, et, surtout, la consolidation démocratique avec l'III^e République parlementaire, à partir de 1875 (les trois lois constitutionnelles) et 1877 (la constitution Grévy sur le chef d'Etat parlementaire – effacé).

Le modèle, jusque-là à prévalence libérale, deviendra plus démocratique au cours du XX^e siècle ; avec la Grande Guerre de 1914-1918 et la Grande Crise de 1929, qui contribuent, de façon convergente, à remobiliser le politique, c'est-à-dire le démocratique. Avec, comme expression privilégiée qui nous intéresse ici, le constitutionnalisme d'Entre-guerres, visant surtout à renforcer le régime politique grâce au « parlementarisme rationalisé » et à l'intervention du politique dans l'économie ; avec le New Deal qui n'était pas qu'américain !

Ce type d'équilibre démo-libéral a duré jusqu'aux années 70-80 et le nouveau virage néolibéral du système de gouvernement et pas seulement de la « gouvernance ». Jusque là, le modèle était prioritairement démocratique et certaines de ses appellations conventionnelles ne faisait même pas apparaître sa composante libérale. Ainsi, par exemple, on se référait au « socialisme scandinave », à la « démocratie chrétienne »-italienne » ou la « social-démocratie » - allemande, ainsi qu'aux appellations génériques des « démocraties parlementaires » ou « présidentielles ». Ce n'est que dans l'Après-guerre, à partir des années 50, que le référentiel qualificatif se rééquilibre en juxtaposant les deux composantes du système : la « démocratie libérale », puis « pluraliste », pour signifier le passage de l'individuel au collectif ; des droits de l'homme à la démocratie pluraliste.

Le grand virage – historique – de la mutation de notre modèle de « démocratie pluraliste » en « Etat de droit » commence avec la survenue de la « Seconde Grande Crise économique du capitalisme », avec la « crise pétrolière » de 1973 qui annonce ou induit des crises économiques, voire civilisationnelles que nous sommes en train de vivre, plus que de gérer... Par opposition à la crise de 1929, celle des années 70 et suivantes, bien que très séquencée par les économistes technocrates ou théoriciens spécialisés, est diagnostiquée comme provoquée par le « trop

d'Etat ¹²», c'est-à-dire le surpoids du politique, s'imposant et inhibant l'économique. Les recettes du retour au libéralisme de Me. Thatcher et de M. Reagan semblent alors comme la seule « solution de sortie de crise ». La venue aux valeurs individuelles et à la technologie juridique - classiques s'est opérée de façon aussi forte que rapide ; en quelques années et sans transition et sans débats véritables, dignes de l'ampleur et de la profondeur des changements. Les libertés individuelles et le principe de la libre concurrence sont redevenus les piliers idéologiques, non seulement de la mode du jour, mais très rapidement assimilés, voire « intériorisés » comme fondements de la nouvelle culture, individualiste et économiste. C'est dans ce nouveau contexte environnemental que sont intervenues les « révolutions démocratiques » dans les pays du « socialisme réel », en collant l'étiquette démocratique sur une substance dont la finalité et l'esprit étaient primordialement néolibéraux. D'où les ambiguïtés que nous voudrions mettre en lumière. Notre Etat de droit n'est pas seulement celui des droits de l'homme, mais aussi et surtout, celui de la démocratie politique garante de nos valeurs, de nos droits et de nos juges. Le Président de la République n'est-il pas, selon la norme constitutionnelle elle-même, garant de l'indépendance de la magistrature, comme de toutes nos institutions, d'ailleurs et, notamment, de la séparation des pouvoirs ?

2. Sur les ambiguïtés spécifiques aux pays ex-communistes

Il s'agit toujours du problème de la déconnexion analytique de la problématique juridique des libertés publiques et de la problématique politique, voire systémique, de la démocratie pluraliste. Au moment opportun, semble-t-il, où la crédibilité, c'est à dire, l'efficacité politique du jeu démocratique devraient, précisément, ressourcer l'Etat de droit et ses libertés fondamentales ; ambitieuses dans les textes constitutionnels, mais qui peinent sur le terrain. Notamment pour ce qui concerne le principe d'égalité, comme on le constatera ; mais l'égalité n'est jamais tout à fait séparable de la liberté. Ce que Guy Hermet a appelé le « désenchantement de la liberté » est, en partie, venu du fait du « désenchantement de l'égalité »

¹² On parlait alors d' « Etat obèse », de « trop d'Etat » et de son effet induit quant à la « bureaucratisation /stérilisation de l'économie », devenue de ce fait inefficace parce que trop « administrées ». Or, le bon fonctionnement du système démocratique-libéral, dans son ensemble, suppose une économie performante, un système capitaliste efficace. C'est à ce titre que l'économie capitaliste, la plus efficace entre toutes, est nécessaire à la démocratie, alors que la réciproque est moins vraie. . . Le capitalisme a pu prospérer sous des régimes autoritaires (le Chili de Pinochet et la Chine actuelle et quelques autres Etats asiatiques), alors que les économies insuffisamment développées et en crise s'avèrent comme des obstacles des plus sérieux à l'aboutissement de certaines révolutions postcommunistes asiatiques, notamment et arabes.

et de la démocratie, qui en est le fondement politique et systémique. La tendance à la confusion de l'idée de la liberté et de la démocratie n'est pas propre aux nouvelles « démocraties de l'Est » ou de l' « ex-Est » ; elle existe, aussi, au sein des Etats de droit – occidentaux. Cependant, le même type de constat n'implique pas le même type de conséquences, lorsque les contextes culturels sont sensiblement différents. Le nouveau déséquilibre structurel du système où le néolibéral et le néo juridique surplombent le démocratique et le politique¹³ est corrigé en Occident par la culture démocratique et politique consolidée au XXe siècle, comme déjà souligné¹⁴. Ce qui n'est pas tout à fait le cas des pays de l'Est, en général, sans culture démocratique consolidée avant le « socialisme réel », et avec une culture essentiellement dogmatique subie pendant un demi-siècle ou plus d'inculcation idéologique. La culture démocratique séculaire joue dans ce cas le rôle de garde-fou contre l'hégémonie néolibérale à l'Ouest, mais pas à l'Est. Or, c'est l'exercice politique, alias collectif et institutionnel des libertés, c'est-à-dire la démocratie et ses politiques publiques, qui peuvent contribuer au réajustement entre les droits formels proclamés et ceux réellement, c'est-à-dire massivement exercés. C'est encore la démocratie, avec ses droits économiques et sociaux, qui peut contribuer à donner plus de substance et de crédibilité au principe d'égalité. Or, nous nous trouvons dans une phase de développement du système, postulé en perpétuel rééquilibrage, où c'est la crédibilité restaurée du politique et, plus précisément, l'efficacité du jeu démocratique qui devrait ressourcer l'Etat de droit et ses libertés fondamentales. Notamment le principe d'égalité, qui a beaucoup souffert de par sa perception ambiguë au cours de la période transitionnelle. L'égalité était le thème pour ainsi dire obsessionnel du discours de légitimation du pouvoir socialiste, soutenu par toutes les manifestations formelles et symboliques pendant les années du « socialisme réel ». L'habitus culturel y était égalitariste avant tout, et ce quelles qu'aient pu être les perceptions, très diverses, de la réalité du système socialiste. Celles-ci allaient, en fait, d'un extrême à l'autre : de l'adhésion primaire à l'idéologie de certains dirigeants et citoyens jusqu'au scepticisme, voire le cynisme. Mais, dans tous les cas de figure, il en a toujours résulté une demande d'égalité plus « vraie », plus « sincère » ou mieux « partagée »... Avec une connotation privilégiant le réel au virtuel, qu'il s'agisse de la « promesse » idéologique d'antan ou du « droit en vigueur » d'aujourd'hui. Dans cette perspective il ne faut jamais sous-estimer la méfiance historique par rapport au droit qui

¹³ Par ailleurs sous influence lourde de l'économique.

¹⁴ Si, très grossièrement, de notre point de vue, le XIXe siècle était à prédominance du paradigme libéral, le XXe siècle était, jusqu'aux années 70-80, nettement à prédominance démocratique.

fait partie des cultures nationales des Etats concernés. Le droit était vécu toujours comme l'instrument du pouvoir alors que, de surcroît, le pouvoir était perçu de façon très péjorative, comme une contrainte, domination, exploitation ; dans tous les cas comme l'expression du rapport de force, par postulat - fondamentalement inégalitaire. Qu'il s'agisse du Moyen-âge ou du socialisme soviétique, le rapport entre le seigneur féodal et le moujik, (paysan pauvre), suivi par le rapport bourgeois-prolétaires. Le passage à la culture démocratique et le vécu du « pouvoir partagé », dans une société homogénéisée sur le plan des valeurs, ne peuvent s'opérer en l'espace d'une génération.

On se trouve, aujourd'hui, dans une situation de grande ambiguïté¹⁵. Le nouveau droit positif des libertés fondamentales (notamment le « droit jurisprudentiel ») évolue de façon continue et rectiligne, voire accélérée, alors que la réalité « positive », celle des faits massifs et matériels que l'opinion ambiante privilégie¹⁶, creuse le nouveau hiatus entre la norme « idéal-type » établie et la vie réelle. Sur la base des réflexes culturels, encore en héritage, certains finissent par poser à nouveau la question-cliché du vieux répertoire de la critique marxiste des « libertés formelles » : « des libertés pour quoi faire » ou « pour qui » ? Car, conformément à l'habitus égalitariste hérité et la « crise de l'égalité » qui condense la « crise » du politique et du démocratique sous le néolibéralisme, l'inégalité est très souvent mal vécue dans les pays qui nous occupent. Et du coup, comme par capillarité, c'est le sens de la liberté et la valeur du nouveau système sont mis en cause. Nous allons essayer d'éclairer la question des libertés fondamentales dans les ex-pays communistes à partir du principe d'égalité, dans ses rapports avec l'exigence de liberté¹⁷. La norme égalitaire apparaîtra, en effet comme, à la fois, primordiale et sensible ; sous le communisme comme sous le néolibéralisme, bien que de manières fort différentes et à des degrés inégaux. Mais les ambiguïtés que l'on pourra constater sont le résultat du cumul des effets induits du système communiste et de la conjoncture de crise néolibérale.

¹⁵ Dans l'autre sens de l'usage du mot.

¹⁶ Le chat échaudé craint l'eau froide...

¹⁷ Pour une vision exhaustive et condensée de tous les débats autour de la relation entre les valeurs libérales et égalitaires, voir le dernier ouvrage de Pierre Rosanvallon, *La société des égaux*, édition du Seuil, 2011. Le point de vue de l'auteur nous semble, cependant, trop « égalitarocentrique », si l'on nous autorise ce barbarisme... En 1789 tout avait commencé plutôt par la liberté et non pas par l'égalité, comme le prétend l'auteur, tout au long de l'ouvrage.

- *Les ambiguïtés héritées dans la perception de la liberté et d'égalité*

Pendant un demi-siècle de cultururation idéologique dans les pays du « socialisme réel » la démocratie et la liberté ont fait l'objet d'un discours du pouvoir et d'une perception générale particulièrement ambigus, sinon pervers. Comme pour tout le reste, à ce sujet - aussi et surtout, on pratiquait un manichéisme très inégalitaire, entre la « vraie démocratie » – socialiste et la « fausse » ou « formelle » liberté – bourgeoise.

* D'un côté, la démocratie célébrée était, par définition, socialiste. Celle de la « classe d'avant-garde », puis du « peuple tout entier » (ouvriers, paysans, travailleurs intellectuels), comme la Constitution soviétique « brejnévienne » de 1977 en avait donné le signal. On n'a jamais parlé des « libertés socialistes » de façon primordiale et systématique ; même pas de « libertés réelles », qui seraient propres au socialisme. Depuis Staline et la Constitution de 1936, la substitution du générique démocratique à la distinction libéral/démocratique est bien établie et d'ailleurs jamais explicitement justifiée. Staline lancera alors son cliché sur « la constitution la plus démocratique du monde » pour mettre en valeur la nouvelle et ample, voire très sophistiquée liste des libertés publiques, largement constitutionnalisées depuis. Les libertés étaient considérées comme « réelles », en tant que produits de la démocratie socialiste. Le texte comprenait une vingtaine d'articles consacrés aux « libertés publiques fondamentales » qui n'avaient, en apparence, d'équivalent dans le monde occidental – libéral. De structure ternaire, chaque article comprenait trois alinéas : un consacré à la définition, très ample, du contenu substantiel de la liberté considérée ; un autre portait sur les garanties juridiques et un troisième sur les « garanties matérielles », que seul le système socialiste, seul réellement égalitaire, était censé pouvoir offrir. Évidemment, dans le discours réservé à l'étranger occidental notamment, le dernier alinéa de l'article 39, qui annihilait toute portée pertinente à ces articles apparemment les plus « libéraux » d'alors, était passé sous silence. Il s'agissait, en effet, d'une disposition concernant l'usage de toutes ces libertés qui ne devait pas contrarier les décisions, les intérêts et – surtout – « l'esprit du parti », de l'Etat et de la société soviétique¹⁸.

Par conséquent, et pour nous résumer, la référence paradigmatique du Bien était celle de la démocratie socialiste, parce que « la plus égalitaire du monde et de l'histoire ».

¹⁸ Il en allait tout au contraire dans l'organisation du discours adressé aux citoyens, partis et Etats socialistes, où l'accent était mis sur le sens ou l'« esprit » du parti communiste, qui a inspiré ces dispositions ambivalentes !

* D'autre part, la liberté, comme concept spécifique, était avant tout objet d'un discours critique, négatif, dénonçant les « libertés bourgeoises » comme « formelles » et « hypocrites », voire perverses, puisque l'exploitation économique, la domination politique et l'aliénation culturelle des « classes majoritaires » en rendaient l'exercice impossible. On connaît la célèbre boutade de Lénine : à quoi sert la liberté d'expression ou la liberté d'aller et de venir, si l'on ne dispose pas de moyens pour fonder le journal de son choix ou se payer un billet de transport ?... Il y avait une parfaite géométrie symétrique du discours officiel des pouvoirs socialistes : la démocratie « réelle » était socialiste : la liberté « formelle » était bourgeoise.

Cette approche fondamentale de la liberté s'est perpétuée de Lénine à Gorbatchev et ses disciples dans les pays-frères et ce jusqu'au tournant des années 1990. Les mouvements de la dissidence ont d'ailleurs eu une stratégie politique très astucieuse où le droit a occupé une grande place, même le droit formel du « socialisme réel ». « Ceux qui pensent autrement » (les dissidents ou, encore les « marginaux ») ont voulu prendre le pouvoir au mot, en demandant l'application réelle des libertés jusqu'à formelles, contenues dans les textes constitutionnels, mais strictement inappliquées ; interdites aux citoyens et, autant, sinon plus, aux dirigeants. Cette stratégie s'est finalement avérée efficace, le contexte général de l'affaiblissement par l'usure historique des pouvoirs socialistes aidant, avec l'appui de la logistique occidentale qui nous paraît déterminante.

En 1989, ce qui fait se lever la contestation, c'est le « désir de liberté » qui est considérée comme synonyme de la démocratie, les deux mots &tant pris pour synonymes. La liberté est ainsi considérée en elle-même comme l'incarnation de la démocratie ; sa condition et son expression, voire sa finalité.¹⁹ Plus concrètement et plus complètement, c'était le désir de liberté et du bien-être matériel, que le modèle du néolibéralisme de l'Europe occidentale offrait, de façon saillante et accessible, aux pays communistes ébranlés. On se souvient, la crise économique profonde des ex-pays socialistes était au moins le motif surdéterminant des révolutions de l'Est, avec l'espoir du « paradis européen » comme substitut au « paradis communiste ». C'était le moment où le prestige du thatchérisme et du reaganisme était grand, en tant que « solution libérale

¹⁹ Dans le cadre des démocraties libérales stabilisées, voire historiques, on peut constater une certaine frange doctrinale et même théorisante qui se refuse à toute opposition, voire distinction – même analytique – entre la liberté et la démocratie ; entre le libéralisme individualiste et le démocratisme égalitariste. Pour une défense de notre grille de lecture duale, libérale et démocratique, voir notre débat avec Dominique Rousseau in *Les nouvelles formes de la démocratie*, ouvrage collectif de l'Association Française de Droit constitutionnel, éd. Dalloz, 2010.

de sortie de crise »... Finalement, pour des raisons différentes mais convergentes, la question des libertés juridiques (fondamentales, c'est-à-dire primordialement individuelles) a éclipsé la question de la démocratie politique, concernant l'usage social de ces libertés. Pourtant, seul l'usage politique, ou si l'on préfère social – réel et collectif – des libertés à la démocratique - pluraliste canalise et garantit, de façon durable, la « bonne application » du droit positif et l'efficacité du juge, indépendant et respecté.

- *Les ambiguïtés persistantes dans le rapport entre la liberté et l'égalité*

La demande révolutionnaire de liberté, consacrée par les nouvelles constitutions, une fois formellement entrées en vigueur s'est rapidement transférée sur la demande de l'égalité, comme accompagnatrice concomitante de la liberté. La forte demande sociale d'égalité a donc résulté du cumul de l'héritage de la culture socialiste – égalitariste et du nouvel Etat de droit – constitutionnel, où l'égalité fait le couple avec la liberté, tout en demeurant la valeur démocratique par excellence. Or, les difficultés réelles de la transition, notamment économiques, ont mis en contraste le droit à l'égalité, en nette progression juridique, et une régression certaine de l'égalité en fait. Les ex-communistes, « nomenklaturistes » et leur descendance directe, monopolisant encore des positions privilégiées et les nouveaux oligarques (profiteurs des guerres et des privatisations), s'imposant comme des nouvelles élites, tous à légitimité plus que douteuse, ébranlent la crédibilité de l'ensemble de l'édifice des nouveaux droits, à partir du problème de la crédibilité du droit à l'égalité. D'où, après un élan d'enchantement pour la nouvelle liberté, on a pu constater un « désenchantement de la liberté », pour reprendre le titre d'un autre livre de Guy Hermet, qui exprime le constat d'une bonne partie d'observateurs et d'analystes. En plus, comme on a tendance à confondre liberté et démocratie, celle-ci est entraînée, par capillarité en quelque sorte, dans cette dynamique du « spleen néolibéral ». Au moment, précisément, où le bon fonctionnement de la gouvernance démocratique aurait pu, grâce à ses politiques publiques et des réformes institutionnelles, aider à rattraper ce réflexe de repli. Les droits économiques et sociaux, dans un contexte économique moins troublé que celui de la transition et de la crise économique (et pas seulement financière) auraient pu, de leur côté, rendre plus crédible l'égalité proclamée et, avec elle, les libertés fondamentales – individuelles.

La crédibilité, ou plus précisément la légitimité, est globale, ou elle n'est pas. Le droit à l'égalité – piégé finit par contaminer celui de la liberté

et, dans le prolongement, l'ensemble des « libertés publiques », c'est-à-dire le système juridique nouveau, appelé l'Etat de droit.

Nous avons cru utile de focaliser notre propos sur le thème égalitaire qui nous semble paradigmatique en ce qui concerne la question des libertés et des droits dans les pays ex-communistes ; y compris les plus avancés dans la transition, voire dans la consolidation du nouveau système politique qui est, rappelons-le, la substance même de l'Etat de droit. Car, après la découverte enchantée des libertés fondamentales, tant désirées, il y a eu un temps de repli sur la valeur égalitaire, tout comme dans la dialectique historique du rapport entre ces deux paradigmes. L'égalité vient compléter ou corriger les effets pervers de la liberté perçue, dans ses effets débridés, comme « sauvage » ou « barbare », car la concurrence incontrôlée induit un rapport de force – primaire, qui produit la domination des plus puissants, mais pas forcément des plus légitimes.

Cette repolarisation de la question des libertés et des droits fondamentaux autour du thème, très sensible, de l'égalité est assez générale sous le « néolibéralisme consolidé ». Mais elle a, en plus, un enracinement culturel profond dans les ex-pays communistes, à habitus égalitariste. Chassez le naturel (ou le culturel, car la culture est une seconde nature), il revient au galop ! Ce constat nous incite à affirmer que le moment semble venu pour un affinement du régime des droits et des libertés par rapport aux cultures nationales, négligées jusqu'ici au profit de la standardisation des droits nationaux par rapport à l'exigence européenne.²⁰ Il semble que l'on puisse percevoir quelques prémisses du « retour » plus ou moins dialectique du « local », ici national, après un temps fort de la standardisation, notamment européenne. Le constitutionnalisme semble devoir connaître, à son tour, le phénomène de « glocalisation », dont la sémantique barbare exprime cependant une tension réelle.

Il ne s'agit pas ici de tomber dans un quelconque « relativisme culturel » qui limiterait ou dénaturerait les droits et les libertés – « naturels » dans ce qu'ils ont de l'universel. Mais il ne s'agit pas, non plus, d'adhérer à une dogmatique d'universalisme juridique accolé aux terrains culturels différents. Or, qui dit culture dit perception des valeurs fondamentales communes à l'humanité toute entière, ce qui n'empêche pas que ces valeurs puissent être connotées et hiérarchisées de façons différentes, par et dans les cultures. Au sein même des cultures, par définition nationales, on distingue de façon banale, la culture de Droite

²⁰ Sans aller à cette occasion jusqu'à l'ambition universaliste, accolées à la mondialisation.

et la culture de Gauche ; dans le domaine politique et juridique qui l'accompagne, toujours, on oppose bien la « culture gouvernementale » et la « culture oppositionnelle ». Toutes ces cultures (ou « sous-cultures », au sens systémique de la sémantique) se séparent, même si ce n'est que dans les nuances, quand il s'agit d'interpréter finement les implications du sens et de la portée des « droits de l'homme » ; lorsque la liberté individuelle et l'égalité, à connotation nécessairement collective, rentrent en tension, voire même en conflit.

Les systèmes communistes sont tombés à cause de la véritable schizophrénie implosive entre le discours juridique et la réalité politique ; entre la promesse – révolutionnaire, fidèlement répétée et reconduite par le discours et les réalités à la traîne ; de plus en plus décalées. Le système idéologique totalitaire s'était usé à la tâche, sans réussir. Jusqu'au seuil historique d'implosion des années 1990 où l'ordre policier n'a plus pu contenir la colère populaire qui demandait la liberté et le bien-être, à l'europpéenne. La stratégie de la dissidence a consisté, précisément, à piéger le pouvoir communiste en lui demandant de combler ce hiatus, en réalisant, en actes – désormais, les promesses idéologiques et le droit formel. La philosophie ou la « stratégie de précaution » consisterait, de nos jours, à en appeler à la vigilance des auteurs et des acteurs pour ne pas risquer de reproduire le passé critique dans le contexte nouveau, des « révolutions des fleurs » ou « des couleurs ». Les ex-pays communistes, encore sous emprise d'une certaine « culture – dogmatique - profonde » (J. Galtung) sont désormais dans l'attente d'un meilleur accord entre le discours et l'acte, la promesse et la réalisation, le virtuel et le réel. Pour cela, seule la démocratie pluraliste « vraie », « réelle » et « performante » offre les procédés légitimes dont les révolutionnaires peuvent s'approprier. Mais la démocratie n'est pas la « Cité du soleil » de Thomas Moore, ni le « Paradis communiste » de Karl Marx, mais seulement le moins mauvais de tous les types de gouvernements connus dans l'histoire. « Le plus mauvais excepté tous les autres » disait Churchill, avec l'humour anglais et le sien, propre. Pour que la démocratie puisse se réaliser comme un système de « gagnant-gagnant », encore faut-il une certaine qualité de la culture ou une dose d'empathie citoyenne. Un certain sens de la relativité, le goût de la différence, la capacité de patience, voire, de la tolérance, pour la périphérie de la légitimité. Le tout connecté dans un espace de la rationalité des idées, devant « globalement et en dernière instance », transcender les pulsions émotionnelles et les égoïsmes corporatifs ou communautaires.

La bonne réussite du système qui nous occupe dépend du bon équilibre entre ses deux principales mouvances : libérales et démocratique, juridique et politique, individuelle et collective. Il ne suffit pas de s'acharner sur la formalisation de l'Etat de droit si le substantiel ne suit pas. Un Etat de droit sophistiqué, sur un terrain qui n'est pas à sa mesure, peut induire des effets pervers. C'est pourquoi nous avons, à chaque occasion, plaidé pour les constitutions substantielles de transition, à la place des constitutions des vieilles démocraties, « revues et corrigée », c'est-à-dire améliorées au lieu d'être adaptées. Sinon, le risque est, comme pour toute grande ambition fébrile, non satisfaite « dans les délais » attendus ou espérés : un télescopage entre le but et les moyens, par manque de réalisme ou de patience. C'est cela que Guy Hermet qualifie de « désenchantement de la démocratie » ou de la liberté. Or, comme la jeunesse, en général, toute société jeune a besoin d'un enchantement pour lancer les valeurs révolutionnaires, mutuellement reconnues, et les institutions qui les représentent, les organisent et les servent. Les vieilles démocraties, elles, peuvent - jusqu'à un certain point - avoir des états d'âme et l'abstentionnisme structurel tournant autour des 50%. Il est plus difficile de concevoir la lancée historique d'un système révolutionnaire sans un élan – sincère, claire et massif, qui aide à amortir les chocs de la transition, toujours difficile, et avant de trouver un « rythme de croisière »...

Prof. dr Slobodan Milačić

Profesor Emeritus, Univerzitet u Bordou

NEMA OSNOVNIH SLOBODA BEZ UČINKOVITE DEMOKRATIJE POLITIKE LJUDSKIH PRAVA

RAZMIŠLJANJA IZ POSTKOMUNISTIČKOG ISKUSTVA

Rezime

Naslov ovog teksta može iznenaditi čak izgledati apsurdno... Kako se neko usuđuje da razdvoji ili čak usprotivi, ljudska prava i političku demokratiju, kada ih svi smatraju za nešto neodvojivo. Naš neoliberalni sistem, čiji je zaštitni znak poslednjih decenija pravna država, smatra se za dobro integrisani model, kome ne treba da bi bio identifikovan, kao što je bio slučaj tokom celog dvadesetog veka, njegove dve tradicionalne reference, "demokratska i liberalna". Danas, pluralistička demokratija čini deo globalnog "paketa": pravna država (konkretno ustavna) koja podrazumeva, vladavinu prava, hijerarhiju normi, kontrolu ustavnosti i na kraju pluralističku demokratiju. Pravna država je, po hipotezi, ili radije po pretpostavci, država "osnovnih prava" čoveka i građanina.

Ključne reči: ljudska prava, politička demokratija, pravna država, pluralistička demokratija.

COMPARING THE TURKISH TO THE SERBIAN EXPERIENCES REGARDING CONSTITUTIONAL COMPLAINTS²

Contents:

1. Introduction
2. Human Rights Homecoming
 - 2.1. The European Court's Stance towards a new Remedy in Turkish Law
 - 2.2. A brief comparative Overview of similar Remedies
 - 2.3. Caveat
3. Dialogue of Jurisdictions
 - 3.1. A Serbian Example
 - 3.2. Developments of the Dialogue
 - 3.3. Caveat
4. Conclusions

1. Introduction

One of the most remarkable features of the protection of human rights under the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: Convention) consists in its subsidiary character. The founding fathers of the Convention were of

¹ Judge at the European Court of Human Rights, Strasbourg; Professor at the Union University School of Law, Belgrade; Correspondent Fellow of the Institute of Comparative Law, Belgrade

² This paper was presented at the International Conference, organised in January 2014 in Ankara, by the Ankara Bar Association; it will be published in Turkey among the acts of the conference.

opinion that human rights should first and foremost find protection at the national level of member-states to the Convention³. It is therefore always more than welcome to enlarge protection of fundamental rights within the scope of the constitutional system of a nation-state. The more over-reaching the protection at the domestic level, the better is the idea of the founding fathers of the Convention fulfilled.

Whenever there is a new remedy in national law the subsidiary character of the Convention is accentuated. What has previously been the subject of protection at the international level of jurisdiction becomes, owing to a new remedy, protected at the national level. In other words one might view the human rights as returning home, i.e. to the environment where they should naturally be protected.

Returning home of human rights i.e. referring their protection back to the national level by no means puts an end to their connection to the international level of protection. On the contrary, one of the most important consequences of the human rights' homecoming is the phenomenon of the dialogue of jurisdictions⁴. It always becomes enriched, for it acquires a new and particular issue. The dialogue is enhanced by the introduction of each and every new remedy and it constantly brings new questions to the agenda.

2. Human Rights' Homecoming

An example of human rights' homecoming has recently occurred in Turkish law. It is therefore of interest to display the stance that the European Court of Human Rights (hereinafter: the Court) took on the issue (2.1), as well as to make a brief overview of remedies similar to the new one in Turkish law (2.2). Last but not least, a caveat should be added (2.3).

2.1. The Court's Stance towards a new Remedy in Turkish Law

The national law of the Republic of Turkey has recently introduced a new remedy aimed at the protection of human rights. Its scope is far

³* This paper was presented at the International Conference, organised in January 2014 in Ankara, by the Ankara Bar Association; it will be published in Turkey among the acts of the conference.

On the founding fathers of the Convention and their ideas cf. E.Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford – New York 2010, 10-171; A.W.B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire – Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford 2001, 169-235, 597-874

⁴ On the Court's participation in the dialogue of jurisdictions in general cf. D.Popović, "The Emergence of the European Human Rights Law", Den Haag 2011, 51-55.

reaching and the Court dealt with it for the first time in a case in which it gave a decision on 30 April 2013. The facts of the case were the following⁵.

The applicant was a defendant in a lawsuit at the national level. An action concerning limits of the plot of land he owns was brought against him in June 2009. In September 2011 the Tribunal of First Instance ruled against the applicant. The judgment was based on an on-site visit of the plot of land, as well as on several testimonies given by witnesses. The applicant filed a cassation appeal, but in September 2012 the Court of Cassation confirmed the judgment given in the first instance⁶.

Invoking Articles 6 and 14 of the Convention the applicant filed with the Court. He alleged violation of the Articles mentioned, because the on-site visit of the land had taken place one day in advance, i.e. before the date fixed, so that two witnesses had not been duly summoned. In the applicant's view this led to irregularities of the procedure at the domestic level, falling within the scope of protection of the two Articles invoked⁷.

The Court decided to pronounce itself on the admissibility of the application, basing its approach on the new Turkish legislation, namely the Law No 6216, published in the Official Gazette on 3 April 2011, its provisions having meanwhile entered into force on 23 September 2012. The Court's main stance was taken on the exhaustion of domestic remedies⁸.

In its introductory remark the Court stressed the subsidiary character of the mechanism of protection of human rights under the Convention and the primordial importance of their protection at the national level of jurisdiction⁹. The Court proceeded further on to the analysis of Turkish law, as it currently stands, beginning with the constitutional provisions.

The Court noted in that respect that due to Constitutional amendments of 2010 the composition of the Constitutional Court of Turkey had been altered in the sense that the number of sitting justices became 17, instead of 11 previously sitting. There were other significant alterations in the Constitutional Court's structure. Two chambers were created, besides the Plenary Court and there was a repartition of competence between the chambers and the Plenary¹⁰.

⁵ Hasan Uzun v. Turkey, 10755/13, 30.4.2013 (text in French)

⁶ Paras 1 to 6 of the decision

⁷ Paras 33 and 34

⁸ Paras 14, 15 and 34

⁹ Para 39

¹⁰ Paras 7 to 9

The outstanding amendment of the Constitution of the Republic of Turkey occurred by modifying the text of its Article 148, Section 3, which introduced the individual complaint before the Constitutional Court. The remedy could apply in each and every case in which an individual complains of an alleged violation by public authorities of his/her fundamental liberties or rights guaranteed¹¹.

The right of individual complaint before the Constitutional Court has been shaped by legislative provisions, to which the Court also made reference in its decision on admissibility. The above-mentioned Law 6216 introduced those¹².

The Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey were amended accordingly, so as to fit the constitutional amendment and the legislation based on it. They were published in the Official Gazette on 12 July 2012 and entered into force on the same day¹³. The construction of a new remedy for protection of human rights was thus completed and the protection was made effective in terms of legal proceedings. That provided basis for the Court to scrutinise the new remedy and take a stance on its implementation in domestic law¹⁴.

The Court assessed the new remedy in Turkish law from three different points of view. First, it was its availability, and then its mode of implementation. Lastly it was the remedy's field of application that the Court also took account of.

As to the availability, the Court considered the provisions guiding the technique of filing a constitutional complaint. The Court found those to be appellant friendly. It has been stipulated in the legislation that a constitutional complaint could be filed not only with the Constitutional Court's registry, but also with any court-of-law in Turkey, as well as with the Turkish diplomatic missions abroad¹⁵.

Other provisions in respect of implementation of the new remedy were also convenient to those seeking justice and protection of human rights. The time frame of thirty days for the filing of constitutional complaint was in line with the provision on the time limit for filing an appeal in cassation under the national law. The thirty days start running

¹¹ Para 11

¹² Para 25

¹³ Paras 26 and 27

¹⁴ Paras 54 to 71

¹⁵ Para 57

from the date on which the ordinary remedies were exhausted, or in case there were none, from the date on which the appellant took account of the violation of his rights¹⁶. The fee for the constitutional complaint is not excessive. It amounted to 84 euros in 2013. There is a possibility of obtaining legal aid as well¹⁷.

The modes of implementation of the constitutional complaint were also scrutinised by the Court¹⁸. The Court found in that regard that the amended version of the Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey entered into force on 12 July 2012. The Court also noted that the Constitutional Court had competence to thoroughly examine a constitutional complaint on the merits. In doing so the Constitutional Court has competence to apply *inter alia* the international treaties ratified by Turkey, including the Convention. It has also been vested with the power to hold a hearing, pronounce interim measures if necessary, as well as to remedy divergent jurisprudence. Therefore the Court's overall assessment was that the new remedy offered adequate means to achieve redress for a violation of human rights and fundamental freedoms.

Finally the Court turned to the field of application of the new remedy, basing its analysis at this point on the scope of competence of the Constitutional Court¹⁹. The Court accentuated the position taken by the Turkish Parliament, being determined to introduce and construe such competence for the Constitutional Court that would enable the latter to provide efficient redress for violations of human rights. The Constitutional Court has therefore been made competent to order the authorities to put an end to a violation of human rights and also to make them place a complainant in the situation, which would have existed had the violation of human rights complained of not occurred²⁰. The Court noted that the judgments of the Constitutional Court of Turkey were of such nature as to provide constraint upon the public authorities to proceed to the redress of a violation of human rights.

The Court's scrutiny of the recently introduced individual constitutional complaint in Turkish law led to the final conclusion that the Constitutional Court was vested with powers to directly and swiftly redress violations of human rights protected by the Convention²¹.

¹⁶ Para 55

¹⁷ Paras 56 to 58

¹⁸ Paras 59 to 61

¹⁹ Paras 62 to 67

²⁰ Para 64

²¹ Para 67

After such an exhaustive analysis of the new remedy in domestic law the Court turned to the case at issue and found that the domestic proceedings had ended on 25 September 2012. This made the Court declare the application inadmissible in terms of Article 35.1 of the Convention, for non-exhaustion of domestic remedies²². The Court's decision was not explicit at this point, but taken into account what the Court had previously stated, it is clear that its stance was that the remedy had already been effective as of 23 September. The new legislation, i.e. Law 6216 on the Constitutional Court, came into force on that date²³. It is to be noted that the decision was taken by a majority of judges on the bench²⁴.

2.2. A brief comparative Overview of similar Remedies

To support its stance on the new Turkish remedy in the admissibility decision that has just been discussed the Court made reference to its previous jurisprudence. It displayed a brief overview of similar remedies in other member-states to the Convention²⁵.

An outstanding example in this regard was the Court's reference to the practices of the Federal Constitutional Court of Germany. The Court highlighted several points, as elements of its own scrutiny of the German remedy (*Verfassungsbeschwerde*). The Court held the remedy to be accessible to the complainants and effective²⁶. The Court's scrutiny of the German legal remedy went so far as to consider its exhaustion obligatory in all cases, including the most important ones. For instance, the Court's stance on the issue was that an applicant invoking Article 3 of the Convention had to exhaust the domestic remedy, when contesting the refusal of the administrative tribunal to grant him an interim measure against expulsion²⁷.

The Court also made reference to the Constitutional Tribunal of Spain, noting that the remedy existing in the national law (*amparo*) had to be exhausted before filing an application with the Court. The only exception

²² Para 70 and 71

²³ Para 15

²⁴ Since the Convention in its Article 45.2 and accordingly Rule 74.2 of the Rules of Court do not allow dissenting opinions to accompany Court's decisions on admissibility we know neither the number of dissenters nor their reasoning.

²⁵ Paras 42 to 51

²⁶ Müller v. Germany (dec.) 36395/07, 11.3.2008 ; Schädlich v. Germany (dec.) 21423/07, 3.2.2009

²⁷ Djilali v. Germany (dec.) 48437/99, 22.6.1999 ; Mogos and Krifka v. Germany (dec.) 78084/01, 27.3.2003

was the cases concerning property, which by virtue of the domestic law of Spain do not enjoy protection of the Constitutional Tribunal²⁸.

In case of the remedy existing in the law of the Czech Republic the Court also considered its exhaustion obligatory, except if the issue at stake was the length of proceedings. The reason for the exception was that the Czech Constitutional Court had no powers either to award damages or to put a constraint on the ordinary courts to accelerate the proceedings²⁹.

Among other member-states mentioned in the short overview of remedies the Court made reference to Serbia, concerning a specific issue. It was the date on which the Court was to consider the constitutional complaint an effective remedy. The Court considered relevant in this respect the date on which the first ruling of the Constitutional Court of Serbia was delivered³⁰. An application filed with the Court after the critical date is to be declared inadmissible if the applicant had not exhausted the national remedy before the Constitutional Court³¹.

2.3. Caveat

By adopting constitutional amendments, followed by new legislation, Turkey joined other member-states to the Convention that allow individual constitutional complaint. The first impression of the step taken is that of enlarging the scope of protection of human rights at the national level. It is defined by Article 148.3 of the Constitution, as modified by Law 5982. Fundamental liberties and rights guaranteed by the Constitution and protected by the Convention fall within the scope of application of the individual constitutional complaint.

It is noteworthy that the provision regulating the field of protection is broad. Basically it covers the whole area of the Convention system of protecting human rights³². Other countries have certain restrictions that do not apply in Turkey. For instance, there is no protection of property before the Constitutional Tribunal of Spain; and there is neither any for the length of proceedings in the Czech Republic³³.

²⁸ Arcadio Fernandez-Molina Gonzalez v. Spain (dec) 64359/01, 8.10.2002

²⁹ Eremiasova and Pechova v. Czech Republic, 23944/04, 16.2.2012

³⁰ Vinčić and Others v. Serbia, 44698/06, 44700/06, 45249/07, 1.12.2009

³¹ Živomir Jovanović v. Serbia (dec) 9560/09, 14.9.2010

³² With the exception of those provided for by the additional protocols, which Turkey did not ratify.

³³ Arcadio Fernandez-Molina Gonzalez v. Spain (dec) 64359/01, 8.10.2002; Eremiasova and Pechova v. Czech Republic, 23944/04, 16.2.2012

Two member-states that have just been mentioned do not stand close to Turkey in this regard. On the other hand there are no major restrictions posed to the constitutional complaint either in Germany or in Serbia. However, the amount of fee for a constitutional complaint in Germany is considerable, whereas in Serbia there is none. Turkey seems to be closer to the latter, for the amount of the fee is quite moderate.

In the light of this comparison in brief it should be noted that there might be room for a caveat. Constitutional Courts are unique in all countries in which they exist. All constitutional complaints must be received and dealt with by one court-of-law, which is singled out to bear a heavy burden. It is true that the provisions on the organisation of the Constitutional Court of Turkey have envisaged the situation to come, especially by introducing two chambers and the Plenary Court and making a repartition of their competence. The Constitutional Court's practices will most certainly adapt to the number of complaints and add to the efficiency of that jurisdiction.

It is nevertheless to be remarked that the Constitutional Court of Serbia, which is working under a similar scope of competence as the Turkish Constitutional Court, has been overburdened with cases. It is so, despite the fact that the country has a population amounting to only 9% of the population of Turkey³⁴. The Constitutional Court of Serbia started dealing with individual constitutional complaints in September 2008 and got overburdened in a short period, not exceeding five years.

What is at stake here is the role of ordinary judiciary. It should be stressed that the ordinary courts also provide protection of human rights and apply the Convention. If they partly fail to do so, which may be said to be the case at least to some extent in Serbia, the task of the Constitutional Court may become too difficult to perform. Ordinary courts remain primordial protectors of human rights, despite the existence of an adequate remedy before the Constitutional Court.

A remark should be made at this point on the policies of the Government of Turkey, being favourable to complying with the Court's judgments, which introduced special procedures and a body whose task consists of redressing violations of human rights. Following a pilot judgment delivered in 2012 the Parliament adopted the Law 6384

³⁴ RTS (State Owned Television) News 2.12.2013. There were almost 14000 complaints pending towards the end of the year 2013.

providing for a remedy for the excessive length of proceedings³⁵. The Law created a special body competent to indemnify victims of the excessive length of proceedings in all cases in which the proceedings at the national level had started before 23 September 2012. This piece of legislation completes the protection of human rights envisaged by the provisions introducing constitutional complaint.

3. Dialogue of Jurisdictions

A dialogue of jurisdictions is a phenomenon accompanying the homecoming of human rights. If more protection is granted at the national level of jurisdiction it comes into a dialogue with the international, i.e. European instance. An example concerning Serbian law can be illustrative in this respect (3.1). Its developments show the dynamics of the dialogue (3.2) and there is also a reason for a caveat (3.3).

3.1. A Serbian Example

The example from Serbian law is rather specific. It concerns the country's previous socialist regime under which the economy was organised in a way corresponding to the collectivist ideology. Enterprises were neither founded nor owned by private capital. However, they were not properly considered to be state owned, for they enjoyed a certain amount of autonomy, they could compete in the market and were not bound to follow any state production plan. Therefore the then existing legal doctrine labelled them as "socially owned". The term does not provide much clarity; it used to be discussed among lawyers, although the outcome of the discussions could not properly shed decisive light to the concept.

The problem concerning "socially owned enterprises" has acquired huge dimensions because of the enormous amount of debts that such enterprises had made in respect of their own employees. In times of economic crisis the enterprises were unable to pay wages and salaries, as well as contributions to the retirement pension fund.

The employees all over Serbia brought proceedings against the enterprises and won their cases. The judgments rendered in their favour

³⁵ The pilot judgment was rendered in the case of *Ümmühan Kaplan v. Turkey*, 24240/07, 20.3.2012. On the remedy cf. *Müdür Turgut and Others v. Turkey (dec.)* 4860/09, 26.3.2013, paras 19 to 26.

remained unenforced, because the defendant enterprises claimed lack of funds. They were nevertheless still doing business and the Government of Serbia was hesitant to put an end to their activity by way of insolvency proceedings. This was probably due to the Government's fear of a certain growth of unemployment. The vicious circle was thus made complete.

The employees of socially owned enterprises filed applications with the Court, invoking Article 6 of the Convention and Article 1 First Protocol. They basically complained about the non-enforcement of final judgments given at the domestic level of jurisdiction. The leading case was *R.Kačapor and Others v. Serbia*³⁶. The Court's ruling was in the applicants' favour on the grounds that the respondent state must be held liable for the debts of the enterprises that were substantially under the government's control. The Court found violations of both Article 6.1 of the Convention and Article 1 First Protocol³⁷. The respondent government was ordered to pay the applicants the sums awarded in the final domestic judgments rendered in their favour³⁸. Apart from that the Court ordered the payment of specified amounts on account of non-pecuniary damages to each and every applicant³⁹.

The whole issue concerning debts of the socially owned enterprises seemed to be transferred to the national level of jurisdiction by this ruling. However, the Court's position taken in the leading case caused a dialogue with the Constitutional Court of Serbia and was at the origin of further developments.

3.2. Developments of the Dialogue

The Court had to revisit the topic of the cases against Serbia belonging to the class of "socially owned enterprises". It did so in the case of *Marinković v. Serbia*⁴⁰. The reason for revisiting was the developments in the case-law of the Constitutional Court of Serbia on the same issue. A problem appeared before the Court as a consequence of several rulings of the Constitutional Court of Serbia⁴¹.

³⁶ *R.Kačapor and Others v. Serbia*, 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06, 3046/06, 15.1.2008; for the status of socially owned enterprises cf. paras 71 to 76 of the judgment.

³⁷ Paras 116 and 120 of the judgment

³⁸ Item 5(a) of the Operative Part of the judgment.

³⁹ Item 5(b) of the Operative Part. Costs and expenses were also awarded under this item, but it is not of interest here.

⁴⁰ *Marinković v. Serbia*, 5353/11, 29.1.2013 (admissibility decision)

⁴¹ Paras 31 to 44 of the admissibility decision in *Marinković*

The Constitutional Court of Serbia basically complied with the Court's stance that the state was liable for the debts of the socially owned enterprises in the situations corresponding to the pattern of the leading case of *Kačapor*⁴². Its rulings followed the position taken on the issue until the Constitutional Court issued an advisory opinion on 19 April 2012.

According to the national legislation the socially owned enterprises, still existing in Serbia, could undergo restructuring in order to regain their profitable character within the measures envisaged by the government. The Constitutional Court opined that there were no grounds for awarding compensation to a claimant in respect of pecuniary damage in cases in which the principal debtor, i.e. the socially owned enterprise, was undergoing restructuring. This meant that the final domestic judgments rendered against such enterprises would remain unenforced. The fact provided grounds for the applicants before the Court, defying effectiveness on this particular point of the constitutional complaint as a remedy in Serbian law⁴³.

The Court disagreed with the position taken on the issue by the Constitutional Court of Serbia. It ruled in favour of the admissibility of the application. In the Court's view a non-enforcement of a final judgment rendered at the domestic level of jurisdiction could not be justified by the fact that the principal debtor, i.e. a socially owned enterprise, was undergoing restructuring.

The Court reiterated its stance that the respondent state cannot be held liable for the lack of funds of a private debtor at the national level. However, the Court once again refused to put the "socially owned enterprises" in Serbian law on the same footing as private companies. Therefore the Court's ruling was that the state obligation persisted in case of enforcement against either the state itself or against an entity, which does not enjoy sufficient institutional independence from the state⁴⁴. The latter was exactly the case of the "socially owned enterprises".

This practically meant that the Court maintained its principal position that the constitutional complaint was an effective remedy in Serbian law, but it singled out the pattern of socially owned enterprises undergoing restructuring. Despite the fact that the remedy was deemed to be effective in general it was not considered to be such in the exceptional pattern belonging to the same larger class of cases. The outcome of

⁴² Cf. para 36 of Marinković

⁴³ Para 55 of the decision

⁴⁴ Marinković v. Serbia, 5353/11, 22.10.2013 (judgment on the merits), paras 38 and 39

this approach consisted in the fact that applicants complaining of non-enforcement of the final domestic judgments, which concerned socially owned enterprises undergoing restructuring were not under obligation to exhaust the constitutional complaint as a domestic remedy.

The admissibility decision in *Marinković* was adopted in January 2013. It was clear enough that the Court was going to give judgment on the merits of the case (which the Court did in October the same year), so that an echo came from the Constitutional Court of Serbia as early as towards the end of March 2013. In its ruling on the case *Už 1712/2010* the Constitutional Court held that the state was liable for the enforcement of a final judgment rendered at the domestic level against a socially owned enterprise undergoing restructuring⁴⁵. In other words the Constitutional Court of Serbia complied once again with the Court's stance in the same class of cases, but this time it was on a specific issue.

The Court subsequently reopened dialogue with the instance at the national level, so as to reaffirm its position that the constitutional complaint was an effective domestic remedy in Serbian law. Another applicant appeared before the Court, alleging violations of Article 6 of the Convention and Article 1 First Protocol, but also challenging effectiveness of domestic remedy, under Article 13 of the Convention. The case was *Vasvija Ferizović v. Serbia*⁴⁶.

The Court now had to decide whether the constitutional complaint was an effective remedy at the national level of jurisdiction in Serbia in respect of the socially owned enterprises undergoing restructuring in the light of the case-law of the Constitutional Court.

To entrench the issue the Court turned to the most recent case-law of the Constitutional Court of Serbia. In doing so the Court relied in the first place on the Constitutional Court's ruling in *Už 1712/2010*, mentioned above⁴⁷. The Court also took account of other cases dealt with by the national Constitutional Court, in which rulings were given to the same effect⁴⁸.

The Court's general assessment was that the remedy in question was effective, because "the Constitutional Court of Serbia had recently

⁴⁵ Official Gazette of the Republic of Serbia 87/2013 of 4 October 2013, Constitutional Court's ruling of 21 March 2013, *Už 1712/2010*. The ruling referred to the Court's admissibility decision in *Marinković*, rendered in January 2013, as mentioned above.

⁴⁶ *Vasvija Ferizović v. Serbia*, 65713/13, 26.11.2013 (admissibility decision), paras 19 and 20

⁴⁷ Paras 12 to 16 of the decision in *Vasvija Ferizović*

⁴⁸ Para 17 in *Vasvija Ferizović*.

fully harmonised its approach towards the non-enforcement of judgments against socially owned enterprises undergoing restructuring⁴⁹.

The Court's further finding was that the applicant had not exhausted the constitutional complaint as a remedy at the national level, so that the application was declared inadmissible by virtue of Article 35 of the Convention. The Court also ruled that the complaint under Article 13 of the Convention was ill founded. This goes hand in hand with the Court's stance that the national remedy was effective⁵⁰.

A peculiar circumstance deserves attention at this point, for one may be tempted to reproach certain rigidity to the Court. The application in *Vasvija Ferizović v. Serbia* was filed with the Court on 4 October 2013. It was exactly on that date that the Constitutional Court's ruling in *Už 1712/2010* was published in the Official Gazette of the Republic of Serbia. Although apparently rigid the Court's stance is justified by the fact that there is no time limit for filing constitutional complaints in the class of cases concerned. Therefore the applicant was by no means estopped or precluded from the protection of her rights at the national level.

The Court's dialogue with the Serbian Constitutional Court remained uninterrupted. The Court reaffirmed its previous position on the effectiveness of the constitutional complaint as a remedy in Serbian law. There was no more exception in respect of socially owned enterprises undergoing restructuring. This was due to the evolution of the case-law of the Constitutional Court of Serbia.

3.3. Caveat

As far as the dialogue of jurisdictions is concerned there is also room for a caveat. It goes in line with the one expressed under the paragraph 2.3 of this paper and concerns the phenomenon of the homecoming of human rights, or referring their protection back to the national level of jurisdiction.

If the Court declares a domestic remedy to have become effective it may so happen that a fair number of cases will be transferred to the national level of jurisdiction. That complies with the whole philosophy of the protection of human rights at the European level, but it might nevertheless provoke technical difficulties. For the sake of illustration it

⁴⁹ Para 4

⁵⁰ Paras 8 to 10

can be mentioned that the docket of cases pending against Serbia in the class that has been of interest here amounted to approximately 2000. The figure speaks for itself and calls for no further comments.

Another aspect concerning dialogue of jurisdictions may also be of interest, if the individual constitutional complaint is to be considered. It concerns the relations at the domestic level between the highest instance of the ordinary jurisdiction and the Constitutional Court. There may be room for a certain amount of tensions between the Supreme Court of Cassation and the Constitutional Court, while implementing the constitutional complaint as a remedy. The Supreme Court of Cassation may on occasions find it awkward to see its judgments in a certain way overruled by the Constitutional Court. This occurs at the beginning and usually disappears with the proper establishing of the system⁵¹. Once the period of adjustment to the new institutions is over the tensions will be soothed and most probably disappear.

However, an example from Spain can be illustrative in this regard⁵². The elements of the case are the following. The Constitutional Tribunal of Spain dismissed a complaint (*amparo*) in 2002 in its Plenary Session, without stating reasons for the dismissal. The complainant turned to the Supreme Court complaining that a judicial decision had been rendered without reasoning. The Supreme Court ruled in February 2003 that the claim was admissible, because there was room for civil responsibility of the justices of the Constitutional Tribunal. In January 2004 the Supreme Court adjudicated damages to the claimant.

Further developments were such that the justices of the Constitutional Tribunal filed constitutional complaints against the judgment of the Supreme Court, given in January 2004. Now the problem was the impartiality of the Constitutional Tribunal, because its justices could by no means be judges in their own cases⁵³. The case before the Constitutional Tribunal is therefore adjourned until the composition of the Constitutional Tribunal changes. Once the justices who filed the *amparo* will have left the Tribunal there will be no more impartiality. The successors of the justices who filed the complaint will impartially decide on the merits.

⁵¹ A personal communication of the former judge of the Court of Strasbourg in respect of Germany, Mrs Renate Jäger, to the author of this text, concerning developments in her country. The tensions of the kind are still present in Serbia, to some extent, because the remedy has recently been introduced.

⁵² I am grateful to my Spanish colleague at the Court of Strasbourg, Luis Lopez Guerra, who introduced me to the case.

⁵³ Constitutional Tribunal, Plen. Sentencia 133/2013, 5.6.2013; published in the Official Bulletin of Spain on 2.7.2013.

4. Conclusions

Several remarks should conclude the analysis made in this paper concerning individual constitutional complaint as a remedy for redress of a violation of human rights at the national level of jurisdiction.

The introduction of a constitutional complaint in the domestic law of a member-state to the Convention is in line with the philosophy of the European system of protection of human rights. It enlarges the scope of protection of human or fundamental rights granted at the national level of jurisdiction and provides efficient redress in case of violations of those rights.

However, although transferring a number of cases to the national judiciary the introduction of constitutional complaint does not break the link between the international and national levels of protection of human rights. A dialogue of jurisdictions remains between the two levels and it becomes more diverse than before and also enriched by new issues and techniques.

One aspect concerning remedies for protection of human and fundamental rights at the national level of jurisdiction should be highlighted above all. Irrespective of the way in which it is construed in domestic law, the constitutional complaint does not cover the whole area of protection of human rights. Ordinary courts also serve the task to provide protection of human rights. They must continue to do so, despite the fact that a new and specific remedy has been introduced. It is of great importance and indeed decisive that ordinary courts carry on their task providing protection of human rights. Otherwise the whole system of their protection at the national level may face difficulties and even become dysfunctional.

In the light of the comments made in the conclusions it seems inevitable that the final assessment of individual complaint with the Constitutional Court at the domestic level should be favourable to the remedy at stake. An individual complaint to the Constitutional Court most certainly enhances and puts forward the protection of human rights in each and every country where it is introduced.

Prof. dr Dragoljub Popović

Sudija Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu
Profesor Pravnog fakulteta Univerziteta "Union" u Beogradu
Spoljni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu

**UPOREĐIVANJE TURSKIH I SRPSKIH ISKUSTAVA U
VEZI USTAVNIH ŽALBI**

Rezime

Jedna od najupečatljivijih karakteristika zaštite ljudskih prava prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sastoji se njenom supsidijernom karakteru. Taj suspidijerni karakter je uvek izražen kad postoji mogućnost isticanja novog pravnog leka u nacionalnim pravima. Ono što je ranije bio predmet zaštite na međunarodnom nivou nadležnosti, sada se, zahvaljujući novom pravnom leku, štiti na nacionalnom nivou. To nikako ne znači da se prekida veza sa zaštitom na međunarodnom nivou. U radu se govori o iskustvima u zakonodavstvima Turske i Srbije u ovoj oblasti, a u vezi sa ustavnim žalbama.

Ključne reči: ljudska prava, zaštita, ustavna žalba, pravo Turske, pravo Srbije.

Проф. др Виктор Сергеевич Каменков¹

Проф. др Александар Ћирић²

Оригинални научни рад

UDK: 346.546.4(470)(476)(479.25)(574)

ХАРМОНИЗАЦИЈА АНТИМОНОПОЛСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ У ЗЕМЉАМА ЧЛАНИЦАМА ЕВРОАЗИЈСКЕ ЕКОНОМСКЕ УНИЈЕ³

Апстракт

Аутори су централну пажњу у овом раду посветили питањима хармонизације антимонополског законодавства о заштити конкуренције у земљама чланицама Евроазијске економске уније (ЕАУ - Евразийског економског сојуза–ЕАЭС), са посебним освртом на право Белорусије и Руске Федерације, које заједно са Казахстаном чине Царинску унију, а те три државе, заједно са Јерменијом, чине Евроазијску економску унију.

Посебан осврт аутора односи се на усклађивање националних законодавстава Белорусије и Руске Федерације о заштити конкуренције и спречавању монополистичког дејства споразума о регулисању делатности субјеката који имају природни монополски положај на тржишту. У том светлу се анализирају правила конкуренције, затим циљеви јединствене политике конкуренције, хармонизација националних законодавстава чланица Уније, препоруке Уније, чија би имплементација довела до хармонизације националних законодавстава, која регулишу материју о делатностима субјеката са природним монополским положајем, као и до уједначавања правила конкуренције њених чланица, којима се уређује материја о

¹ Шеф Катедре за Финансијско право и правно регулисање привредне делатности Државног универзитета Белорусије, Минск. Председник Удружења правника Републике Белорусија.

² Шеф Катедре за Трговинско право Правног факултета државног Универзитета у Нишу, Република Србија; e-mail: acigic@prafak.ni.ac.rs

³ Рад је резултат истраживања на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, бр. 179046, који финансира Министарство образовања и науке Републике Србије.

врстама и облицима аката и радњи, које за последицу или циљ имају ограничавање, спречавање или нарушавање слободне конкуренције на тржишту. Спроведена је анализа о постигнутим резултатима на имплементацији Препоруке за усклађивање националних законодавстава Белорусије, Казахстана и Руске Федерације, коју је усвојила Међупарламентарна Скупштина Евроазијске Економске Заједнице (МПА ЕврАзЭС), у материји регулисања делатности субјеката са природним монополским положајем на тржишту. На подлози спроведене анализе, на крају рада, су дати одговарајући закључци.

Кључне речи: Евроазијска економска заједница; Царинска унија; Евроазијска унија; Законодавство о заштити конкуренције; Препорука за усклађивање националних законодавстава Белорусије, Казахстана и Руске Федерације; Субјекти са природним монополским положајем на тржишту.

1. Уместо увода

Право конкуренције може да се посматра на нивоу националних, регионалних, универзалних, или „наднационалних“ привреда, као и на нивоу појединих субјеката на тржишту, у оквирима одређених производа или група производа, односно привредних грана. Конкуренција се јавља по аутоматизму, када тржиште није способно да задовољи интересе свих субјеката који на њему послују. Њој је иманентна спремност конкурента да се прилагоди понашању других учесника на тржишту. Здрава конкуренција на тржишту представља жељену појаву. Она доприноси бољој дистрибуцији, снабдевању и заштити потрошача и корисника услуга, бољем квалитету производа и услуга, нижим ценама, повећању продуктивности рада, бржем технолошком и укупном развоју. Међутим, таква конкуренција не погодује увек интересима појединих такмичара. Међу њима ће се наћи конкуренти, који су неприпремљени за такмичење, као и они који желе да остваре што повољније резултате и већу добит кроз понашање које није у складу са правилима организоване тржишне утакмице. Јасно је да, у пракси, савршена конкуренција не постоји. Здрава конкуренција се штити тако што се одређено понашање, које је квалификовано као кршење правила понашања на тржишту, кажњава.

Предмет наше пажње, у овом раду, исцрпљује се на питањима хармонизације антимонополског законодавства о заштити конкуренције у земљама чланицама Евроазијске економске уније (ЕАУ - Евразийског економског сојуза—ЕАЭС), са посебним освртом на право Белорусије

и Руске Федерације, које заједно са Казахстаном чине Царинску унију, а те три државе, заједно са Јерменијом, чине Евроазијску економску унију⁴.

Евроазијска економска унија је међународна регионална економска интеграција, са међународно-правним субјективитетом. Оснивачки акт Организације је Уговор о Евроазијској економској унији, потписан у Астањи, главном граду Казахстана, између Белорусије, Казахстана и Русије, 29. маја 2014. године. Ступио је на снагу 01. јануара 2015. године. Децембра месеца 2014. године, Парламент Јерменије је ратификовао Уговор о присаједињењу земље Евроазијској економској унији. Уговор омогућава слободу кретања робе, услуга, капитала и радне снаге, а такође и вођење јединствене, координисане и усаглашене политике у привреди.

Евроазијска економска унија (ЕАЕУ) је успостављена у циљу свеобухватне модернизације, кооперације и подизања нивоа конкурентности националних привреда⁵. Од ЕАЕУ ваља разликовати Царинску унију, која је настала у августу 2006. године у оквиру Евроазијске економске заједнице. Унутар територије Царинске уније, коју чине Белорусија, Казахстан и Русија, се не примењују царинске дажбине и ограничења како административног, тако и економског карактера, осим посебно договорених изузетака. У трговинским односима са партнерима изван Царинске уније примењује се јединствена царинска тарифа.

Правни основ регионалног привредног удруживања је заснован на глави VIII Повеље УН „Регионални споразуми“. У члану 52, став 10. Повеље стоји: “ниједна одредба Повеље не искључује постојање регионалних споразума или установа чија је сврха бављење питањима која се тичу одржавања међународног мира и безбедности и која су подесна да буду предмет регионалне акције, под условом да су ти споразуми и установе и њихово деловање у складу с циљевима и начелима УН”.

⁴ У Минску је 10 октобра 2014. године одржано Заседање Међудржавног савета Евроазијске економске заједнице, на коме су шефови држава-чланица Заједнице Белорусије, Казахстана, Киргистана, Русије и Таџикистана, сумирали резултате рада Организације и потписали Одлуку о престанку његове делатности, односно ликвидацији (Решение Н0/652, о преkraшенији дејателности Евразийског економического сообщества, <http://praegasec.org>). Ова Одлука је донета у вези са почетком функционисања новог и вишег нивоа интеграције – Евразийске економске уније. Русија, Белорусија, Казахстан и Јерменија су од 1. јануара 2015. године ушле у нову фазу интеграције – у Евразийску економску унију (Евразийский экономический союз ЕАЭС).

⁵ Бруто домаћи производ у ЕАУ у 2013. години је износио 2 411,2 милијарде САД долара, индустријска производња 1,5 трилиона долара, а вредност робног промета 932.9 милијарди доллара, <http://www.eaeunion.org>, 25.01. 2015.

У ст. 4. чл. XXIV Општег споразума о царинама и трговини (*The General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*) се истиче да његове уговорнице признају да је пожељно повећати слободну трговину на тај начин што ће се, добровољно закљученим споразумима, развијати ужа интеграција привреда између земаља које учествују у тим споразумима. Оснивање неке царинске уније или зоне слободне трговине, треба да има за циљ олакшање трговине између земаља учесница, а тиме и између њих и осталих страна уговорница *GATT*-а. Поред осталог, у савременим условима, је приметан и потенцијал регионалних трговинских интеграција на развој међународног права заштите конкуренције. Регионалне трговинске организације, у том смислу, представљају инструмент промоције и хармонизације права заштите конкуренције између држава чланица. Истовремено оне су и механизми унапређења међудржавне сарадње у откривању и сузбијању аката и радњи, којима се ограничава конкуренција на тржишту регионалних трговинских организација. Прокламација циља о потреби заштите права конкуренције на регионалном нивоу је својеврсна потврда међузависне повезаности трговине и конкуренције. Без обзира што је успостављање преференцијалног трговинског режима, основни циљ регионалног међудржавног трговинског споразумевања, заштита конкуренције, у оквиру таквог режима, представља врсту гаранције за потпунију реализацију његовог циља. Без тога би постојала реална опасност од примене ограничавајућих рестриктивних државних мера у виду царина, контингентата, квота, субвенција и других протекционистичких инструмената, који би водили монополизацији и другим облицима ограничавања слободне конкуренције.

Заједнички циљеви права заштите конкуренције засновани су на уклањању дејства или на правној контроли злоупотребе доминантног положаја на тржишту, којим се ограничава приступ тржишту, или се на други начин нарушава слободна конкуренција.

Предмет овог рада обухвата кратку анализу евроазијске иницијативе, која персонификује тежњу за међународним регионалним трговинским интегративним процесима и успостављањем Евроазијске уније. Јединствено законодавство Царинске уније, која је настала у крилу Евроазијске Економске Заједнице, као и законодавство држава њених чланица, је у материји заштите конкуренције, у последњих неколико година, показало најактивнији однос према законодавној реформи у целој Заједници, која од 1. јануара 2015. године силази са сцене и уступа место вишем облику интеграције – Евроазијској

економској унији. Будући да је реч о сасвим новој појави у савременом свету, ми смо јој посветили кратко уводно излагање, које олакшава разумевање насловљене теме.

Централна анализа у овом раду је посвећена основним карактеристикама законодавства о заштити конкуренције у земљама-чланицама Евроазијске царинске уније, са посебним освртом на усклађивање националних законодавстава Републике Белорусија и Руске Федерације, са споразумима о регулисању делатности субјеката са природним монополским положајем на тржишту. У том светлу се анализирају правила конкуренције, циљеви јединствене политике конкуренције, хармонизација националних законодавстава чланица Уније, као и њене препоруке, чија имплементација има за циљ хармонизацију националних законодавстава, која регулишу материју о делатностима субјеката са природним монополским положајем. Посебно је значајно уједначавање правила конкуренције чланица Уније о врстама и облицима аката и радњи које, за последицу или циљ, имају ограничавање, спречавање или нарушавање слободне конкуренције на тржишту Цринске уније. За плански приступ функционисању Уније су значајни резултати имплементације Препоруке за усклађивање националних законодавстава Белорусије, Казахстана и Руске Федерациј, коју је усвојила Међупарламентарна Скупштина Евроазијске Економске Заједнице (МПА ЕврАзЭС), у материји регулисања делатности субјеката са природним монополским положајем на тржишту. На подлози спроведене анализе, на крају рада су дати одговарајући закључци.

1.1. Евроазијска иницијатива

Евроазијска иницијатива се заснива на интегративним процесима, пре свега, земаља чланица Заједнице Независних Држава (ЗНД), насталих након престанка некадашњег Совјетског Савеза. ЗНД садржи тежњу о успостављању Евроазијске уније, као конкретног циља новог регионалног интеграционог пројекта, која се остварила потписивањем Уговора 29. маја 2014. године у Астањи између шефова Белорусије, Казахстана и Русије, на заседању Високог Евроазијског привредног савета.

Идеја о евроазијској иницијативи се појавила у марту 1994. године. Саопштио ју је Нурсултан Назарбајев, председник Републике Казахстан, на универзитету „Ломоносов“ у Москви, две године

након оснивања Заједнице Независних Држава (ЗНД). Назарбајев је своју концепцију засновао на идејама познатог руског научника Лава Николајевича Гумилева, који је најистакнутији представник «евроазијске школе». Гумилев посебно указује на значај географских и културно-историјских веза народа широког простора Северне и Централне Евроазије⁶.

Основна логика евроазијске иницијативе се заснива на међународном привредном удруживању, као појави која своје закономерности црпи на тежњи држава да се на фону процеса глобализације удружују у регионалне трговинске интеграције, тежећи заштити својих трговинских и привредних интереса на светском тржишту. Она почива на руководним идејама, међу којима се, по значају, посебно истичу:

- а) интеграција, пре свега, на основама економског прагматизма;
- б) добровољност интеграције;
- в) принцип равноправности, немешања у унутрашње ствари, уважавање суверенитета и неприкосновенности државних граница.

Економски интереси, а не апстрактне геополитичке идеје, су основни покретач евроазијске иницијативе за интеграционим процесима.

Талас еуфорије настао на крилима дугоочекиване независности није дозволио новонасталим државама на простору новостворене ЗНД да увиде значај дугорочног потенцијала идеје о евроазијској интеграцији⁷. Међутим, последњих година, она се постепено остваривала у пракси, резултирајући читавим низом међудржавних организација и института, од којих свакако значајно место припада Евразијској економској заједници, као и Царинској унији између Казахстана, Белорусије и Русије.

Значај досадашњег деловања Заједнице Независних Држава (ЗНД), посебно је дошао до изражаја установљавањем **Евроазијске економске заједнице**, као и имплементацијом идеје о успостављању Јединственог економског простора и оснивању **Евроазијске Уније, која је и заживела 1. јануара 2015. године**.

⁶ Име Гумилева данас носи Евразијски национални универзитет, са седиштем у Астањи, главном граду Казахстана.

⁷ Н. Назарбаев, „Евразийский экономический союз: теория или реальность“, <http://www.nomad.su>, 22.01.2015.

Интеграциони процеси на простору ЗНД се ослањају на комплементарности привреда држава-чланица, на дугогодишње искуство и на међусобну сарадњу, проткану општим историјским и духовним наслеђем, блискости земаља и њених народа⁸.

На нивоу ЗНД, државе чланице траже путеве изласка из привредне и светске економске кризе, свесне да је немогуће појединачно превладати постојеће проблеме. Сасвим је јасно да су очекивања туђе помоћи чиста илузија, која не води излазу из садашњих тешкоћа, а донатори су принуђени да решавају сопствене проблеме.

Интеграције евроазијског простора су усмерене ка привредном, војно-политичком и културно-хуманитарном плану. Посебно је сазрела свест о неопходности повезивања националних привреда. У том смислу је посебно значајну улогу одиграла међудржавна интеграциона структура названа Евроазијска Економска Заједница. Она је омогућила успостављање режима слободне трговине, што је резултирало увећањем обима међусобне трговинске размене земаља чланица око три и по пута, а укупан обим међусобних инвестиција је порастао готово пет пута. Поред тога, стварају се реални механизми финансијске интеграције. Основана је Евроазијска банка за развој, која финансира пројекте у низу земаља чланица Заједнице. Вредно је поменути и формирање заједничког Антикризног фонда са 10 милијарди долара новчаних средстава, као и међународног Центра за високе технологије. Сви ти пројекти су усредсређени на ублажавање последица негативног утицаја светске привредне и финансијске кризе у земљама Заједнице.

Највећи степен интеграције међу чланицама Заједнице је остварен између Русије и Белорусије. У априлу 1997. године је потписан уговор о оснивању Савезне државе Белорусије и Русије. Успостављено је заједничко тржиште, јединствен привредни простор са слободним прометом робе, услуга, капитала, радне снаге. Формирани су јединствени енергетски и транспортни системи, а предузете су и значајне мере на унификацији финансијског система. Савез има за циљ успостављање јединственог политичког, економског, војног, царинског, валутног, правног, хуманитарног и културног простора. Учесник Уније може постати држава-чланица ОУН, која прихвата принципе Уније и преузима на себе обавезе, предвиђене оснивачким

⁸ О томе детаљније видети: А. Ћирић, „Privredno-pravni aspekti dvadesetogodišnjeg funkcionisanja Zajednice Nezavisnih Država“, „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, Тематски зборник радова. Књ. 1, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš 2011, 35-52.

Уговором између Белорусије и Русије од 2. априла 1997. и Статута Уније⁹.

Посебно ваља указати на успостављање Царинске уније између Белорусије, Казахстана и Русије.

Јануара 2015. године ступио је на снагу оснивачки акт Евроазијске економске уније, чиме је инаугурисан и почетак њеног деловања. Следећи корак, који се може очекивати је формирање монетарне уније земаља Евроазијске Економске Уније, са јединственом евроазијском наднационалном обрачунском валутом.

Процењује се да начела равноправности, добровољности и задовољавања прагматичних интереса земаља чланица могу бити основа да Евроазијска економска унија може постати глобални фактор светске привреде, али и политике XXI века. Генерална скупштина ОУН је 20. новембра 2012. године, на 67. заседању, консензусом донела Резолуцију о јачању сарадње са Евроазијском економском заједницом – ЕврАзЭС-ом. Резолуцијом се „одаје признање напорима за учвршћивање регионалне привредне интеграције у оквирима Царинске уније Русије, Белорусије и Казахстана. Поред тога, Резолуцијом се указује на „значај чињенице да се регионални интеграциони процеси одвијају у сагласности са важећим међународним обавезама у сфери трговине“. Генерална скупштина ОУН је поздравила почетак рада Евроазијске економске комисије „у својству јединог сталног регулаторног тела Царинске уније и Јединственог економског простора, као и напоре земаља чланица Царинске уније које оне предузимају на усвајању јединственог униформног акта, који би представљао основу оснивања Евроазијске економске уније.

Указујући на значај Евроазијске економске заједнице, која од 2003. године, има статус посматрача у Генералној скупштини ОУН, Резолуцијом је формулисана тачка дневног реда за 69. заседање Генералне скупштине у 2014-2015. години - „Сарадња ОУН и Евроазијске економске заједнице“. Свакако да ће ови облици сарадње бити настављени и са Евроазијском економском унијом.

⁹ <http://ru.wikipedia.org/wiki/>, 23.01.2015.

2. Карактеристике законодавства о заштити конкуренције земаља Царинске уније Евроазијске економске уније

2. 1. Циљеви јединствене политике конкуренције и хармонизацијанационалних законодавстава чланица Царинске уније

Јединствено законодавство Царинске уније Евроазијске Економске Уније (ЕАЕЗ; Евразийское экономическое сообщество - ЕАЭС)¹⁰, као и законодавство држава њених чланица, (Белорусије, Казахстана и Русије), је у материји заштите конкуренције, у последњих неколико година, показало најактивнији однос према законодавној

¹⁰ Уговор о оснивању Евразийске економске заједнице (ЕврАзЭС) је потписан 10. октобра 2000. године у Астањи. Ступио је на снагу 30. маја 2001. године после његове ратификације од стране свих држава-чланица и то: Белорусије, Казахстана, Киргистана, Русије и Таџикистана. Јануара 2006. потписан је Протокол о присаједињењу Узбекистана, али је у октобру 2008, Узбекистан привремено обуставио учешће у раду органа ЕврАзЭС. Од маја месеца 2002. статус посматрача при Организацији имају Украјина и Молдавија, а од јануара 2003. и Јерменија. Статус посматрача имају и Међудржавни комитет авијације и Евроазијска банка за развој. Евразийска економска заједница је међународна економска организација, која је основана ради формирања Царинске уније и Јединственог привредног простора, као и ради реализације других циљева и задатака, кроз интеграцију држава чланица, првенствено у привредној и хуманитарној сфери. Заједница је располагала овлашћењима, која су на њу пренеле Стране уговорнице, сагласно Уговору о оснивању. Уговорне стране остају суверени и равноправни субјекти међународног права (ст. 2. чл. 1. Уговора). Године 2003. Евроазијска економска заједница је стекла статус посматрача у Генералној скупштини ОУН. Основни задаци и циљеви Заједнице су били: а) Успостављање режима слободне трговине, на основама јединствених царинских тарифа и јединственог система мера нетарифног регулисања; б) Изградња општих правила трговине робом и услугама и њиховог пласмана на друга тржишта; в) Увођење јединственог поступка контроле валутних операција; г) Успостављање усаглашеног заједничког система царинског регулисања; д) Доношење и реализација заједничких програма економског и социјалног развоја; њ) Стварање једнаких могућности и услова за обављање индустријске и предузетничке делатности; е) Формирање заједничког тржишта транспортних услуга и јединственог транспортног система; ж) Формирање заједничког тржишта енергетских услуга; з) Успостављање једнаких могућности за приступ страним улагањима на тржишта земаља-чланица; и) Обезбеђење грађанима држава-чланица једнаких права у стицању образовања и медицинске помоћи на целој територији Заједнице; ј) Зближавање и хармонизација националних законодавстава; к) Обезбеђење координације правних система држава-чланица у циљу успостављања заједничког правног простора на нивоу Заједнице. Посебан стратешки задатак Заједнице је био да, поред успостављања режима слободне трговинске размене, установи усаглашен поступак утврђивања позиције држава-чланица у односима са Светском трговинском организацијом (СТО - World Trade Organization-WTO).

Евроазијска економска заједница је све до престанка свог постојања, била место од кога се очекивало наступање наредне етапе међудржавних трговинских и привредних интеграционих процеса на ниво шире царинске уније, од 1. јануара 2012. године, и на успостављеном Јединственом привредном простору, што је све било и крунисано успостављањем Евроазијске економске уније, која је отпочела своју активност 1. јануара 2015. године. Евроазијска економска заједница је била пример динамичне савремене регионалне интеграције, која се заснивала на већ познатим моделима економске групације држава. Творци и носиоци реализације такве идеје су је оценили не као политички клуб, већ као заједницу и «локомотиву» привредне интеграције на простору Заједнице Независних Држава.

реформи у целој Заједници. То даје основа претпоставци да се такав ниво енергичних промена може очекивати и у другим сферама привредних односа држава-чланица у новоформираној Евроазијској економској унији, односно већ постојећој Царинској унији. У сваком случају, такво оживотворење се тумачи позитивном политичком вољом, која треба убудуће да омогући уредно испуњавање међународних обавеза Белорусије, Казахстана и Русије, у области политике конкуренције.

Темељита претпоставка успешне реформе антимонополског законодавства, од саме политичке воље, је његова хармонизација¹¹, као и механизми његове примене.

У низу међународних уговора Царинске уније, хармонизација националног законодавства страна уговорница, у области односа које истражујемо, опредељена је за самостални циљ. Тако је,

¹¹ Уједињене нације су, постојање компаративних разлика у изворима права националног карактера, оцениле као велику препреку развоју светске трговине. Правна регулатива МТО је традиционално тежила изједначавању правних норми, кроз процесе хармонизације и унификације.

Термини „хармонизација“ и „унификација“ често се користе као синоними, мада се суштински ради о различитим процесима.

Хармонизација се огледа у смањивању разлика између националних правних система одређивањем циљева које прописи у одређеној области треба да остваре, без наметања обавезне јединствене форме и садржине хармонизованих закона. Хармонизација подразумева понуду, упућену законодавним органима различитих националних јурисдикција, за коришћење истих модела за регулаторна решења истоврсних области. Представља избалансиран правни приступ у превазилажењу постојећих нормативних разлика у актима којима се уређују истоврсни трговачки односи. Може се сматрати видом добровољне кооперације легислативних органа у процесу изградње усаглашених правних правила на различитим нивоима. Значајна карактеристика процеса усаглашавања се огледа у могућности да адресати хармонизоване норме, приликом њеног имплементирања, имају ширу могућност очувања права на остваривање сопствених правно-политичких, привредних и других циљева, у поређењу са унификацијом.

Унификација је метод изградње јединствених супститутивних међународних извора права, изједначавањем постојећих националних норми, без маргине у разликама.

Хармонизација се од унификације разликује јер не поседује „нулту маргину“ у нормативним разликама, и не замењује различита национална правила јединственим међународним извором.

Хармонизација тежи сличности, али без потпуног идентитета правног извора, односно без неопходности његове супституције.

Без обзира на међусобне разлике, заједнички циљ унификације и хармонизације је униформност правила којима се уређују међународни трговински односи. Вредност униформности правних норми заснована је на претпоставци да ће трговачка активност расти по обиму и по квалитету, уколико буду уклоњене разлике у националним регулативама. Суштински, унификација и хармонизација смањују трошкове пословања и тиме доприносе порасту општег благостања. Предмет унификације могу бити материјалне, процесне и колизионе норме, којима се уређују како општи, тако и пословни међународни трговински односи. О хармонизацији и унификацији изградње извора права, видети: А. Ћирић: Међународно трговинско право, Општи део, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2012.

Споразумом о јединственим (заједничким) принципима и правилима конкуренције¹², предвиђено, да се његов циљ састоји у формирању, од стране Уговорница, јединствене политике конкуренције за:

- а) обезбеђење слободног промета робе, услуга и капитала;
- б) слободу обављања привредне делатности;
- в) ефикасно функционисање тржишта робе и услуга на јединственој царинској територији држава – чланица Царинске уније.
- г) хармонизација законодавства држава Уговорница у области политике конкуренције и
- д) спречавање недозвољених радњи, које могу негативно утицати на међусобну трговину страна уговорница¹³.

Анализом садржине наведених правних норми, може се утврдити, да се њима одређује комплекс циљева, усредсређених на постизање заједничког резултата.

Споразумом о јединственим (заједничким) принципима и правилима регулисања делатности субјеката са природним монополским положајем¹⁴, такође је дефинисан комплексан циљ: успостављање правног основа за примену јединствених принципа и заједничких правила регулисања делатности субјеката са природним државним монополским положајем у државама-чланицама Уније, у циљу:

- а) обезбеђења баланса интереса потрошача, носилаца природног монополског положаја, као и друштвене заједнице, која обезбеђује услове за пружање услуга, од стране субјеката са монополским положајем, а такође и у циљу ефикасног функционисања и развоја носилаца монополског положаја у државама-чланицама, и
- б) хармонизације, на тој основи, националних законодавстава страна у области регулирања делатности субјеката са природним монополским положајем (члан 1. Споразума).

¹² Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции (Заключено в г. Москве 09.12.2010) (ратифицировано Законом Республики Беларусь от 28.12.2010 N 207-3// Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь», 31.12.2010, N 312, 2/1769); Соглашение вступило в силу с 1 января 2012 года (пункт 1 решения Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2011 N 9).

¹³ В: тачка 1 члан 1. Споразума.

¹⁴ Соглашение о единых принципах и правилах регулирования деятельности субъектов естественных монополий (Заключено в г. Москве 09.12.2010) (ратифицировано Законом Республики Беларусь от 28.12.2010 N 206-3//Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь», 31.12.2010, N 312, 2/1766.

Поменута хармонизација није имала одлучујућу улогу на читав процес, у оној мери, у којој је то имао механизам њене реализације.

Прво, у Споразуму о јединственим принципима и правилима конкуренције хармонизација законодавства се поима као самостални беочуг, у заједничком ланцу, са другим фазама реализације Споразума (члан 28. Споразума).

Друго, Споразумом је одређен одговоран орган за хармонизацију законодавства – Комисија Царинске уније (члан 30. Споразума).

Треће, Комисији Царинске уније је, на предлог чланица, дато овлашћење да одлучује који су регулаторни правни акти страна, у овој области, подложни промени или усвајању, као и да одреди редослед примене одговарајућих мера за усклађивање законодавства сваке од страна у овој области (члан 30. Споразума).

Четврто, Комисији Царинске уније је дато право да својом одлуком одређује рок, не дужи од 18 месеци од момента ступања на снагу Споразума, у оквиру кога ће стране усагласити своје законодавство са одговарајућим принципима и правилима конкуренције, предвиђеним одељцима II и III Споразума.

Коресподентне норме о овлашћењу Комисије Царинске уније садржи Споразум о јединственим (заједничким) принципима и правилима регулисања делатности субјеката са природним монополским положајем.

2.2. Препоруке Заједнице за хармонизацију националних законодавстава о делатностима субјеката са природним монополским положајем и о правилима конкуренције њених чланица

Међупарламентарна Скупштина Евроазијске Економске Заједнице (МПА ЕврАзЭС) је усвојила Препоруку за усклађивање националних законодавстава Републике Белорусија, Републике Казахстан и Руске Федерације, са споразумима о регулисању делатности субјеката са природним монополским положајем и правилима конкуренције (у даљем тексту: Препорука)¹⁵.

¹⁵ Препорука је усвојена у Санкт-Петербургу 16. 05. 2012: Постановление Межпарламентской Ассамблеи Евразийского экономического сообщества N0-14-14//Консултант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, Минск, 2012.

У наведеним Препорукама се истиче да «...спроведена упоредно-правна анализа националних законодавстава Републике Белорусија, Републике Казахстан и Руске Федерације, показује да су терминологија и основни појмови из Споразума о заједничким принципима и правилима конкуренције, у поређењу са Законом Републике Белорусија «О негативном утицају монополистичке делатности и развоју конкуренције», Законом Републике Казахстан «О конкуренцији» и Законом Руске Федерације «О заштити конкуренције», практично усаглашени» (стр. 16. Препоруке).

Када је реч о целокупној правној регулативи природног монополског положаја, укључујући поједине гране привреде, у Препорукама је истакнута другачија оцена. «Постојећа регулатива појединих грана, са природним монополским положајем, је прилично тешко разумљива, будући да се је нормативно-правна основа, на коју се она ослања, формирала прилично стихијски, и изнуђено. Сматра се целисходним да, приликом следећих разматрања појединих области са природним монополским положајем, Комисија Царинске уније препоручи и припреми заједнички приступ структурирању гранског законодавства.

Препоруке Комисије би требало да садрже и конкретне предлоге за унапређење и хармонизацију националних законодавстава Белорусије, Казахстана и Русије. Између осталог, у националним законодавствима сваке државе ваља увести, или изменити, правне норме о заштити конкуренције, које би се заснивале на:

а) Принципу једнакости у примени норми права конкуренције;

б) Усаглашавању административне одговорности за нелојалну конкуренцију, која је, на пример, нормирана чланом 11. 25. Кодекса о административним преступима Републике Белорусија¹⁶, чланом 14.9. Кодекса о административним преступима Руске Федерације¹⁷, са санкцијама за административне преступе, које предвиђа члан 14. Споразума о јединственим принципима и правилима конкуренције;

в) Увођењу у институционалне структуре Евроазијске економске заједнице (АзЭС -Евразийског економског сојуза) следећих

¹⁶ Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях (с изм. и доп., вступившими в силу с 06.01.2012): Кодекс Республики Беларусь от 21.04.2003 N 194-З (ред. от 13.12.2011)//Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 09.06.2003, N 63, 2/946.

¹⁷ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 03.02.2014, с изм. от 25.02.2014) (с изм. и доп., вступ. в силу с 15.02.2014)//Собрание законодательства РФ, 07.01.2002, N 1 (ч. 1), ст. 1.

наднационалних органа: Евразијске економске комисије; Високог Евразијског економског савета и Суда Евроазијске економске заједнице;

г) Успостављању јединственог система обрачунавања уговорне казне у висини унапред утврђене суме, или у процентуалном износу, који би се примењивао пропорционално степену повреде правне норме у области конкуренције, садржаној у националним кодексима о административним прекршајима;

д) Могућностима размене информацијама између овлашћених органа, сагласно члану 24. Споразума о јединственим принципима и правилима конкуренције;

ђ) Одговорности и ослобођењу од одговорности за повреду права конкуренције, сагласно члану 14. Споразума о јединственим принципима и правилима конкуренције;

е) Увођењу државне ценовне регулативе и оспоравању предузетих радњи страна уговорница, у вези са успостављањем државног ценовног регулисања, о узајамном деловању страна и Комисије Царинске уније, у тој области правних односа, сагласно члану 17. Споразума о јединственим принципима и правилима конкуренције;

ж) Праву Комисије Царинске уније да доноси одлуке у вези са увођењем државне ценовне регулативе и утврђивања поступка предаје и разматрања захтева страна уговорница у вези са увођењем државне ценовне регулативе и оспоравања одлука сагласно члану 17-18. Споразума о јединственим принципима и правилима конкуренције¹⁸;

з) Хармонизацији сфере природних монопола, наведених у Прилогу 1. и 2. уз Споразум о јединственим принципима и правилима конкуренције у делатностима субјеката природног монопола, посредством њиховог скраћивања, уз могуће опредељење прелазног периода секторским (гранским) споразумима, сагласно тачки 5. члана 3. наведеног Споразума;

¹⁸ У националном законодавству сваке од држава се предлагало увођење нових, или измена постојећих норми о правном регулисању односа у области природних монопола: члан 3. Закона Републике Белорусија од 16. децембра 2002. године, број 162-3 «О природним монополима», члан 4. Закона Републике Казахстан од 9. јула 1998. године, број 272-1 «О природним монополима и регулисаним тржиштима» и члан 4. Федералног Закона Руске Федерације од 17. августа 1995. године, број 147-ФЗ «О природним монополима», садржали су предлоге о структурирању норми на два дела, тако да су први делови истог члана означавали области регулисане националним законодавством, уз примену норми Споразума о јединственим принципима и правилима регулисања делатности субјеката са природним монополима, а у другом делу – области, које су регулисане само националним законодавством.

и) Подели надлежности Страна и Комисије царинске уније у случају ширења сфере природних монопола сагласно тачки 6. члана 3. наведеног Споразума;

ј) Принципима, које су дужне примењивати стране уговорнице при регулисању и/или контроли делатности субјеката коришћења природних монопола у свим сферама, сагласно члану 4. Споразума. Овде ваља посебно истаћи начело поштовања баланса интереса потрошача и субјеката природних монопола у странама уговорницама, које треба да обезбеди приступ давалаца у пружању услуга, затим одговарајући ниво њиховог квалитета у односу на потрошаче, као и ефикасно функционисање и развој субјеката природних монопола;

к) Хармонизацији, сагласно члану 5. Споразума, свих врста облика, начина, метода и инструмената регулисања делатности субјеката природних монопола;

л) Правилима регулисања, којима се омогућава доступ услугама субјеката природних монопола сагласно члану 6. Споразума.

Може се закључити да напред приказани и детаљно опредељен путоказ, у смеру од препорука према очекиваним резултатима на плану усавршавања и хармонизације законодавстава различитих држава, заслужује пажњу, и са аспекта успостављања могућих аналогја и у другим областима.

2.3. Имплементација препорука за хармонизацију националних законодавстава чланица о делатностима субјеката са природним монополским положајем и о правилима конкуренције њених чланица

Предмет нашег даљег излагања заснива се на анализи праксе у појединим државама-чланицама у примени принципа, као руководних идеја у материји конкуренције, садржаних у Препорукама Заједнице за хармонизацију националних законодавстава о делатностима субјеката са природним монополским положајем и о правилима конкуренције њених чланица.

2.3.1. Имплементација принципа једнакости у законодавству о конкуренцији у Белорусији

Сагласно препорукама Заједнице, у национално законодавство Белорусије о правном регулисању односа у области природних монопола, су унете следеће измене:

«Државна политика у сфери сузбијања монополистичке делатности и развоја конкуренције се заснива на принципима примене антимонополског законодавства према привредним субјектима у истој мери и према истим критеријумима, независно од облика својине, организационо-правне форме и места регистрације правних лица, односно држављанства, места пребивалишта, имовинског и статусног положаја физичких лица, као и других околности (принцип једнакости у применени норми антимонополског законодавства» (члан. 3. Закона)¹⁹;

У Кодексу Републике Белорусија о административним преступима²⁰, принцип једнакости је загарантован кроз примену начела о административној одговорности (члан 4.2. Кодекса);

Ваља приметити да је члан 3. Закона Републике Белорусија од 16. децембра 2002. године, број 162-З «О природним монополима»²¹ остао неизмењен.

2.3.2. Имплементација принципа једнакости у законодавству о конкуренцији у Руској Федерацији

Карактеристично је запажање да се у Препорукама Заједнице изричито наводио Федерални закон Руске Федерације од 26. јула 2006. године, број 135-ФЗ „О заштити конкуренције“, као пример потребе да је, у вези са принципом једнакости у циљу хармонизације законодавства о конкуренцији, неопходно унети одговарајуће измене. У Федералном закону „О заштити конкуренције“, који је са изменама и допунама ступио на правну снагу 22.06.2014. године, директна

¹⁹ О противодействи монополистической деятельности и развитии конкуренции: Закон Республики Беларусь от 12.12.2013 N 94-З//Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 19.12.2013, 2/2092 (вступает в силу с 1 июля 2014 года).

²⁰ Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях (с изм. и доп., вступившими в силу с 06.01.2012): Кодекс Республики Беларусь от 21.04.2003 N 194-З (ред. от 13.12.2011)//Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 09.06.2003, N 63, 2/946.

²¹ О естественных монополиях: Закон Республики Беларусь от 16.12.2002 N 162-З (ред. от 04.01.2010)//Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 03.01.2003, N 1, 2/911.

норма о наведеном принципу не постоји, мада је на основу општег духа Закона, ипак, могуће установити постојање овог принципа;

У Кодексу Руске Федерације о административним преступима²², дејство принципа једнакости пред законом је обезбеђено обавезном применом принципа административне одговорности;

Члан 4. Федералног Закона Руске Федерације од 17. августа 1995. године (N - 147-ФЗ) «О природним монополинама»²³ не предвиђа сфере, регулисане националним законодавством, укључујући и одредбе Споразума о јединственим принципима и правилима регулисања делатности субјеката природних монопола.

3. Закључак

Анализа позитивно-правног националног законодавства појединих држава чланица Евроазијске економске заједнице показује, да су неке препоруке Заједнице за хармонизацију националних законодавстава о делатностима субјеката са природним монополским положајем и о правилима конкуренције њених чланица, спроведене у законодавној пракси. Неке одребе о државном нормативном регулисању ове материје, су унете у националне законе о заштити конкуренције. Са друге стране, бројне препоручене мере још увек нису реализоване до краја, и њихова примена предстоји у будућности. Међу њима, по критеријуму приоритета, свакако, ваља истаћи следеће:

а) Санкције за административне преступе, које су, на пример, предвиђене чланом 11.25. Кодекса о административним преступима Републике Белорусије, као и чланом 14.9. одговарајућег Кодекса Руске Федерације, остале су без препоручених измена;

б) Препоруке о установљавању у институционалној структури Евроазијске економске заједнице (Евразийског економског сојуза) наднационалних органа попут Евразијске економске комисије, Високог Евроазијског економског савета, Суда Евроазијске економске заједнице, за сада нису реализоване;

²² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ(ред. от 03.02.2014, с изм. от 25.02.2014) (с изм. и доп., вступ. в силу с 15.02.2014)//Собрание законодательства РФ, 07.01.2002, N 1 (ч. 1), ст. 1.

²³ О естественных монополиях (с изм. и доп., вступающими в силу с 27.01.2013. года): Федеральный закон от 17.08.1995 N 147-ФЗ (ред. от 30.12.2012)//Собрание законодательства РФ», 21.08.1995, N 34, ст. 3426.

в) Одредбе о могућностима размене информација између овлашћених органа, сагласно члану 24. Споразума о јединственим принципима и правилима конкуренције, за сада, нису донете;

г) Одговарајуће норме о Комисији Царинске уније и њеним овлашћењима, још увек нису донете и т. д.

Може се закључити да су анализе утврђених путоказа, установљених препорукама Евроазијске економске заједнице, испред постигнутих конкретних резултата на плану усавршавања и хармонизације законодавстава њених држава-чланица. Међутим, несумњиво је да утврђене мере Међупарламентарне Скупштине Евроазијске Економске Заједнице (МПА ЕврАзЭС), из усвојене Препоруке за усклађивање националних законодавстава Републике Белорусија, Републике Казахстан и Руске Федерације, са споразумима о регулисању делатности субјеката са природним монополским положајем и правилима конкуренције, представљају модел који је на линији општег циља права конкуренције, чија би ефикасна и потпунија имплементација несумњиво довела до његовог функционалног остварења.

Professor Victor Sergeevich Kamenkov, Ph.D

Head of the Department of Financial Law and Legal Regulation of Economic Activity, LLD, Full Professor, Belarusian State University, Law Faculty, and President of the Association of Lawyers of the Republic of Belarus

Professor Aleksandar Ciric, Ph.D

Head of the Department of Trade Law, LLD, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

HARMONIZATION OF THE ANTIMONOPOLY LEGISLATION ON THE PROTECTION OF COMPETITION IN THE MEMBER STATES OF THE EUROASIAN ECONOMIC UNION

Summary

The authors have dedicated this work analyzing the basic characteristics of the legislation on the protection of competition in the member states of the Customs Union of Belarus, Kazakhstan and Russia. Special emphasis is given to the harmonization of national legislations of the Republic of Belarus and the Russian Federation on the protection of competition and preventing monopoly with agreements on regulating the activities of entities that have a natural monopoly position in the market. In this light the competition rules are being analyzed, then the objectives of the unique competition policy, harmonization of the national legislations of the Union's member states, the recommendations of the Union whose implementation would lead to the harmonization of national legislation which regulate the activities of entities with a natural monopoly, as well as to the uniformity of the competition rules of the Union's member states regulating the types and forms of acts and actions that effect or purpose restricting, preventing or distorting free competition in the market. Particular analysis was conducted on the results of the implementation of the recommendations on harmonization of national legislations of Belarus, Kazakhstan and the Russian Federation enacted by the Inter-Parliamentary Assembly of the Eurasian Economic Community (MIA

ЕврАзЭС) regulating the activities of entities with a natural monopoly in the market. On the basis of the conducted analysis corresponding conclusions are given at the end of the article.

Key words: Eurasian Economic Community; Customs Union; Eurasian Economic Union; legislation on the protection of competition; recommendations on the harmonization of national legislations of Belarus, Kazakhstan and the Russian Federation; entities with a natural monopoly in the market.

SLOBODA VEROISPOVESTI U UJEDINJENOM KRALJEVSTVU

Apstrakt

U prvom delu članka, autor daje istorijski razvoj slobode verospovesti u Ujedinjenom Kraljevstvu i naročito položaj Engleske crkve. U drugom delu rada govori se o zakonskom okviru koji reguliše pravo veroispovesti. Posebno se obrazlaže donošenje Zakona o ljudskim pravima koji implementira prava iz Evropske konvencije o ljudskim pravima. U trećem delu se teorijski objašnjava pravo na slobodu veroispovesti i šta ono podrazumeva. U četvrtom delu se prikazuju najkarakterističniji slučajevi iz sudske prakse sudova u Ujedinjenom Kraljevstvu i Evropskom sudu za ljudska prava.

Ključne reči: Sloboda veroispovesti, Ujedinjeno Kraljevstvo, crkva, Evropski sud za ljudska prava, sudska praksa .

1. Uvodne i istorijske napomene

Ako se posmatra demografska struktura stanovništva Ujedinjenog Kraljevstva² po pitanju pripadnosti crkvama, može se zaključiti da je ogromna većina Hrišćana (i to oko 26 miliona Anglikanaca, 5.7 miliona Rimokatolika i 5.5 miliona pripadnika ostalih hrišćanskih crkava), oko 1.5 miliona Muslimana, 500.000 Sika i Hindusa i oko 300.000 Jevreja³. Prema statističkim podacima iz 2011. godine u Ujedinjenom Kraljevstvu, Hrišćana ima 37.6 miliona (59.5 %), Muslimana 2.8 miliona (4.4 %), Sika i Hindusa oko 1.3 miliona (2 %), Jevreja oko 270.000 (0.4 %), i

¹ Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd; e-mail: oliver_nikolic@yahoo.com

² U članku će se koristiti skraćeni naziv Ujedinjeno Kraljevstvo umesto zvaničnog naziva koji glasi Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske. Pored pomenuta dva entiteta Ujedinjeno Kraljevstvo čini i Vels i Škotska.

³ Ovi statistički podaci su navedeni prema Parekh Report-u koji je objavljen u knjizi *The Future of Multi-Ethnic Britain*, izdavač Runnymede Trust and Profile Books Ltd, London 2000, 236.

Budista 260.000 (0.4 %). Svi ovi podaci ukazuju na izrazitu dominantnost pripadnika hrišćanske veroispovesti i to posebno Engleske crkve (Anglikanske crkve) u odnosu na druge religije.

Sloboda veroispovesti je danas u većini evropskih država, uključujući naravno i Ujedinjeno Kraljevstvo osnovna pretpostavka demokratskog standarda društva, bez obzira što postoje velike razlike u pogledu garantovanja tog prava i pri tome ne postoji jednoobrazni model po ovom pitanju. U nekim državama se ističe sekularizam kao ustavno načelo, u drugima određena religija ima status državne religije, odnosno određena crkva status državne crkve, što automatski ostale crkve stavlja u neravnopravan položaj, dok u nekim državama sve ili većina religija imaju podjednak status, odnosno ista prava i obaveze, iste finansijske i poreske povlastice, itd. Razlog ovakve zakonske i društvene raznolikosti po pitanju slobode veroispovesti treba tražiti u istorijskom nasleđu, lokalnoj tradiciji i razvijenosti multikulturalnosti društva.

Zvanično u Ujedinjenom Kraljevstvu, Engleska crkva i Škotska crkva (Prezbiterijanska crkva) imaju status državne crkve, ali u Škotskoj, Velsu i Severnoj Irskoj ne postoji zvanična državna religija. Zakon o pravima (Bills of rights) iz 1689. godine, kasnije Zakon o supermatiji (Act of Supremacy) iz 1558. godine i Zakon o sporazumu (Act of Settlement) iz 1701. godine, su pravni akti kojima se, između ostalog, reguliše princip nasleđivanja trona Ujedinjenog Kraljevstva, obavezuje da monarh mora da bude pripadnik Engleske crkve i zabranjuje da katolik ili osoba udata, odnosno oženjena za katolika može postati monarh. Obzirom da je monarh Ujedinjenog Kraljevstva ujedno i vrhovni poglavar Engleske crkve, to još više izdvaja i favorizuje ovu crkvu⁴. Postoji i upliv države u crkvene procedure prilikom donošenja akata, kao i prilikom imenovanja visokih crkvenih dostojanstvenika. U prvom slučaju da bi neki akt bio crkveni zakon, on mora prvo da prođe kroz Generalni Sinod Engleske crkve, pa da bude prihvaćen parlamentarnom rezolucijom i na kraju da dobije kraljičin saglasnost⁵. U drugom slučaju biskupi su imenovani od strane Kraljice, koja je vrhovni poglavar Engleske crkve, na predlog Prvog ministra, koji bira jednog od dva kandidata koje predlaže Krunska komisija za imenovanje⁶. Takođe učešće određenog broja biskupa Engleske crkve

⁴ O široj diskusiji u vezi privilegija Engleske crkve videti u članku, J.Rivers, "From Toleration to Puralism: Religious Liberty and Religious Establishment under the United Kingdom's Human Rights Act", u knjizi *Rex Ahdar; Law and religion*, izdavač Ashgate, Aldershot 2000.

⁵ Više videti N.Doe, *The Legal Framework of the Church of England: a Critical Study in a Comparatative Context*, izdavač Clarendon Press, Oxford 1996.

⁶ Više videti B.Palmer, *High and Mitred: A Study of Prime Ministers as Bishop-Makers, 1837-1977*, izdavač Cromwell, London 1992.

u radu Doma Lordova, gornjeg doma Parlamenta, još više naglašava specijalni status ove crkve u Ujedinjenom Kraljevstvu⁷. Doduše ima i tvrdnji da dvadeset i šest biskupa u Domu Lordova ne zastupaju interese Engleske crkve već učestvuju u zakonodavnoj aktivnosti iskazujući religijska ili moralna stanovišta⁸.

Do današnjih dana bilo je više pokušaja da izvrši pravna reforma u pogledu prevazilaženja dominacije Engleske crkve u odnosu na ostale crkve, ali pravni akti koji regulišu ova pitanja su i dalje na snazi.

2. Pravni akti

Inače, najvažniji pravni akt koji reguliše oblast slobode i zaštite veroispovesti, kao uostalom i celu oblast ljudskih prava u Ujedinjenom Kraljevstvu je Zakon o ljudskim pravima iz 1998. godine (The Human Rights Act), a u nekim delovima to čine i Zakon o ravnopravnosti iz 2010. godine (The Equality Act) i Propisi o jednakosti zapošljavanja po osnovu uverenja ili vere iz 2003. godine (The Employment Equality (Religion of Belief) Regulations).

Usvajanjem Zakona o ljudskim pravima, koji je donet 1998. godine ali je stupio na snagu 2. oktobra 2000. godine, po prvi put su u britansko zakonodavstvo implementirane odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁹ iz 1950. godine. Iako je Ujedinjeno Kraljevstvo jedna od prvih zemlja potpisnica Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLP), prošlo je skoro pola veka dok Konvencija nije ugrađena u Zakon o ljudskim pravima. "Uvesti kod nas prava ujedinjena u Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, je bio jedan od kamena spoticanja u programu ustavne reforme Vlade Ujedinjenog Kraljevstva"¹⁰. Kakav je stav dela naučne i opšte javnosti u pogledu Evropske konvencije o ljudskim pravima, najbolje pokazuju reči jednog od najuglednijih sudija u Ujedinjenom Kraljevstvu Lorda Denninga: "Nadam se da mi nećemo Konvenciju ugraditi u naše zakone... ona je

⁷ U izveštaju Wakeham (Royal Commission on the Reform of the House of Lords pod upravom Lorda Wakehama) iz januara 2000. godine se upravo raspravljao o učešću u radu predstavnika Engleske crkve u Domu Lordova, ali do sada nije bilo izmene pravnih propisa koji bi to onemogućavali.

⁸ R.Ahdar, I.Leigh, "Is Establishment Consistent with Religious Freedom" u časopisu *McGill Law Journal*, vol. 49, Montreal 2004, 675

⁹ U daljem tekstu će se koristiti skraćeni naziv ovog pravnog akta i to Evropska konvencija o ljudskim pravima ili Konvencija ili samo EKLP.

¹⁰ J. Beatson, "Le Royaume-Uni et la Nouvelle Déclaration des Droits», časopis *Revue française de droit constitutionnel*, br. 48, Pariz 2001, 687.

napisana u stilu koji je potpuno suprotan od onoga na što smo navikli”¹¹. Najčešće kritike su se odnosile da je Konvencija delo profesora ”kontinentalnog” prava i da je ona neuklopiva u britanski pravni sistem. Nasuprot tome, u potkrepljivanju teza za ugrađivanje Konvencije u britanske zakone navođeno je da je tekst Konvencije zajednički proizvod rada britanskih i drugih stranih stručnjaka i da njeno ne inkorporiranje samo otežava ostvarivanje slobode i zaštitu ljudskih prava u Ujedinjenom Kraljevstvu. ”Paradoksalna i nejasna pozicija Ujedinjenog Kraljevstva je naterala određene političare i pravnike da zahtevaju ugrađivanje Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava u britansko pravo, što će omogućiti ne samo pojedincima da pokreću sporove pred sudovima, već i da se u Ujedinjenom Kraljevstvu razvije sistem koji će garantovati građanske slobode zaštitnim mehanizmom za ljudska prava”¹². Tako, Lord Bingham kaže: ”Mogućnost da engleske sudije mogu da zaštite ljudska prava u ovoj zemlji ... je otežano nesposobnošću brojnih Vlada tokom dugog niza godina da uključi u britansko pravo Konvenciju o ljudskim pravima”¹³. Zakon o ljudskim pravima je proizvod duge političke i pravne rasprave koja traje još od 1950. godine i predstavlja jedan kompromisni tekst zagovornika i protivnika inkorporiranja Konvencije o ljudskim pravima u britanski pravni sistem.

Ovaj Zakon predstavlja originalni model, koji omogućuje da se zakoni tumače na način koji je kompatibilan sa Konvencijom, a ukoliko sudovi ne uspeju da pronađu odgovarajuće pravno usklađivanje zakona i Konvencije, Parlament je taj od koga se očekuje brzo rešenje, što uključuje i donošenje novog zakona. Postupanje po ovom Zakonu je mnogo jednostavnije i brže nego što je bilo pre njegovog donošenja, a građanima je osigurana pravna zaštita njihovih osnovnih prava i sloboda, koja garantuje Konvencija o ljudskim pravima.

Inače sam Zakon u uvodnom delu daje objašnjenja i napomene za pojedine pravne institute, pravna tumačenja, pravne lekove i procedure, itd, a zatim slede tzv. ”Konvencijska prava”, odnosno članovi Konvencije (2-12, 14, 16-18), Prvi protokol Konvencije (članovi 1-3), Trinaesti protokol Konvencije (član 1) i na kraju korektivne mere, odstupanja od Konvencije i rezerve primene pojedinih članova Konvencije.

Pored Zakona o ljudskim pravima iz 1998. godine oblast slobode i zaštite veroispovedi regulišu Zakon o ravnopravnosti iz 2010. godine i Propisi o

¹¹ Lord Denning, *What Next in the Law?* izdavač Butterworths, London 1982, 291.

¹² V. Barbé, «Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire», časopis *Revue française de droit constitutionnel*, br. 61, Pariz 2005, 118.

¹³ Lord T. Bingham, “The European Convention on Human Rights: Time to Incorporate”, *The Law Quarterly Review*, br. 109, izdavač Sweet & Maxwell, London 1993, 390.

jednakosti zapošljavanja iz 2003. godine. Zakon o ravnopravnosti je stupio na snagu 1. oktobra 2010. godine i predstavlja jedinstven pravni akt kojim je zamenjeno i uskladjeno, do tada vazećih 116. zakonskih akata. Ovim Zakonom se stvara zakonski okvir za zaštitu pojedinačnih ljudskih prava i pojačava antidiskriminaciona politika, što je preduslov za otklanjanje nejednakog položaja pojedinaca u društvu. Pored zaštite prava slobode veroispovesti, predmet ovog Zakona su i prava u vezi antidiskriminacije zbog invalidnosti, rodne ravnopravnosti, rase, materinstva, itd.

3. Pravo slobode veroispovesti

Pravna formulacija zaštite prava slobode veroispovesti u Zakonu o ljudskim pravima je identična onoj iz Konvencije o ljudskim pravima. Tako u članu 9. Zakona se propisuje da svako ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti, a ovo pravo uključuje slobodu promene vere ili uverenja i slobodu čoveka da, bilo sam ili zajedno sa drugima, javno ili privatno, ispoljava veru ili uverenje molitvom, propovedi, običajima i obredom. Sloboda ispovedanja vere ili ubeđenja može biti podvrgnuta samo onim ograničenjima koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu u interesu javne bezbednosti, radi zaštite javnog reda zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Često se kaže da je sloboda misli, savesti i veroispovesti osnova zapadne ideologije o ljudskim pravima¹⁴. Naravno da se sloboda veroispovesti ne može posmatrati u izolaciji bez uživanja drugih sloboda, već u sinergiji sa drugim članovima Zakona koji garantuju slobodu izražavanja, slobodu okupljanja i udruživanja, a pre svega zabranu diskriminacije.

”Religijska sloboda je prvenstveno pitanje individualne svesti, ali ona isto tako, između ostalog, podrazumeva i slobodu da se ispoljava vera. Postojanje verskih ubeđenja dokazuje se rečima i delima; to dvoje je tesno povezano. Prema članu 9, sloboda ispoljavanja vere nije ostvarljiva samo u zajednici sa drugima, javno i u krugu onih sa kojima se deli veroispovest, već se vera može ispovedati i nasamo i privatno; štaviše, to u načelu obuhvata pravo da se za svoju veru pokuša privoleti bližnji, recimo učenjem, jer bi, kada tog načela ne bi bilo, sloboda promene vere ili uverenja, zajamčena članom 9, verovatno ostala mrtvo slovo na papiru”¹⁵.

¹⁴ Videti, D. Gornien, D. Harris i L. Zwaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, izdavač Savet Evrope, Strazbur 1996, 263

¹⁵ Kokkinakis v. Greece, presuda od 25. maja 1993. godine, Serija A br. 260-A, u stavu 31.

Prema autorima G. Moon-u i R. Allen-u¹⁶ član 9. je kompleksan i proizvodi različite vrste prava i to: apsolutno pravo slobode misli, savesti i veroispovesti, kvalifikovano prava koja se manifestuju kroz bogoslužjenje, obrede, propovedi, običaje, učenja, itd. i kolektivna prava, obzirom da se ova prava mogu ispoljavati samostalno ili u zajednici sa drugima, javno ili privatno. Takođe postoji obaveza nemešanja države u ostvarivanju prava veroispovesti, međutim postoje tačno određeni slučajevi kada ovo pravo trpi intervenciju države, radi ostvarivanja viših ciljeva, odnosno u interesu javne bezbednosti, radi zaštite javnog reda, zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Iz ovoga se vidi da ne postoji apsolutno pravo slobode veroispovesti jer postoji ograničenja koja moraju da budu predviđena zakonom i koja su neophodna i srazmerna da bi se postigao legitimni cilj radi koga su i propisana.

Zakonom o ravnopravnosti iz 2010. godine se zabranjuje svaka vrsta diskriminacije zasnovana na ugrožavanju slobode veroispovesti, tako da se zabranjuje direktna i indirektna diskriminacija, uznemiravanje i viktimizacija u odnosu na oblasti kao što su robe i usluge, zapošljavanje i obrazovanje. Ovim zakonom se takođe uvode i nove dužnosti poštovanja ravnopravnosti u javnom sektoru, koje se po prvi put odnose na religiju, odnosno verovanje. Dužnost javnih vlasti je da eliminišu diskriminaciju, uznemiravanje i viktimizaciju po osnovu veroispovesti i uverenja i unapredi jednake mogućnosti i neguje dobre odnose između ljudi različitih veroispovesti i uverenja.

4. Jurisprudencija u vezi kršenja slobode veroispovesti u Ujedinjenom Kraljevstvu

Veroispovesti se najčešće obavlja u religijskim objektima, ali može imati i druge forme, kao npr. versko učenje i radu na sebi i drugima, prozelitizam i širenje verskog učenja, javno iskazivanje vere, propovedanje vere, itd. Kršenje prava slobode veroispovesti po bilo kojoj od pomenutih formi povlači mogućnost oštećene strane da se obrati nadležnom sudu radi zaštite zagwarantovanih prava. U nastavku rada će biti izloženi neki od mnogobrojnih slučajeva u vezi povrede ili ugrožavanja prava na veroispovest koji su podneti sudovima u Ujedinjenom Kraljevstvu ili Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu.

¹⁶ Videti, G.Moon, R.Allen, "Substantive Rights and Equal Treatment in Respect of Religion and Belief: Towards a Better Understanding of the Rights, and Their Implications", časopis *European Human Rights Law Review*, br. 6, izdavač Sweet & Maxwell, Oxford 2000, 584.

“Serija pravnih slučajeva u Ujedinjenom Kraljevstvu i Evropi u poslednjih dvadeset godina se odnosila na korišćenje religioznih simbola, ... a verovatno dva najpoznatija slučaja u Ujedinjenom Kraljevstvu, koji su pokrenuli lavinu debata oko zaštite religioznih simbola su Eweida v British Airways i Chaplin v Royal Devon and Exeter Hospital NHS Foundation Trust¹⁷. U prvom slučaju Eweida v British Airways¹⁸ se radi o službenici British Airways-a (Britanske aviokompanije) koja je bila zaposlena sa pola radnog vremena na radnom mestu prijema putnika. Obzirom da je radila sa strankama imala je obavezu da stalno nosi uniformu aviokompanije. Nadia Eweida je veoma pobožna hrišćanka koja je uvek nosila krst na lančiću oko vrata. Aviokompanija British Airways je dozvoljavala svojim službenicima nošenje verskih simbola ispod uniforme ali pod uslovom da se ne vide. Prilikom promene dizajna uniforme lančić sa krstom je bilo nemoguće sakriti ispod odeće, te je gospođa Eweida prvo upozorena da skine verski simbol, a kada se oglušila o upozorenja, vraćena je kući i bilo joj je onemogućeno da radi više meseci bez prava na novčanu naknadu. British Airways je ponudio gospođi Eweidi drugo radno mesto, koje ne obavezuje nošenje uniforme i bolju platu ali je ona to odbila i pokrenula sudski spor. Obratila se Tribunalu za radne sporove (Employment Appeal Tribunal) tvrdeći da je žrtva direktne i indirektno diskriminacije po Propisu o jednakosti zapošljavanja po osnovu uverenja ili vere iz 2003. godine i tražila je novčanu nadoknadu za period kada joj je bilo onemogućeno da radi. Tribunal je odbio takve navode, tvrdeći da nošenje krsta nije bezuslovno zahtevano od hrišćana već je to njen lični način ispoljavanja vere, te se oštećena obratila Apelacionom sudu (Court of Appeal). I Apelacioni sud je odbio žalbu smatrajući da nije bilo povrede prava na veroispovest, niti indirektno diskriminacije po tom pitanju od strane poslodavca (niko od 30.000 zaposlenih u aviokompaniji koji imaju obavezu nošenja uniforme se nije žalio da je diskriminisano jer ne može da vidno nosi verska obeležja). Iako se oštećena nadala da će Sud presuditi u njenu korist, tvrdeći da član 9. Evropske konvencije o ljudskim pravima upravo govori u njenu korist, sudije su smatrale da član 9. ne pruža bezuslovno pravo na ispoljavanje religije u svako vreme i na svakom mestu, već pojedinac mora da se ponaša shodno situaciji. U korist odbacivanja žalbe se navelo da je oštećena dobrovoljno prihvatila posao koji nije usklađen sa njenim ličnim viđenjem ispoljavanja religije i religijskih simbola. Iako je slučaj izgubljen za gospođu Eweida, on je izazvao izuzetno veliku medijsku pažnju pre svega zbog reputacije aviokompanije British Airways, koja je u međuvremenu promenila svoju

¹⁷ D.J. Hill, D. Whistler, *The Right to Wear Religious Symbols*, izdavač Palgrave Macmillan, Basingstoke 2013, 2.

¹⁸ Eweida v British Airways Plc [2010] EWCA Civ 80, [2010] ICR 890.

politiku isticanja verskih simbola, nakon čega se oštećena vratila na isto radno mesto.

Još jedan slučaj o kome se mnogo govorilo a tiče se isticanja verskih simbola je bio slučaj Chaplin v Royal Devon and Exeter Hospital NHS Foundation Trust¹⁹. Gospođa Shirley Chaplin, hrišćanka i pripadnica Slobodne Engleske crkve, po zanimanju je medicinska sestra i bila zaposlena u državnoj bolnici na odeljenju gerijatrije. Bolnica je svojim pravilnikom zabranila nošenje vidljivog nakita, bilo da se radi o ogrlicama ili narukvicama, iz higijenskih i preventivnih razloga da bi se predupredila svaka moguća infekcija. Obzirom da je gospođa Chaplin uvek nosila svoj krst sa raspećem ispod medicinske uniforme, prilikom promene dizajna, njen lančić i krst su postali vidljivi i opasni zbog eventualne slučajne povrede pacijenta, a samim tim joj je i onemogućeno dalje nošenje. Premeštena je na drugo radno mesto koje ne iziskuje uniformu i rad sa pacijentima ali ubrzo je to radno mesto i ukinuto, a ona smatrajući da joj je oštećena i da joj je uskraćeno pravo na veroispovest po članu 9, obratila se prvo Tribunalu za radne sporove i kasnije Apelacionom sudu. Jedan od svedoka koji je pozvan na suđenje je bio sveštenik njene crkve koji je rekao da vernici nisu u obavezi da nose krst sa raspećem, već da je to njihova želja i proizvod njihovih osećanja. Oba suda nisu smatrala da je došlo do povrede člana 9. i prava na veroispovest. Oštećena nije uputila žalbu Tribunalu za radne sporove, tako da može da se kaže da nije iskoristila sve pravne lekove koji su joj bili na raspolaganju.

Druga dva slučaja koja su izazvala veliko interesovanje u Ujedinjenom Kraljevstvu zbog navodnog kršenja prava na veroispovest, tiču se pogleda i ponašanja zbog verskog shvatanja pojedinaca i njihovog ponašanja prema LGBT populaciji. Prvi slučaj je Ladele v Islington LBC²⁰ iz 2009. godine i tiče se gospođe Lilliane Ladele koja je bila zaposlena u London Borough of Islington, javnoj službi lokalne samouprave, kao matičar. Gospođa Ladele je hrišćanka i ima stroge poglede na brak jer smatra da je to isključivo veza između muškarca i žene za ceo život, a istopolne partnerske veze da su suprotne Božijem pravu. Ujedinjeno Kraljevstvo je donelo Zakon o registrovanim zajednicama (The Civil Partnership Act) of 2004. godine koje je stupilo na snagu krajem 2005. godine po kome se dozvoljava registrovanje istopolne zajednice, sa svim pravima i obavezama koje proizvodi i brak. Lokalna samouprava Islington je odmah počela sa primenom zakona, što je primoralo gospođu Ladele da se neformalno dogovara sa svojim kolegama da ne obavlja ceremonije registrovanja

¹⁹ Chaplin v Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust (ET/1702886/2009, 21 April 2010).

²⁰ Ladele v Islington LBC [2009] EWCA Civ 1357.

istopolnih zajednica. Posle ponavljanja situacija izbegavanja obavljanja svoje dužnosti, dvoje kolega su se žalili na diskriminatorno ponašanje gospođe Ladele, što je dovelo do pokretanja disciplinskog postupka protiv nje. Obzirom da ona i dalje nije želela da obavlja ceremoniju registrovanja istopolnih zajednica, pretila je mogućnost da bude otpuštena zbog nepoštovanja radnih obaveza. Zato se obratila Tribunalu za radne sporove žaleći se na direktnu i indirektnu diskriminaciju i uznemiravanje po osnovu religije, koji nije prihvatio njene stavove i nije se složio da je bilo povrede prava na veroispovest i zato se žalila Apelacionom sudu. I Apelacioni sud je odbio njenu žalbu, polazeći od stanovišta da je njen posao striktno sekularne prirode i da njena verska shvatanja braka je ne oslobađaju obaveze koje ima prilikom registrovanja istopolnih zajednica.

Veoma sličan slučaj je i *McFarlane v Relate Avon Ltd.*²¹ iz 2010. godine. Gospodin Gary McFarlane je bivši starešina crkve u Bristolu i kao veoma pobožni hrišćanin je dubokog shvatanja da Biblija smatra da su homoseksualne aktivnosti grešne i da ih nikako ne treba podržavati. Od 2003. do 2008. godine gospodin McFarlane je bio zaposlen kao psihoterapeut u *Relate Avon Limited*, privatnoj organizaciji koja pruža usluge savetovanja u oblasti seksoloških pitanja i odnosa u vezama između dvoje ljudi. Iako je od početka imao probleme prilikom konsultacija sa istopolnim partnerima, gospodin McFarlane je nakon razgovora sa pretpostavljenim nastavio da pruža usluge savetovanja LGBT populaciji. Ali zbog verskih shvatanja sve je teže obavljao konsultacije istopolnih partnera, pa je počeo da izbegava takve slučaje, što je dovelo do disciplinskog postupka koji je rezultirao njegovim otpuštanjem. McFarlane se obratio Sudu za radne sporove tužeći se na direktnu i indirektnu diskriminaciju i nezasluženo otpuštanje. Sud je presudio da nije bilo diskriminacije i otpuštanje zbog njegovih religijskih uverenja već zbog njegovog nemogućnosti da poštuje pravila o radnom ponašanju organizacije u kojoj je zaposlen. McFarlane se žalio istom Sudu zbog donete presude, pa kada mu je žalba odbačena, žalio se Apelacionom sudu, koji je doneo odbijajuću presudu, između ostalog pozivajući se na presudu *Ladele v Islington LBC*.

Gore pomenuta četiri slučaja su zanimljiva i zbog toga jer su spojeni u jedan slučaj (*Eweida and others v. the United Kingdom*)²² pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu a presuda je doneta 2013. godine.

²¹ *McFarlane v Relate Avon Ltd* [2010] EWCA Civ 88.

²² Objedinjene predstave 48420/10 36516/10 51671/10 59842/10 - HEJUD [2013] ECHR 37 (15. januara 2013)

Eweida, Chaplin²³ i McFarlane su se žalili da im je povređeno pravo na veroispovest (član 9. EKLP) povezano sa zabranom diskriminacije (član 14. EKLP), dok Ladele je smatrala da joj je povređeno pravo zabrane diskriminacije povezano sa pravom na veroispovest. Nakon obavljene procedure²⁴, Sud je našao da je u slučaju podnositeljke predstavke gospođe Eweida domaće vlasti nisu preduzele sve mogućnosti da bi se zaštitila prava na veroispovest, a u vezi sa zabranom diskriminacije i presudile joj odgovarajuću novčanu naknadu. Kod ostala tri podnosioca predstavke Sud nije našao da je došlo ni do povrede prava na veroispovest, ni do povrede zabrane diskriminacije.

Ako se pogleda jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava u vezi prava na veroispovest, može se primetiti da ima više slučajeva koji se odnose na ugrožavanje ovog prava u Ujedinjenom Kraljevstvu. Jedan od citiranih slučajeva je svakako slučaj Ahmad v. United Kingdom²⁵. Podnosilac predstavke Iftikhar Ahmad je pobožni muslimanin koji je predavao u osnovnim školama u širem centru Londona. Razlog njegovog nezadovoljstva u vezi slobode veroispovesti, je bio jer mu nije omogućeno da petkom bude više odsutan iz nastave zbog molitve u džamiji. Nuđeno mu je radno mesto nastavnika sa pola radnog vremena, ali on to nije prihvatio i bio je prinuđen da napusti posao, te se zbog toga žalio nadležnom sudu za radnopravne sporove. U njegovu korist je izneo svedočenje verski lider muslimana, koji je objasnio da je molitva petkom u džamiji obavezna i da se neprisustvovanje smatra za greh. Industrijski sud (Industrial Tribunal)²⁶ je odbio tužbu uz obrazloženje da je po ugovoru o radu tužilac je bio dužan da radi pet dana u nedelji, što je uključivalo i petak, te nije mogao da bude odsutan zbog molitve u džamiji. Gospodin Ahmad se žalio svim nadležnim sudskim instancama u Ujedinjenom Kraljevstvu ali uvek je bio odbijen, pa je odlučio da uputi predstavku Evropskoj komisiji za ljudska prava²⁷. Komisija je utvrdila da prava iz člana 9. EKLP podnosioca predstavke nisu povređenja jer je on potpuno slobodno zaključio svoj radnopravni ugovor. Pri tome gospodin Ahmad nije ni obavestio svog poslodavca u vreme zaključenja radnopravnog ugovora o vremenu kada je u obavezi da obavalja verski

²³ Kod podnositeljke Chaplin zbog neiskorišćavanja svih pravnih lekova pred domaćim sudovima, predstavka je samo delimično prihvaćena i to onaj deo koji se odnosi na povredu prava na veroispovest.

²⁴ Videti više o samom toku procedure pred Evropskim sudom za ljudska prava, O. Nikolić, "Sloboda okupljanja i udruživanja", časopis *Strani pravni život*, br 1- 3 iz 2002. 148.

²⁵ Predstavka br. 8160/78, presuda (1981) 4 EHRR 123.

²⁶ Industrijski sud, uspostavljen 1964. godine i predstavlja preteču Sudu za radne sporove.

²⁷ Pre Evropskog suda za ljudska prava, o povredi prava iz EKLP je odlučivala Evropska komisija za ljudska prava. Videti, O. Nikolić, "Izbor i status sudija Evropskog suda za ljudska prava - teorijska i komparativno pravna analiza", časopis *Strani pravni život*, br. 1. iz 2014, 32.

obred. Komisija je presudila da podnosilac predstavke je bio slobodan da podnese ostavku i nađe zaposlenje na drugom mestu i koji bi odgovarali održavanju njegovih verskih potreba.

Slična tematika je bila predmet slučaja *Stedman v United Kingdom*²⁸ iz 1997. godine koji povezuje radnopravni spor sa ugrožavanjem prava na veroispovest. Podnositeljka predstavke je bila zaposlena od sredine 1990. godine u turističkoj agenciji koja je krajem 1991. godine uvela rad i nedeljom. Louise Stedman, koja je hrišćanka i smatra da je nedelja dan koji se posvećuje porodici i bogoslužnju, obavestila je aprila 1992. godine svog pretpostavljenog da više ne želi da radi nedeljom. Ubrzo nakon toga je stigao i dopunski ugovor za sve zaposlene u agenciji, kojim se oni obavezuju da moraju da radi i nedeljom, po sistemu rotacije. Obzirom da je gospođa Stedman odbila da potpiše takav ugovor, dobila je otkaz, pa se obratila Industrijskom sudu. Sud je odbio njenu pritužbu iz proceduralnih razloga jer je bila zaposlena manje od dve godine, te se ona žalila Apelacionom sudu za radne sporove koji je takođe odbacio njenu žalbu. Nakon svih iscrpljenih pravnih lekova u Ujedinjenom Kraljevstvu, Stedman je podnela predstavku Komisiji za ljudska prava u Strazburu, ukazujući da su joj između ostalog povređena prava na veroispovest. Komisija za ljudska prava je odbacila predstavku iz razloga jer gospođa Stedman je dobila otkaz ne iz razloga koji se odnose na njeno ugroženo pravo na veroispovest, već jer nije želela da potpiše dopunski ugovor o radu i nije želela da radi nedeljom.

*Williamson v. United Kingdom*²⁹ je slučaj koji je veoma interesantan, jer se radi o svešteniku Engleske crkve, koji se nije slagao sa crkvenim aktima koji ženama omogućavaju da postanu sveštenici. Engleska crkva je 1993. godine donela dva akta (*Ordination of Women Measure* i *Financial Provision Measure*) i to prvi koji uvodi mogućnost da žene, ako ispunjavaju uslove mogu da vrše bogoslužnje i drugi koji predviđa finansijska sredstva za sva crkvena lica koja žele da napuste crkvu i vršenje crkvenih obreda zbog protivljenja rukopolaganja žena za sveštenike. Sveštenik Paul Williamson je smatrao da su ovi akti nezakoniti i da dovode do raskola u crkvi, te se žalio nadležnim domaćim sudskim instancama. Svaka tužba i žalba u sudovima Ujedinjenog Kraljevstva mu je odbijena ili odbačena, te se Williamson obratio Evropskoj komisiji za ljudska prava. U njegovoj predavci je navedeno da akt kojim se dozvoljava da žene mogu biti sveštenici je kršenje člana 9. EKLP, kao i ustavnih aktata Ujedinjenog Kraljevstva, jer se to protivi njegovoj veri i savesti,

²⁸ Predstavka br. 29107/95, presuda 23 EHRR CD 168. 9.4.1997.

²⁹ Predstavka br. 27008/95.

jer mu nameće dodatno prikupljanje finansijskih sredstava za sve one koji napuste crkvu, jer crkva ima novi promjenjeni identitet za koji nije ni konsultovan, a nije na njega ni pristao i jer se time ugrožavaju prava parohijana koji nemaju pravnih mogućnosti da spreče da bogoslužjenje u njihovoj parohiji obavlja žena. Komisija je 1995. godine ovu predstavku odbacila, jer je smatrala da nije prekršen ni jedan domaći pravni akt, a u vezi sa tim nije došlo ni do povrede člana 9. EKLP, već naprotiv ovo se smatra za veliki napredak u skladu sa članom 14. EKLP zbog sprečavanja diskriminacije jednog pola i izjednačavanja prava muškarca i žene.

Svi slučajevi pred sudovima Ujedinjenog Kraljevstva i Evropskog suda za ljudska prava ukazuju da se jurisprudencija koja se odnosi na pravo veroispovesti stalno razvija i dobija nove dimenzije. Još jednom treba primetiti da se velika većina slučajeva odnosi na ugrožavanje više prava zagarantovanih EKLP i da ih je teško posmatrati odvojeno, već kao u celini na ljudska prava.

Iako se stalno naglašava da je u Ujedinjenom Kraljevstvu društvo sekularno, u isto vreme se razvija koncept multiverskog društva, i razlike između ta dva stava nisu istinski ni suočene, a kamoli rešene. Pravni okvir koji reguliše religijska pitanja se stalno širi i upotpunjava, ali sa druge strane opstaju stare tradicije koje se protive implementiranju evropskih pogleda na ovo pitanje. Zato je veoma interesantno pratiti kako i na koji način i u kom pravcu će se materija u vezi prava na veroispovest razvijati u Ujedinjenom Kraljevstvu.

Assist. prof. Oliver Nikolić Ph.D

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

FREEDOM OF RELIGION IN UNITED KINGDOM

Summary

In the first part of an article, the author offers an overview of the historical development of freedom of religion in the United Kingdom and in particular the position of the Church of England. The second part discusses the legal framework regulating the right of religion. In particular, it explains the adoption of the The Human Rights Act, which implements the rights under the European Convention on Human Rights. In the third part of the text, there is a theoretical overview of the freedom of religion and what it means. In the fourth section lists the most characteristic case law in the UK courts and the European Court of Human Rights.

Key words: Freedom of religion, United Kingdom, church, European Court for Human Rights, case law.

УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА УСТАВНИХ ПРОМЕНА

Апстракт

Рад је посвећен уставносудској контроли уставних промена у упоредном праву. Испитивање упоредноправних решења о контроли уставности уставних промена показује да таква контрола више није теоријска хипотеза, већ постојећа пракса у многим уставним системима. Поједини уставни прописују накнадну контролу формалне уставности уставних промена, или претходну контролу материјалне уставности. Штавише, упоредна искуства показују да су, у случају изостанка уставних одредби о надлежности, уставни судови широко тумачили своју надлежност да би омогућили контролу уставности уставних промена. Хоризонтално упоредноправно ширење контроле уставности уставних промена било је у појединим државама праћено њеним вертикалним садржинским слабљењем, како у погледу основа, тако и у погледу стандарда контроле.

Кључне речи: контрола уставности, уставне промене, уставни судови.

1. Увод

Контрола власти, односно органа који располажу овлашћењима власти у циљу заштите устава и уставности, а посебно права и слобода, мора да обухвати све облике остваривања (односно нарушавања) устава и уставности². У том смислу, идеал уставносудске контроле уставности, оличен у потпуној и свеобухватној заштити устава,

¹ Научни сарадник Института за упоредно право из Београда; e-mail: djuric.vim@gmail.com

² П. Николић, „Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима“, Правни живот 12/1995, 79; В. и М. Cappelletti, „Necessite et legitimité de la justice constitutionnelle en Europe“, Revue internationale de droit compare, 2/1981

могао би бити остварен искључиво уставносудском контролом целокупног уставног поретка.

Устав је једини правни акт који одређује поступак, а у неким правним системима и обим сопствене промене. Промене устава које изражавају уставни континуитет, чији је творац деривативна уставотворна власт, стога представљају саставни део уставног поретка. Отуда се може поставити значајно теоријско-правно питање да ли промене устава које изражавају уставни континуитет могу да буду један од облика нарушавања устава и, следствено томе, да представљају предмет уставносудске контроле уставности?

Могућност контроле уставности уставних промена везује се за доктрину неуставних уставних норми (*unconstitutional constitutional norms*) која почива на поставаци о постојању непромењивих уставних начела и/или одредби. Осим ранијих спорадичних теоријских наговештаја, та доктрина свој замах дугује теоријским реакцијама насталим након Другог светског рата на сумњиво оправдање уставним легалитетом акција ауторитарних режима у предратном и ратном периоду које су биле формално засноване на тада важећим правилима уставних промена³. У савремено доба ова доктрина се смешта и у контекст расправа које су подстакнуте променама кроз које пролазе државе средње, источне и југоисточне Европе у процесу посткомунистичке транзиције⁴, али и у контекст европских интеграција.

Да би се доктрина неуставних уставних норми и њена прожетост са уставносудском контролом уставности уставних промена у потпуности разумели, потребно је најпре размотрити појам формалне промене устава и, у том контексту, постојање и домашај непромењивих уставних начела и/или одредби.

2. Промена устава

Под променом (ревизијом) устава подразумева се укидање појединих његових норми, па и свих норми (тј. устава као целине), евентуално замењивање укинутих норми новим нормама, као и допуњавање текста устава другим нормама⁵. Поједини уставни,

³ E. Whinney, *Supreme Courts and Judicial Law Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, 1986., 133

⁴ J. Omejec, „Kontrola ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmana i ustavnih zakona)“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, 1/2010, 1

⁵ П. Николић, *Уставно право*, Београд 1994., 39

одредбама којима регулишу поступак сопствене промене, чине разликовање између измена и допуна, са једне, и потпуне промене, односно доношења новог устава, са друге стране⁶. Већина устава међутим не познаје такво разликовање у поступку промене, тако да се поставља питање да ли се одговарајуће одредбе устава које регулишу поступак промене односе само на измене и допуне устава, или и на доношење новог устава (видети даљи текст)⁷?

То питање је, у извесној мери, у теоријској и логичкој вези са питањем правног карактера и домаћаја уставним нормама изричито предвиђених забрана промене устава. Забране промена устава, како се то у теорији класификује, могу се односити како на потпуну, тако и на делимичну промену устава, док са становишта времена могу бити трајне, привремене и забране промена у одређеним околностима⁸. У европским упоредним оквирима, свакако најпознатији пример садржинске забране промене устава предвиђа Основни закон СР Немачке. Према чл.79.ст.3. тог акта, није допуштена промена којом се задире у федералну структуру државе, у право учешћа федералних јединица у законодавству, као и у начела која су утврђена чл.1. и чл.20. Устава⁹. Немачки Устав није једини конституционални акт који у европским размерама садржи одредбе о непроменљивости. Устава Француске прописује у чл.89.ст.5. да републикански облик владавине не може да буде предмет ревизије. Немачки, а донекле и француски, устав инспирисали су уставна

⁶ На овом месту треба учинити једну важну терминолошку напомену. На основу одређења појма промене устава које је понудио проф.Николић, као и на основу језичког значења појма «промена», јасно је да се он може односити како на делимичну, тако и на потпуну промену устава. У појединим радовима и уџбеницима уставног права могуће је затећи појам «доношење устава» којим се означава доношење првог, или усвајање новог устава, односно потпуна промена устава, док се изразом «ревизија» означава делимична промена устава, односно измене и допуне устава. У даљем тексту у раду ће се појмом «промена устава», већ у зависности од смисла, углавном означавати измене и допуне устава, уколико није изричито наведено да је реч о потпуној промени, или уколико није реч о цитирању појединих одредби.

⁷ М.Јовичић, О уставу, Теориско-компаративна студија, Београд 1977., 79

⁸ Више о томе у М.Јовичић, (1977), 66-69. и П.Николић, (1994) 40,41

⁹ Тим члановима предвиђено је да је људско достојанство неповредиво и да је свака власт обавезна да га поштује и штити (чл.1.ст.1.), да немачки народ прихвата неповредива и неотуђива људска права као основу сваке људске заједнице, мира и праведности у свету (чл.1.ст.2.), да су основна права непосредно важеће право и да обавезују законодавну, извршну и судску власт (чл.1.ст.3.), да је СР Немачка демократска и социјална држава (чл.20.ст.1.), да сва државна власт проистиче из народа који је врши на изборима, референдумом и посредством органа законодавне, извршне и судске власти (чл.20.ст.2.), да је законодавна власт везана уставним поретком, док су извршна и судска везане законом и правдом (чл.20.ст.3.) и да сви Немци имају право на отпор свакоме ко има намеру да сруши уставни поредак, ако друга средства нису могућа (чл.20.ст.4.).

решења у појединим земљама средње и источне Европе које су у своје постсоцијалистичке уставе унеле клаузулу непроменљивости. Тако је чланом 9.ст.2.Устава Чешке Републике прописано да суштински предуслови демократске правне државе не могу да буду промењени, чланом152. Устава Румуније предвиђено да предмет ревизије не могу да буду одредбе Устава о националној независности, јединству и недељивом карактеру румунске државе, републиканском облику владавине, територијалном интегритету, независности судства, политичком плурализму и службеној употреби језика и писма, као и оне које могу да резултирају умањењем основних права и слобода и њихове заштите, док Устав Украјине чланом 157.ст.1. забрањује промене које предвиђају укидање или умањење људских права и слобода, као и оне које су усмерене на укидање независности државе или нарушавање њеног територијалног интегритета. Поједини од ових устава уређују забрану промене Устава, односно појединих његових одредби, у одређеним околностима

На питање правног карактера и домашаја уставом предвиђене забране промене устава, нарочито у условима изостанка изричитог уставног опредељивања последица забране, у теорији је било различитих одговора. Домаћа правна наука углавном стоји на становишту да су забране промене устава без правне важности, како због тога што је уставотворна власт највиша власт у држави па, следствено томе, не може да буде везана одредбама устава који је донео ранији уставотворац, чак и у случају да је конституисана према одредбама устава који мења, тако и због тога што каснија норма увек може да измени или укине ранију норму исте правне снаге¹⁰. Такво схватање ослања се углавном на гледишта француских правних теоретичара заступника својеврсне *доктрине уставног скептицизма* која нерадо прихвата постојање материјалних ограничења ревизионе власти и чији је приступ уставу чисто формалан. Следствено томе, ова доктрина одбацује правну дистинкцију између иницијалног доношења устава и његових промена, као и постојање било какве супра-уставности. Она истиче своје демократско утемељење аргументом да је власт промене устава „место где, по праву, демократија може да се изрази без подела“, а власт промене устава је „израз суверености“. За теоретичаре који припадају овом теоријском правцу одредбе о непроменљивости устава представљају „пуке жеље

¹⁰ Ј. Стефановић, Уставно право Југославије и компаративно право I, Загреб 1965., 54; М. Јовичић, (1977), 70; П. Николић, (1994) 41; Р. Марковић, Уставно право и политичке институције, Београд 1995., 47

без обавезне правне снаге за наследнике уставотврца¹¹ које су, са правног становишта, „непојмљиве“¹².

Изложена гледишта нису, међутим, једнодушно прихваћена. Још пре Другог светског рата Карл Шмит је писао да границе овлашћења за промену постојећег устава леже у правилном разумевању концепта промене устава који, по њему, суштински подразумева измене и допуне (делимичну промену устава). Следствено томе, ово овлашћење се може вршити само под претпоставком да су идентитет и континуитет устава као целине очувани, оно не значи власт успостављања новог устава, нити власт промене правне основе за вршење ове надлежности¹³. Након Другог светског рата, у литератури, поглавито под утицајем негативних искустава ауторитарних режима, дискутовано је питање да ли уставне норме могу да буду неуставне¹⁴. Поједини аутори истицали су да би противно самој идеји права било када одредбе устава о забрани промене не би имале правну вредност и када би било могуће да их наруше исти они органи које је устав створио¹⁵. Таква схватања свој одраз имају међу домаћим писцима који сматрају да забрана промене устава има за последицу изузимање неких уставних одредаба из ревизије, тако да се те одредбе не би могле изменити ни по посебном поступку за ревизију устава утврђеном у уставу¹⁶.

У савременим радовима истиче се да непроменљиве уставне одредбе нису «укорењене» на исти начин као и друге, променљиве одредбе устава, и да би њихова измена захтевала много више од «дискретне ревизије устава» - захтевала би свеобухватну уставну обнову¹⁷. Штавише, у савременим радовима указује се да се усвајању значајне и далекосежне уставне промене може приговорити уколико садржај такве промене имплицира питање уставног идентитета и да, стога, уставне промене (амандмани) могу да буду проблематичне на два начина: да подривају суштину уставне владе у чјем су самом језгру владавина права и независно судство и да суштински трансформишу или негирају фундаменталну политичку обавезу уставног поретка која је била од централне важности за национално

¹¹ J.Barthélemy, P.Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1933., 231

¹² G.Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 2002, 117

¹³ C. Schmitt, *Constitutional Theory*, 2008., 150

¹⁴ B. C.J.Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, 1950., 132

¹⁵ G.Burdeau, *Traité de science politique IV*, 1969., 257

¹⁶ М.Пајванчић, *Уставно право, Уставне институције*, Нови Сад, 2005., стр.60

¹⁷ R.Albert, „Nonconstitutional Amendments“, *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 1/2009, 9

саморазумевање¹⁸. Рецију, доктрина неуставних уставних норми, по њиховим поборницима, настоји да сачува легитимност, бранећи оне вредности и начела која устав сматра фундаменталним, тако да се у овој доктрини у једно спајају концепти фундаменталне легитимације и конституционалности¹⁹. У најновијим обимним теоријским студијама посвећеним питању неуставних уставних промена, објашњење обавезности уставних одредби о непроменљивости смешта се у матрицу поделе уставотворне власти на *примарну уставотворну власт* која је власт успостављања политичког поретка и његових основних принципа и која се манифестује као демократско појављивање народне суверености у изузетним уставним моментима, са једне, и *секундарне*, од примарне делегиране и опуномоћене, уставотворне власти која је *sui generis* власт вршења измена и допуна устава, али ипак (правом) дефинисана и као таква ограничена, са друге стране. Непроменљивост ограничава ревизиону власт да промени одређене уставне темеље што изражава схватање да устав чине и одређена начела која опредељују његов идентитет. Такав се приступ означава се као *темељни структурализам*²⁰. У савременим радовима истиче се да се чак и у оквиру *нормативистичког приступа* читавај проблематици може прихватити да је питање уставног полиморфизма, схваћеног као диверсификација његове формализације, односно, у једном виду, као формално разликовање поступака његове промене (неједнаки полиморфизам) чија једна од последица може да буде и забрана промене устава (негативни неједнаки полиморфизам), заправо питање позитивног уставног права, док је питање домашаја уставних забрана, односно да ли полиморфизам у продукцији права резултира и полиморфизмом у дерогацији права, очигледно питање тумачења позитивног уставног права²¹. Важно је истаћи да је концепција уставног идентитета и

¹⁸ G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, 2010., 70

¹⁹ Contribution to the Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Election in Slovenia by Peter Jambrek in collaboration with Klemen Jaklič, тоč. 19., у: Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Election in the Republic of Slovenia, CDL-INF(2000)13, Strasbourg, 16 October 2000.

²⁰ Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*, A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London, February 2014 <http://etheses.lse.ac.uk/915/>, 29.08.2014. - Без обзира што у идеји о неуставним уставним нормама, на први поглед, има нечег парадоксалног, овај аутор истиче да је један од одговора на негирање важности уставом предвиђене непроменљивост управо *reductio ad absurdum* таквог негирања, јер би, у противном, власт која врши промене устава (измене и допуне) могла да уништи устав.

²¹ O. Pfersmann, „Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach“, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 67/2012, p. 95-98

идеја о могућности да га уставне промене нарушавају шира и од изричито предвиђених забрана промене устава и наговештава могућност да се уставне промене могу сматрати неуставним чак и у системима који не познају забране промене устава, као и да се могу оцењивати са становишта имплицитних уставних ограничења, па чак и супраконституционалних принципа.

Венецијанска комисија за демократију путем права СЕ разматрала је проблематику уставних промена и доктрине неуставних уставних норми. Став Комисије је да је уставно прокламовање непроменљивости појединих делова устава најригиднији и најјачи механизам за обавезивање уставом који се понекад назива и „апсолутном укорененошћу“²². Комисија је у свом Извештају о уставним променама (амандманима) уочила да се у упоредном праву, у погледу непроменљивости, прави разлика између уставних начела, са једне, и уставних одредби, са друге стране²³. Она није заузела било какав начелан став о томе да ли одређени национални уставни систем треба да садржи одредбе о непроменљивости (забране промене)²⁴, али је истакла да је непроменљивост комплексан и потенцијално контроверзан уставни инструмент који пажљиво треба примењивати и резервисати само за основна начела демократског поретка²⁵.

Питање да ли уставне промене могу да буду неуставне, односно да ли је уставна непроменљивост правно обавезујућа, рађа нову дилему – ако би била обавезујућа, ко је властан да оцењује њихову уставност? Према либералној демократској уставној теорији, судство би било најбољи избор, будући да оно врши контролу уставности (нормативну контролу)²⁶. Судска контрола је «природни механизам» за заштиту непроменљивих (вечних) одредби устава, она им обезбеђује «зубе» и у том погледу нема суштинске разлике између закона који нарушава устав и уставних промена које крше забрану промене устава²⁷. Изложени став, међутим, није једнодушно прихваћен у земљама централизоване контроле уставности. Због тога, даљу анализу уставносудске контроле уставности уставних промена треба усмерити ка питању надлежности уставних судова да врше такав вид контроле.

²² Venice Commission, Report on Constitutional Amendment, par. 206.

²³ Ibid, par.209.

²⁴ Ibid, par.217.

²⁵ Ibid, par.218

²⁶ R.Albert, н.м.

²⁷ A. Barak, „Unconstitutional Constitutional Amendments“, Israel Law Review, 44/2011, 333

3. Надлежност уставних судова да одлучују о уставности уставних промена

За разлику од управног судства чија је надлежност у приличном броју правних система регулисана генералном клаузулом, нигде слична генерална клаузула надлежности није одређена и за уставне судове, већ се њихове надлежности одређују еnumerативно²⁸. Будући да постојање уставних судова мора бити предвиђено уставом, њихова надлежност се, по правилу, може прописати само уставом²⁹. То начелно значи да предмет уставносудске контроле могу да буду општи правни акти за које је уставом предвиђена могућност оцене уставности. Због тога анализу уставносудске контроле уставности уставних промена, треба поделити на сагледавање случајева када је таква контрола изричито предвиђена, са једне, и када уставним одредбама није прописана надлежност уставних судова да оцењују уставност уставних промена, са друге стране.

4. Изричита надлежност уставних судова да оцењују уставност уставних промена

У малом броју држава које имају систем контроле уставности коју врши уставни суд изричито је предвиђена надлежност тог органа да оцењује уставност уставних промена. Устав Румуније предвиђа у чл.146.а. да Уставни суд одлучује *ex officio* о уставности иницијативе да се промени устав. Пре него што Парламент започне поступак промене устава, иницијатива за промену мора бити поднесена Уставном суду који о њеној уставности одлучује у року од 10 дана. Иницијатива се Парламенту подноси са одлуком Уставног суда. Слично решење према коме уставни суд у претходном поступку контролише уставност предлога за измену устава предвиђа и Устав Украјине. Према чл.159. Устава, Парламент (Верховна Рада) може да одлучује о промени Устава тек по добијању мишљења Уставног суда о усклађености предложене промене са одредбама о забрани промене Устава. У пракси се поставило питање правне обавезности мишљења Уставног суда у поступку уставних промена. Уставни суд је у тумачењу изложене одредбе Устава стао на становиште да је његово мишљење обавезујуће за Парламент³⁰.

²⁸ И.Крбек, Уставно судовање, Загреб 1960., 8

²⁹ Р.Марковић, 654

³⁰ До таквог закључка Уставни суд је дошао полазећи од чињенице да је он једини орган уставне контроле у Украјини. Суд је стајао на становишту да се превентивном контролом предложених уставних промена не ограничава овлашћење Парламента да измени Устав, већ се обезбеђује „уставност реализације“, што је, по схватању Суда, једна од основних гаранција стабилности Устава Украјине - Рішення Конституційного Суду № 8-рп/98 від 09.06.98

Устав Турске предвиђа накнадну контролу уставности уставних промена. Према чл.148.ст.1. Устава, Уставни суд испитује уставност уставних промена (амандмана) само у погледу њихове форме. Будући да је слична одредба постојала и у турском Уставу из 1961. коју је Уставни суд веома широко тумачио, огласивши се надлежним и за испитивање материјалне уставности уставних промена³¹, Устав из 1982. изричито је прописа у чл.148.ст.2. да ће оцена формалне уставности бити ограничена на разматрање питања да ли је постигнута потребна већина за предлог уставних промена и у гласању, као и да ли су поштоване забране у погледу доношења акта по хитном поступку.

5. Изостанак одредби о могућности контроле уставности уставних промена

Будући да се надлежности уставних судова еnumerативно одређују уставом, на основу правила тумачења *expressio unius est exclusio alterius*, у оквиру формалистичког приступа, може се начелно стати на становиште да уставносудска контрола уставности уставних промена не би била могућа уколико уставне промене, односно акти у којима се оне формално врше (уставни закони или уставни амандмани), нису изричито наведени уставним одредбама као могући предмет контроле уставности³².

Изложеног схватања посебно се држи француски Уставни савет. У знаменитој одлуци из 1962. која се односила на Уставни закон који је усвјен на реферндуму, а којим су измењени чланови Устава којима је био регулисан начин избора председника Републике³³, Уставни савет је стао на становиште да не може да се изјасни о питањима ван оних која су изричито предвиђена текстом Устава, будући да су његове надлежности стриктно одређене тим актом³⁴. У каснијој пракси Савет је наставио да се држи уског тумачења члана Устава којим је регулисана његова надлежност да оцењује уставност закона, а према коме (тумачењу) она не обухвата оцену уставности уставне

³¹ У погледу одредбе која је одређивала републикански облик државе.

³² K. Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments, A Comparative Study*, 2008., 12, 13

³³ Више о том закону у М.Јовичић, Велики уставни системи, Београд 1984., 152

³⁴ Decision no. 1962-20DC

ревизије³⁵. Занимљиво је истаћи да Савет негирање надлежности да одлучује о уставним променама темељи и на аргументацији према којој је „под ограничењима одредби које регулишу период у коме Устав не може да буде промењен (чл.7.чл.16. и чл.89.ст.4.) и у складу са чл.89.ст.5, уставотворна власт суверена, она има овлашћење да укине, измени или допуни уставне одредбе на начин који она сматра одговарајућим“³⁶. Међу теоријским коментарима изложеног приступа Уставног савета занимљив је закључак аутора који проблематику неуставних уставних промена разматрају са нормативистичког аспекта. Одбацујући правило тумачења *expressio unius est exclusio alterius* као сувише уско, јер су „посредством тумачења доступне многе ствари које су индиректно експлицитне, односно које су садржане у значењу онога што није формулисано“, ови аутори ипак истичу да француски пример показује да питање да ли је нешто дозвољено или захтевано (контрола уставности уставних промена – прим. В.Ђ.) као последица нечега што је изричито наведено као дозвољено или захтевано (контрола уставности закона и забрана

³⁵ «С обзиром да члан 61. Устава садржи уставну обавезу Савета да оцењује усклађеност са Уставом органских закона и, под условима прописаним у овом члану, обичних закона, Уставни савет не узима ни члан 61. ни члан 89, нити или било коју другу одредбу Устава, као овлашћење да оцењује уставну ревизију» – Decision No. 2003-469DC – Такав став наилази и на критике, будући да Савет има широке могућности када интерпретира Устав што је демонстрирао доношењем одлука о уставности под одређеним условима (техника интерпретативних одлука), упркос томе што га Устав на то не овлашћује - J. de Guillen Schmidt, „No Constitutional Review for Amendments to the Constitution, A French Exception?“, Conference on „The Theoretical And Practical Aspects Of Reviewing The Constitutionality Of The Constitutional Norms, p.5 - [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2013\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2013)005-e), 31.08.2014.

³⁶ Decision No. 1992-312DC У ширем теоријском смислу, оправдање изузимања контроле уставности уставних промена из надлежности Савета, као што је истакнуто, почива на доктрини уставног скептицизма. Оправдање начелног негирања контроле уставности уставних промена налази се у чињеници да одлука Савета није коначна, односно да је уставотворна власт у могућности да измени одлуку Уставног савета увођењем у устав садржински другачијих норми што се описује као „кревет правде“ (lit de justice), односно именом једног института француског права из доба ancien régime према коме је краљ могао да поништи судске одлуке парламента, баш као што и народ, у свом „величанству“ може уставном ревизијом да поништи одлуку Савета – G. Vedel, „Schengen et Maastricht (à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)“, Revue Française De Droit Administratif, 8/1992 – наведено према D. Baranger, „The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power In France (Or the Absence Thereof)“, Israel Law Review, 44/2011, 398-408. D. Baranger ипак указује да чињеница да је Савет одбио надлежност да одлучује о уставним амандманима не значи да на различите начине није инволвиран у уставне промене и примећује да у уставној пракси уставотворна власт узима у обзир одлуке Савета, док, за узврат, Савет не врши изричиту контролу уставности уставних промена, али може да постави смернице за њено вршење. – Ibid., 413 О могућности да парламент поништи одлуке уставног суда изјашњавао се и Уставни суд Аустрије па читаоца, ради компарације, упућујемо на одговарајуће излагање у каснијем тексту.

промене устава – прим.В.Ђ.) још увек не говори ништа о његовој конкретизацији³⁷.

Приступ сличан француском Уставном савету, оличен у рестриктивном тумачењу уставних одредби о надлежности, има и Уставни суд Словеније. Полазећи од чл.160.Устава према коме може да одлучује о сагласности закона са Уставом, тај суд стоји на становишту да уставне норме нису у његовој надлежности, будући да се под уставни појам „закон“ не могу подвести норме које имају обележја уставне норме³⁸. У својој каснијој пракси Суд је поновио изложено гледиште, али га је у извесном смислу проширио утврђујући да законодавац „не би могао донети и уставни закон чија би сврха и садржај били другачији, ако је исти уставноправне природе“. Примећујући да се уставни закон „примењује и као акт који уставотворац може донети у другу сврху и са другачијим садржајем, дакле не у сврху измене уставне одредбе и прелаза на примену уставних одредби“, Суд је закључио да би „код тог облика уставног закона за одлучивање о надлежности Уставног суда“ био „одлучујући материјални критеријум, дакле садржај и природа одредби које садржи уставни закон“.То значи да је Уставни суд Словеније прихватио могућност да буде надлежан за оцену материјалне уставности норми које би уставне биле само по својој форми, а чија би садржина одударала од оне која је резервисана за уставне законе. У делу научних радова такав приступ је окарактерисан као „ограничена правна допустивост контроле материјалне уставности уставних норми“³⁹.

Став према коме уставносудска контрола уставности уставних промена не би била могућа уколико акти којима се те промене врше (уставни закони или уставни амандмани), нису изричито наведени уставним одредбама као могући предмет контроле уставности, не мора бити, а као што ће касније излагање показати, и није једнодушно прихваћен међу уставним судовима. Наиме, уколико би се под уставним појмом „закон“ у одредби која прописује надлежност уставног суда да одлучује о усаглашености закона с Уставом, подразумевали и уставни закони, или закони о промени устава, како се акти о промени устава називају у појединим државама, утолико би било јасно да уставни судови могу да оцењују уставност уставних промена. Иако се таквом схватању могу упутити

³⁷ O.Pfersmann, 103, 112

³⁸ U-I-332/94

³⁹ J.Омејец, 20

основне замерке да се *обични* и *уставни* закони, по својој правној снази (а и садржини), не могу поистоветити, као и да се одредбе о надлежности уставних судова не могу широко тумачити, у пракси су се поједини уставни судови, из различитих разлога, вршећи контролу уставности уставних промена, имплицитно приклонили ширем тумачењу своје надлежности⁴⁰. У том смислу, најпре треба истаћи Уставни суд Аустрије. Иако Устав у чл.140. ст.1. предвиђа да Суд одлучује о уставности савезних и покрајинских закона (*Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes...*), а у чл.44. прописује да промене устава мора да буду изричито означене као „уставни закон“ или „уставна одредба“ (*Verfassungsgesetz, Verfassungsbestimmung*), Уставни суд је одлучивао о уставности уставних промена и тиме веома широко тумачио своју надлежност. Ширина тог тумачења се може уочити тим пре, ако се има у виду чињеница да Устав Аустрије не садржи било какве одредбе о сопственој непромењивости (више о томе у даљем тексту).

Слично аустријском, и Уставни суд Чешке Републике је у својој пракси допустио могућност да уставни појам „закон“ који је садржан у одредби чл.87.ст.1.т.а.Устава према којој тај орган одлучује о укидању закона или појединих одредби закона које нису у складу с уставним поретком, обухвата и акте којима се врше промене устава (уставне законе)⁴¹. Важно је истаћи да је Уставни суд био таквог становишта, иако је одредбама Устава предвиђено да су судије, приликом доношења одлука, везане уставним поретком (чл.88.ст.2.) који чине Устав, Повеља о основним правима и слободама, уставни закони усвојени у складу са Уставом, као и одређени уставни закони усвојени за време постојања претходне државе.

Веома занимљиво решење у погледу позитивноправног регулисања надлежности уставног суда које изричито не искључује, нити изричито омогућава контролу уставности уставних промена, садржи Основни закон СР Немачке. Према чл.93.ст.1.т.2. тог акта, Савезни уставни суд СР Немачке, између осталог, одлучује о формалној и садржинској усаглашености *права* савезне државе и федералних јединица са Основним законом (*...entscheidet über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetz...*). Будући да се упуштао у оцену уставности уставних промена, иако ни у једном познатом случају као претходно питање није размотрио да ли се уставне промене могу подвести под појам савезног права, јасно је да

⁴⁰ K. Gözler, 21,22

⁴¹ Pl ÚS 27/09

је Савезни уставни суд СР Немачке на то питање имплицитно дао потврдан одговор⁴².

Заснивање надлежности уставних судова да одлучују о уставности уставних промена отвара питање да ли је реч о контроли формалне или/и материјалне уставности, шта је мерило контроле уставности уставних промена, односно да ли се уставност уставних промена може утврђивати само на основу изричитих забрана и непроменљивих одредби устава, или и са становишта имплицитних уставних ограничења и најзад, којих се принципа и стандарда оцењивања уставности уставних промена држе уставни судови, односно да ли се свака повреда, одступање и/или кршење непроменљивих одредби и начела сматра забрањеним. Због тога, даљу анализу проблематике уставносудске контроле уставних промена треба усмерити на питања обима, основа и стандарда уставносудске контроле уставности уставних промена.

6. Обим, основ и стандард уставносудске контроле уставних промена

Начелно посматрано, ако уставни суд сматра да је надлежан да оцењује уставност уставних промена, таква контрола у првом реду обухвата контролу формалне уставности, будући да уставне промене нису валидне уколико противрече уставним одредбама којима је регулисан начин на који се оне врше⁴³. Уставни суд Аустрије стоји на становишту да је надлежан да оцењује формалну уставност уставних промена, јер уставни закони треба да буду усвојени у поступку који је предвиђен Уставом, док, са друге стране, сматра да није надлежан да одлучује о материјалној усаглашености уставних промена са Уставом, „будући да начелно не постоји било какав основ за такво испитивање“⁴⁴. Вршећи контролу формалне уставности уставних промена, Уставни суд Аустрије отишао је, међутим, корак даље. Наиме, будући да Устав Аустрије прописује различит поступак за

⁴² K. Gözler, 22

⁴³ *Ibid.*, 28

⁴⁴ VfSlg. 2455/1952 Суд је истоветно становиште имао и у ранијем случају – в. VfSlg. 1607/1948

делимичну и потпуну промену⁴⁵, Уставни суд је у водећем случају у вези са питањем уставности уставних промена у којем је одлучивао о уставности Уставног закона о држављанству земаља (федералних јединица), истакао да је у склопу контроле формалне уставности најпре потребно утврдити да ли уставна промена представља „потпуну“ промену Устава. За потпуну промену Устава Суд није држао измену свих одредби Устава, већ је сматрао да промена има карактер потпуне уколико погађа, заправо модификује или укида, *водећа начела (leitender Grundsatz)* Устава. Водећим начелима Устава Суд је сматрао принципе демократије, владавине права и федерално начело. У својој дугогодишњој пракси Суд је наставио да изложене принципа сматра водећим начелима Устава и да у оквиру одлучивања о формалној уставности уставних промена испитује да ли су ти принципи тангирани променама о чијој се уставности изјашњавао⁴⁶. Практика Уставног суда Аустрије у погледу тумачења појма потпуне промене устава изначаја водећих начела Устава, наишла је на различите оцене у научним радовима. Аутори склони уском формалистичком приступу упућивали су јој критике са становишта да је одређење потпуне промене устава неосновано и да водећа начела нису објективно одредива, будући да у аустријском уставу нема одредби које их дефинишу⁴⁷. Са друге стране, у аустријској уставноправној догматици истиче се да се темељна начела чија промена чини потпуну промену устава могу развити из интерпретације општег контекста устава⁴⁸, тако да је аустријски Уставни суд, слично као и немачки (видети даљи текст), развијајући концепт водећих начела, устав посматрао као структурално јединство и хијерархијски скуп начела и одредби. Аустријски пример указује да се, у контексту уставне реформе, процедура и садржина преклапају и да се стога вршење судске контроле уставности уставних промена позиционира између контроле формалне и контроле материјалне уставности⁴⁹. У погледу обима у коме се нарушавање водећих начела Устава може сматрати недопустивим, Суд се, у једном специфичном контексту, изјаснио у одлуци из јуна 1988. Суд је сматрао да кршење водећих

⁴⁵ Постојање два различита поступка за промену појединих одредби устава аустријску уставноправну догматику наводи на закључак да се уставно право у оквиру степенастог правног поретка састоји од два градирајућа слоја – „обично“ уставно право и норме основног уставноправног поретка и да, стога, може да постоји „неуставно уставно право“, као и да уставни суд може да поништи уставне промене које се односе на основни поредак, али које нису усвојене у одговарајућем поступку. – W. Berka, *Lehrbuch Verfassungsrecht*, 2008., 31

⁴⁶ VfSlg, 29, V 102/88, VfSlg, 11.829, итд

⁴⁷ K. Gözler, 39,40

⁴⁸ W. Berka, 30

⁴⁹ Y. Roznai, (2014), 195

начела може да буде узрокована не само озбиљном и свеобухватном повредом ових принципа, као што би, на пример, били случајеви ограничавања надлежности Суда да врши нормативну контролу, или ограничавање основних права, већ и да бројне легислативне мере са делимичним ефектом, постепено али кумулативно донесене на уставном нивоу, могу у збиру да резултирају потпуном ревизијом Устава⁵⁰.

Уставни суд Чешке Републике је гледишта да контрола уставности уставних промена обухвата и питање материјалне уставности, односно да може да одлучује о сагласности уставних закона са клаузулом непроменљивости садржаном у чл.9.ст.2. Устава. Материјална контрола уставности уставних промена, према резонувању Уставног суда, у функцији је заштите Устава, јер чак ни творци Устава не могу да прогласе уставним акт којем недостају обележја уставног закона, а изузимање одлучивања о уставности уставних промена извршених посредством уставних закона из надлежности Суда лишило би тај орган улоге заштитника уставности. Суд се делимично позвао и на упоредне стандарде, јер је сматрао да „у мери у којој артикулише потребу да се категорија уставних закона подведе под појам „закон“ из чл.87.ст.1.т.а. Устава и тако подвргне оцени уставности...то чини и у складу са вредностима и принципима

⁵⁰ VfSlg. 11829/1988 - Реч је о одлуци о уставности Закона о моторним возилима који је усвојен као уставни закон. Наиме, након што је законодавац техником накнадних промена Устава садржински одбацио више одлука Суда у различитим областима права, укључујући и две претходне одлуке о суштински истоветним одредбама које су биле усвојене у форми обичног закона, Суд је *ex officio* оцењивао уставност тог Уставног закона. Суд није извршио касацију, с обзиром на ограничени обим примене одредби чију је уставност оцењивао, као и у светлу чињенице да њихово поново доношење на уставном нивоу још увек није резултирало прекомерном акумуляцијом индивидуалних законодавчких мера којима би се утицало на водећа начела Устава. Будући да је Суд јасно истакао да би систематско одбацивање његових одлука од стране парламента, чак и када свака промена не би, сама за себе, била противуставна, представљало „пузајућу потпуну промену устава“, јер је уставносудска контрола одлучујући елемент владавине права, као и да би представљало својеврсну транзицију од квантитета ка квалитету, у коментарима те одлуке поставља се питање колико би таквих одлука законодавца било потребно да се прекорачи дозвољена граница одступања? – в. В. Adamovich-Wagner, „Report“ on Conference on „The Theoretical And Practical Aspects Of Reviewing The Constitutionality Of The Constitutional Norms“, 5, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2013\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2013)004-e), 30.08.2014.

koјима су руковођени уставни системи у демократским државама⁵¹. Заговорници примене стандарда, заправо теста пропорционалности⁵² у оцени уставности уставних промена извршених уставним законом уочавају да се Суд у својој одлуци којом се прогласио надлежним за овакав вид контроле приклонио том стандарду испитивања, будући да је истакао да би „заштита демократске државе засноване на владавини права усвајањем *ad hoc* уставног акта могла да буде прихватљива у апсолутно изузетним околностима, али би тај поступак морао да задовољи захтеве који проистичу из принципа пропорционалности»⁵³. Имајући у виду да је Суд стао на становиште да је Уставни закон о чијој је уставности одлучивао «неприхватљиво индивидуалан и ретроактиван» и да није у сагласности са одређеним одредбама Устава «у толикој мери да то представља мешање у члан 9.ст.2.Устава», јасно је да је Суд применио само први елемент стандарда пропорционалности, односно да је утврдио да оспорени акт није одговарајући⁵⁴.

Најутицајнији европски уставни суд, Савезни уставни суд СР Немачке, у својој вишедеценијској пракси стоји на становишту да је овлашћен да врши материјалну контролу уставности уставних

⁵¹ Pl ÚS 27/09 - До таквог става Суд је дошао у одлуци којом је укинуо Уставни закон о скраћивању мандата петог сазива Представничког дома из 2009. Одлука је изазвала опречне ставове. Са једне стране, истичане су оштре оцене да је одлука *ultra vires* и псеудо-правни акт који је у директној супротности са дужношћу Уставног суда да буде везан уставним законима, да су судије покушале да буду бесмртне и да би, ако Уставни суд може да огласи уставни закон неуставним, свако могао да одреди да пресуда Суда није пресуда и да одбије да је поштује што би представљало озбиљно нарушавање правне сигурности – Z. Koudelka, „Abolition of Constitutional Statute by the Constitutional Court of the Czech Republic“, *Journal on Legal and Economic Issues of Central Europe* 2/2010, http://is.muni.cz/repo/930534/Abolition_of_constitutional_statue.doc, 29.08.2014. Са друге стране, су гледишта према којима је Суд начелно у праву у аргументацији којом је засновао своју надлежност, будући да у Уставу постоји одредба о непроменљивости, али и да је таква пресуда која је налик „оружју судњег дана“ изискивала јаснији случај за своје доношење, будући да је дискутабилно да ли уставни закон којим се распушта један дом Парламента у циљу изазивања ванредних демократских избора представља напуштање владавине права које заслужује поништење. - Y. Roznai, „Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on The Czech Constitutional Court’s Declaration of Unconstitutional Constitutional Act“, *ICJ Journal (Vienna Journal on International Constitutional Law)*, 1/2014, 35,51

⁵² Тест пропорционалности, применљив и у праву људских права, подразумева сагледавање да ли је одређене мера одговарајућа (да ли повреда права има одговарајући циљ), да ли је нужна (да ли се њом постиже одговарајућа сврха) и да ли су ефекти мере претерани у односу на жељени циљ (пропорционалност у ужем смислу).

⁵³ M. Tomoszek, „Proportionality in Judicial Review of Constitutional Amendments“, *VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law 2010*, <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/175.pdf>, 30.08.2014. и Pl ÚS 27/09

⁵⁴ *Ibid*

промена⁵⁵. Становишта Суда о основу те контроле временом су, међутим, делимично еволуирала. У првом случају којим је објаснио доктринарни концепт „неуставних уставних норми“ (али га није применио будући да је предмет спора било друго питање), случају *Südweststaat-Streit*, Суд је истакао да се ниједна одредба Устава не може извући из контекста, изоловано разматрати и самостално тумачити. Устав, према схватању Суда, има унутрашње јединство и значење сваког његовог дела везано је за остале одредбе. У том смислу, ако се посматра као структурално јединство, Устав одражава свеобухватна начела и темељне принципе којима су подређене све остале појединачне одредбе, што је јасно на основу чл.79.ст.3.Основног закона. Суд је закључио да се на основу такве интерпретације свака уставна одредба мора тумачити на начин који је у складу са основним начелима и са основним одлукама уставотворца⁵⁶. Другим речима, Суд је сматрао да се одређена уставна начела која произилазе из Основног закона налазе изнад свих осталих уставних норми. Штавише, будући да је изричито навео да стоји на истом становишту као и Уставни суд Баварске који је у једној ранијој одлуци истакао да „ништавост одредбе устава не треба негирати само због тога што је она део устава“ и „да постоје уставна начела која су толико темељна и која су манифестација надуставног права до те мере да обавезују уставотворца“, Суд је начелно прихватио могућност и да супра-уставно право буде основ контроле уставних норми. Такво екстензивно схватање основа контроле уставности уставних норми Суд је поновио и у спору од кога је коначно прихватио доктрину „неуставних уставних норми“, познатијем као „Члан 117“. Том приликом, Суд је изричито истакао да би „у случају да је одредба Основног закона прекорачила спољне границе надправног принципа правде („*die äußersten Grenzen der Gerechtigkeit*“) дужност Суда била да је поништи“⁵⁷. У коментарима се истиче да је Суд сугерисао да постоји опсег „супер позитивних“ норми које се различито означавају као „природно право“ или „правда“⁵⁸.

У каснијој пракси Суд је међутим одбијао да се позива на супра-конституционалне принципе као основ контроле уставности уставних норми. Од случаја „*Klass*“ из 1970. Суд се упушта само

⁵⁵ У немачком правном поретку још и пре конституисања Савезног уставног суда, уставни судови појединих федералних јединица препознали су могућност „неуставности уставних одредби“ – в. G. Dietze, „Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany“, *Virginia Law Review* 42/1956.

⁵⁶ BVerfGE 1, 14

⁵⁷ BVerfGE 3,225,224

⁵⁸ R. O’Connell, „Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms“, *Journal of Civil Liberties* 4/1999, 48

у оцену компатибилности уставних промена са чл.79.ст.3.Основног закона. У том случају Суд је оцењивао уставност промене чл.10.ст.2.Основног закона којом је омогућена измена у систему прислушкивања чија се суштина састојала у замени судске контроле мера прислушкивања, управном контролом коју би обављало тело чије би чланове именовано парламент. Једино мерило контроле била је одредба чл.79.ст.3.Устава, а Суд је, уз издвојена мишљења троје судија, посебним тумачењем (видети даљи текст) прихватио важност амандмана⁵⁹.

У већем броју одлука Савезни уставни суд СР Немачке одредио је поједине материјалне и формалне елементе „клаузуле непроменљивости“ чл.79.ст.3. Основног закона. Најпре је у поменутом случају „Klass“ Суд стао на становиште да та одредба Устава, будући да је изузетак од општег правила, мора бити уско тумачена⁶⁰. У случају „Земљишна реформа I“ из 1996. Суд је, оцењујући уставност измене којом је у Устав унесено решење из Уговора о једињењу према коме имовина која је експроприсана током совјетске окупације источне Немачке неће бити враћена власницима, (већ ће они имати само право на накнаду штете), био гледишта да се питање уставности таквог решења не може поставити, будући да у време када је експорпријација извршена одредба чл.79.ст.3.није била на снази, као и да не штити права немачких држављана од аката страних држава⁶¹. Када су се, као подносиоци уставне жалбе, бивши власници и њихови потомци, у новом поступку познатијем као случај „Земљишна реформа II“, позвали на повреду начела једнакости, Суд је истакао да „принцип једнакости који је заштићен чл.3.Основног закона не спада у непроменљиве принципе набројане у чл.79.ст.3.Основног закона“⁶².

За разумевање схватања материјалних и формалних елемената чл.79.ст.3.Основног закона од посебне важности је одлука Суда у случају „Лисабон“. Случај је важан јер је Суд изложио схватање о обиму и основу контроле аката Уније коју може да врши, а тиме и о значају и смислу одредбе чл.79.ст.3. Устава у контексту европских интеграција. Суд је у том предмету утврдио да по уставној жалби чији би предмет били *ultra vires* европски акти не може да штити надлежности непреносиве на ЕУ, будући да у таквом поступку може да испитује само да ли су европски акти донесени у оквиру суверених

⁵⁹ BVerfGE 30,1

⁶⁰ BVerfGE 30,1 (99)

⁶¹ BVerfGE 84, 90

⁶² BVerfGE 94, 12

права која су пренесена на ЕУ. Да би обезбедио могућност заштите *неповредивог садржаја језгра уставног идентитета Основног закона* Суд је истакао да је надлежан да одлучује о уставним жалбама чији би предмет били европски акти којима се тај идентитет нарушава, односно о жалбама којима се штити „конститутивна власт Немаца коју им је дао Основни закон“, као и начела садржана у члановима 1. и 20. Устава. У том смислу, заштита идентитета омогућава да Суд испитује да ли су поступањем европских органа повређена начела из чл.1. и чл.20. Основног закона која су одредбом о непроменљивости (чл.79.ст.3.) проглашена неповредивим⁶³. Дакле, национални уставни идентитет (*nationalen Verfassungsidehtität*) кодификован је у члану 79.ст.3.устава. Према схватању Суда, смисао одредбе о непроменљивости је да спречава ревизиону власт да располаже идентитетом слободног уставног поретка па, стога, Основни закон не само да подразумева суверену државност Немачке, већ је и гарантује⁶⁴. „Из перспективе принципа демократије“, истиче Суд, „повреда уставног идентитета кодификованог у чл.79.ст.3.Устава у исто време је и задирање у конститутивну власт народа“⁶⁵. Суд је међутим, отвореним оставио питање да ли се „с обзиром на универзалну природу достојанства, слободе и једнакости ова обавеза (непроменљивости – прим.В.Ђ.) односи и на уставотворну власт (мисли се на власт доношења потпуно новог устава, власт потпуне промене – прим.В.Ђ.), односно када би немачки народ у слободном самоопредељењу, али у континуитету легалности и важења Основног закона, себи дао нови Устав“⁶⁶.

Неопходност уског тумачења одредбе Устава о непроменљивости изричито истакнута у случају „*Klass*“, налагала је Уставном суду Немачке да уско тумачи и појам „задира“ (утиче, погађа) којим се у одредби о непроменљивости Устава описује карактер недозвољене промене, а што је утицало и на судско поимање стандарда који се примењује у контроли уставности уставних промена. Према схватању Суда које је изложено у истом случају, „сврха одредбе о непроменљивости... је да спречи укидање суштине или основе

⁶³ 2ВvЕ2/08(240) - Према схватању Суда, базичне политичке и уставне структуре суверених држава чланица ЕУ које су признате чл.4.ст.2.Лисабонског уговора не могу да буду очуване на другачији начин, па, у том смислу, гаранције националног уставног идентитета по уставном праву и по праву ЕУ „иду руку под руку“ у европском правном подручју – одлука је у енглеском преводу доступна на интернету - http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html, 27.08.2014.

⁶⁴ Ibid. (216)

⁶⁵ Ibid. (218)

⁶⁶ Ibid. (217)

важећег уставног поретка формалном техником измена (делимичне измене, амандмана – прим.В.Ђ.) и да спречи злоупотребу Устава у циљу успостављања тоталитарног режима. Стога, та одредба забрањује суштинско напуштање принципа који су у њој садржани. Принципи у самом почетку нису нарушени као „принципи“ ако су они начелно узети у обзир и ако су модификовани само из разлога који су очигледно релевантни за посебан случај и у складу са посебним карактером тог случаја... Ограничење допуне Устава не сме да одврати законодавца од модификовања путем уставних амандмана чак и основних уставних принципа на системско-иманентан начин⁶⁷. У појединим теоријским коментарима таквог приступа истиче се да је Суд прихватио „стандард фундаменталног напуштања“ (*Fundamental Abandonment Standard*) у оцени уставности уставних промена према коме би само изузетна нарушавања непроменљивих принципа, она која их мењају и суштински од њих одступају, дозвољавала судско поништење уставних амандмана. Сматра се да је то одговарајући стандард у оцени уставности уставних промена, будући да је основна сврха уставом предвиђене непроменљивости да се очува уставни поредак, односно да се уставним променама устав не уништи и замени новим па се, стога, непроменљивост примењује на оне ванредне и изузетне околности у којима се уставним променама задире у срце основних уставних принципа лишавајући их минималних услова егзистенције. Другим речима, да би дошло до судског поништавања уставних промена утицај конфликта између амандмана и непроменљивог основног принципа мора бити таквог интензитета и обима да мења саму суштину принципа који након промена више није исти. Будући да промене којима ће се ипак очувати уставни идентитет државе не оправдавају поништавање, суштинско питање овог стандарда постаје питање да ли ћемо, уколико се измена и допуна прихвати, и даље живети под истим Уставом⁶⁸?

⁶⁷ *BVerfGE 30,1 (99,100)* – Троје судија је у издвојеном мишљењу истакло другачије резонување према коме би било потпуно погрешно разумевање одредбе о непроменљивости, уколико би се сматрало да је њен основни циљ да се спречи злоупотреба формалног поступка допуне устава којом би се легитимисао тоталитарни режим . Текст и значење одредбе чл.79.ст.3. Устава не само да забрањују потпуно укидање свих или једног од заштићених принципа. Напротив, према схватању ових судија, реч „утиче“ која је садржана у тој одредби значи мање, тако да основни елементи треба да буду заштићени и од постепеног процеса распада - *BVerfGE 30,1 (139,145)*. Очигледно је да су судије које су издвојиле мишљење прихватиле став који је сличан резонувању Уставног суда Аустрије према коме и бројне легислативне мере са делимичним ефектом, постепено али кумулативно донесене на уставном нивоу, могу у збиру да резултирају потпуном ревизијом Устава.

⁶⁸ Y. Roznai, (2014), 206,207

7. Закључак

Уставносудска контрола уставности уставних промена више није само пука теоријска хипотеза, већ постојећа пракса. Многим уставима прописују се надлежности уставних судова да у поступку накнадне контроле одлучују о формалној уставности уставних промена, или да у поступку претходне контроле одлучују о њиховој материјалној уставности. Питање могућности накнадне контроле материјалне уставности уставних промена везује се за доктрину неуставних уставних одредби, односно за постојање и правну важност непроменљивих одредби устава. Упоредна искуства показују да су уставни судови, чак и при изостанку изричите надлежности, у многим случајева, стајали на становишту да могу да врше контролу уставности уставних промена, екстензивно тумачећи одредбе о надлежности. Такво екстензивно тумечење надлежности заснивано је на схватању устава као структуралног јединства и хијерархијског скупа начела и одредби, а у вези са уставним забранама којима се признаје правна обавезност, или, како то показује аустријски пример, у вези са постојањем различитих поступака промене устава из чега се изводе водећа начела устава. Штавише, контрола уставности уставних норми, иако се начелно пориче њена могућност, као у случају Словеније, може да буде неопходна за оцену уставности аката који су по својој формалној снази уставног карактера, али који садржински не регулишу уставну материју.

Својеврсно хоризонтално упоредноправно ширење уставносудске контроле уставности уставних промена истовремено је било праћено и њеним вертикалним садржинским слабљењем у појединим државама. Пример СР Немачке указује да је након почетног и полетног, али сасвим начелног, прихватања могућности да супраконституционална начела буду основ и мерило контроле уставности уставних промена, Уставни суд ретерирао и за основ контроле сматрао само уставом изричито предвиђену клаузулу непроменљивости, док је стандард контроле, односно виђење какве би повреде клаузуле непроменљивости дозвољавале судско поништење уставних амандмана, свео на само изузетна нарушавања непроменљивих принципа која их мењају и суштински од њих одступају. Отворено је питање да ли, ако се већ прихвата доктрина неуставних уставних норми, такав стандард може да обезбеди потребан ниво заштите устава од нарушавања, нарочито у случајевима бројних, мање важних, али постепено и кумулативно усвојених уставних промена које у збиру могу да резултирају нарушавањем

суштине устава (као што то уочава Уставни суд Аустрије), или је делотворнији стандард пропорционалности, будући да се контрола уставности уставних промена суштински смешта између принципа демократије и конституционализма; баш као што је отворено и питање да ли сагледавање неуставности уставних промена са становишта концепта уставног идентитета, иако се тај појам у постојећој уставној пракси сматра кодификацијом у уставу изричито наведених непроменљивих начела и користи само у уставној пракси споровима у контексту евроинтеграција, може да отвори врата да и нека друга, имплицитна начела и супраконституционална правила, буду основ и мерило контроле уставних промена. Одговори на та питања изискују продубљенија теоријска сагледавања и богатију уставној пракси.

Prof. Vladimir Đurić Ph.D

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

CONSTITUTIONAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

Summary

This paper deals with the constitutional review of constitutional amendments. The examination of comparative law regarding the constitutional review of amendments to the constitutions shows that such a review is no longer merely a theoretical hypothesis, but rather an existing practice in many constitutional systems. Some constitutions provide a posteriori formal constitutional review, while the others establish a priori substantive review. Moreover, comparative experiences show that the constitutional courts, in absence of constitutional provisions, interpreted their jurisdiction widely in order to allow such control. The horizontal spreading of constitutional review of constitutional amendments was followed in some states by its vertical substantive weakening, both in terms of ground, and in terms of the standard of such review.

Key words: constitutional review, constitutional amendments, constitutional courts.

ПРИМЕНА НОВЧАНЕ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ БАЛТИЧКИХ ДРЖАВА

Апстракт

У сузбијању и спречавању криминалитета уопште, а нарочито имовинског криминалитета који данас преовладава у структури савременог криминалитета, сва модерна кривична законодавства предвиђају систем различитих кривичних санкција. Међу њима се по својој природи, карактеру, дејству и значају издвајају имовинске кривичне санкције. С обзиром на специфичан карактер имовинских кривичних дела и личност њихових учинилаца предвиђена је специфична имовинска казна - новчана казна која поред репресивног има и изузетно превентивно дејство. Овај рад управо разматра појам, обележја, концепцију, карактеристике и начин изрицања и извршења новчане казне сходно решењима из кривичног законодавства балтичких држава : Естоније, Летоније и Литваније.

Кључне речи: кривично дело, закон, балтичке државе, кривична санкција, новчана казна, суд

1. Уводна разматрања

У структури криминалитета у свим савременим државама, па тако и у балтичким државама (чији је кривичноправни систем предмет нашег разматрања) преовладава имовински криминалитет, како по броју извршених кривичних дела, њихових учинилаца, проузрокованим последицама, обиму и интензитету испољене тежине и опасности, рецидиву и другим обележјима. У сузбијању криминалитета свих облика и видова испољавања, па и имовинског криминалитета примењују се различите мере, средства и поступци

¹ Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу, e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs

од стране надлежних државних органа на свим друштвеним нивоима. Све те различите мере се могу поделити на превентивне и репресивне (принудне). По свом значају, природи, садржини, карактеристикама и дејству међу овим мерама се издвајају кривичне санкције².

Оне су по свом карактеру истовремено и репресивне и принудне. Наиме, оне се састоје у одузимању или ограничавању одређених слобода и права учиниоцу кривичног дела. Примењују се против и мимо његове воље на основу одлуке суда у складу са условима, на начин и по поступку који је кривичним законом одређен. Сврха је кривичних санкција вишеструко одређена. У првом реду, оне имају за циљ заштиту друштва, односно његових друштвених вредности од свих облика криминалитета кроз остварење спречијалне и генералне превенције коју кривична законодавства одређују на различите начине.

Када говоримо о сузбијању и спречавању имовинског криминалитета (који у структури укупног криминалитета заузима високо место) морамо да укажемо на неке његове основне карактеристике од којих зависи и ефикасна и квалитетна борба против учинилаца ових дела. Као објект напада код имовинских кривичних дела јавља се имовина другог (физичког или правног) лица. Та имовина се може јавити у облику покретне и непокретне имовине, али и као имовинска права и имовински интереси. Радња извршења се најчешће код ових дела јавља као чињење (позитивна, активна делатност) у виду одузимања, присвајања, прибављања. Она се предузима у намери да се себи или другом прибави противправна имовинска корист или да се другоме нанесе каква штета³.

За поједина дела кривично законодавство одређује посебан психички елемент испољен у виду побуде користољубља. Користољубље представља⁴ побуду која се састоји у безобзирном, егоистичком стремљењу да се постигне имовинска корист по сваку цену. Она се тако јавља као посебно субјективно, психичко обележје у облику намере (у смислу свесне и вољне управљености радње на остварење циља чија представа делује као унутрашњи покретач сваке људске делатности). И коначно, као резултат предузете радње извршења код имовинских кривичних дела јавља се, с једне стране, проузроковање штете по имовину, имовинска права или интересе пасивног субјекта (физичког или правног лица), односно, с друге

² Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд 2002., 18-34.

³ О појму и карактеристикама имовинских кривичних дела видети више у : Д. Јовашевић, Кривично право, Посебни део, Београд 2014., 113-134.

⁴ Б. Златарић, М. Дамашка, Рјечник кривичног права и поступка, Загреб 1966., 138; Д. Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд 2011., 212.

стране, исто толики или већи износ прибављене противправне имовинске користи на страни извршиоца дела или неког другог лица⁵.

Прописивање, изрицање и извршење свих кривичних санкција има за приоритетни циљ заштиту друштвених добара и вредности од свих облика повређивања и угрожавања. У остварењу тог задатка надлежни органи кривичног правосуђа⁶ примењују одговарајуће врсте и мере кривичних санкција. У борби против имовинског криминалитета та се друштвена активност своди, у првом реду, на примену специфичних кривичноправних мера и средстава који треба да одговоре захтевима и потребама криминалне политике (или антикриминалне политике)⁷ савремене државе (друштва), односно да буду адекватан, ефикасан и законит одговор на све специфичности које ова врста криминалитета носи са собом.

2. Имовинске кривичне санкције у законодавству балтичких држава

У систему кривичноправних мера реаговања државе на облике и видове испољавања имовинског криминалитета по свом значају, садржини, карактеру, дејству и природи нарочито се издвајају имовинске кривичне санкције. У даљем тексту ћемо се бавити применом новчане казне као најзначајније кривичне санкције ове врсте (која спада у најстарије казне које уопште познаје кривично законодавство) и то у кривичном законодавству балтичких држава : Естоније, Летоније и Литваније. Ради се о државама које су скоро седам деценија биле у саставу СССР и где је примењивано социјалистичко кривично законодавство, да би почетком деведесетих година прошлога века стекле независност, а потом постале и чланице Европске уније имплементирајући европске стандарде у новодонето кривично законодавство. Тако данас кривично законодавство ових држава представља симбиозу, мешавину два кривичноправна система : а) ранијег совјетског (социјалистичког) и б) европског, демократског, модерног.

Кривични законик Естоније⁸ из 1992. године са изменама и допунама до 2001. године предвиђа следеће имовинске кривичне

⁵ Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд 2012., 118-122.

⁶ З. Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад 1991., 79-81; Д. Јовашевић, М. Костић, Политика сузбијања криминалитета, Ниш 2012., 89-95.

⁷ Б. Петровић, Д. Јовашевић, Извршно кривично (казнено) право, Сарајево 2006., 26.

⁸ В. В. Запелалов, Н. И. Манцев, Уголовниј кодекс Естонској републики, Новие принципи и институти Уголовного кодекса Естонској републики, Санкт Петербург 2001., 7-10.

санкције : 1) у глави трећој под називом : ”Казне” – а) новчану казну и б) специјалну конфискацију имовине (чл. 33-34.) и 2) у глави седмој под називом : ”Друге санкције” – а) одузимање предмета као меру безбедности и б) одузимање имовине стечене кривичним делом (укључујући и проширено одузимање имовине).

Кривични законик Летоније (Латвије)⁹ из 1998. године са изменама и допунама до 2001. године, у систему кривичних санкција познаје две имовинске казне у глави четвртој под називом : ”Казне”. То су : 1) новчана казна и 2) конфискација имовине¹⁰.

⁹ А.И. Lukashov, Е.А. Sarkisova, The Latvian Penal code, Saint Petersburg 2001, 15-19.

¹⁰ Конфискација имовине је имовинска казна која се састоји у потпуном или делимичном одузимању имовине осуђеног лица без накнаде у границама које су прописане законом (чл. 33-34. КЗ Естоније, чл. 42. КЗ Летоније, чл. 72. КЗ Литваније). Изрицањем ове казне заснива се стварноправни однос државе над имовином осуђеног лица. Њено изрицање је обавезно за кривична дела за која је изричито прописана у посебном делу Законика. Изриче се само као споредна казна уз казну затвора. Ниуком случају се не може изрећи уз новчану казну. Теорија кривичног права познаје две врсте конфискације : 1) општу (потпуну) којом се одузима целокупна имовина осуђеног и 2) специјалну (делимичну) којом се одузима само део имовине. Као остале карактеристике казне конфискације имовине могу се навести : 1) односи се на имовину осуђеног лица коју оно поседује у време доношења правоснажне судске одлуке, 2) овом се казном не може обухватити будућа имовина осуђеног лица, 3) она не може да обухвати имовину чланова породице осуђеног лица, 4) њеном применом се осуђеном лицу никада ефективно не одузима целокупна имовина већ му се оставља један њен део у висини нужних трошкова који су потребни за издржавање осуђеног лица и чланова његове породице, 5) конфискована покретна и непокретна имовина прелази у државну својину, 6) конфискацијом имовине не дира се у право трећих лица (законско или укњижено право уживања, залоге, хипотеке или право становања) на одузетој имовини, 7) конфискована имовина се може користити и за накнаду штете која је причињена извршеним кривичним делом, 8) примена ове казне није везана за имовинску корист која је прибављена кривичним делом, 9) конфискована имовина може да се врати осуђеном лицу ако се одлука о конфискацији имовине укине накнадном поступку по ванредним правним лековима или актом амнестије или помиловања. Ако то није могуће, тада се утврђује стварна вредност одузете имовине у новцу и тако се врши повраћај њене вредности, 10) у случају покретања поступка за кривично дело за које је по закону могуће изрећи казну конфискације имовине, суд је овлашћен да предузме одговарајуће мере обезбеђења те имовине ако то је оправдано и целисходно на основу околности конкретног случаја како би се спречило да оптужени до окончања поступка располаже овом имовином у целини или делимично и покуша да избегне примену ове казне.

Иначе конфискацију имовину познају и друга савремена кривична законодавства¹¹, као и одређени међународни документи¹².

И на крају, Кривични законик Литваније¹³ из 2003. године у глави седмој под називом : “Казне” такође познаје две врсте имовинских казни. То су : 1) новчана казна и 2) одузимање (конфискација) имовине без накнаде (члан 72. КЗ Литваније).

3. Појам и системи новчане казне

Новчана казна представља имовинску казну која се историјски посматрано појавила веома рано и то у вези са системом композиције према коме је извршилац забрањеног, противправног дела плаћао одређену суму новца оштећеном или његовој породици као “накнаду за учињено дело” чиме се практично избегавала примена крвне освете. Данас новчана казна представља самосталну кривичну санкцију имовинског карактера која се састоји у обавези плаћања осуђеног лица одређеног новчаног износа у корист државе. Она данас у великом броју савремених кривичних законодавстава представља најчешће изрицану кривичну санкцију¹⁴.

Ова је казна посебно погодна за лакша кривична дела (багателни криминалитет), али се њена примена чак практикује и на подручју средње тешког криминалитета¹⁵. Изриче се најчешће нехатним, примарним и ситуационим делинквентима, па је у неким државама њена примена толико раширена да је на подручју

¹¹ Ову имовинску казну иначе познају и други савремени кривични закони и то : чл. 44. Кривичног законика Руске федерације, чл. 29. Кривичног закона Албаније, чл. 23. Кривичног законика Републике Украјине, чл. 37. Кривичног законика Републике Бугарске, чл. 59. Кривичног законика НР Кине.

¹² И низ међународно правних аката донетих у последње време као једну од мера које препоручују националним кривичним законодавствима у борби на сузбијању и спречавању најопаснијих кривичних дела предвиђају казну конфискације имовине : 1) Конвенција УН против транснационалног организованог криминала у чл. 12. , 2) Кривичноправна конвенција о корупцији у чл. 19. , 3) Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом у чл. 2. и 4) Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма у чл. 8. Такође и Римски статут сталног Међународног кривичног суда у чл. 77. као споредну казну учиниоцима међународних кривичних дела предвиђа конфискацију прихода, власништва и добара који су добијени директно или индиректно извршеним злочином имајући при томе у виду права добронамерне треће стране.

¹³ О.В.Богдашич, Уголовниј кодекс Литовској републики, Перевод и коментарији общег части, Санкт Петербург 2003, 1-2.

¹⁴ Ђ. Ђорђевић, „Одмеравање новчане казне“, Југословенска ревија за криминологију и кривично право 3/1998, 102.

¹⁵ З. Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд 2000., 265.

лакшег и средњег криминалитета у потпуности истиснула кратку казну лишења слободе¹⁶. Осим у кривичном законодавству, новчана казна представља и изузетно значајну санкцију која се изриче и учиниоцима других врста јавноправних деликата и то без обзира да ли се као њихов учинилац јавља физичко лице, правно лице или одговорно лице у правном лицу.

Новчана казна¹⁷ је имовинска казна којом се за учиниоца кривичног дела утврђује обавеза да у одређеном року уплати пресудом одређени новчани износ у корист државе под претњом да у случају неиспуњења те обавезе ова казна може бити замењена казном затвора¹⁸. Изрицањем новчане казне између учиниоца кривичног дела и државе ствара се облигационоправни однос у коме се држава појављује као поверилац, а учинилац дела као дужник. Новчана казна се може изрећи као главна и као споредна казна. Као главна казна она се може изрећи када је у кривичном закону одређена алтернативно са казном затвора. За кривична дела која су учињена из користољубља, новчана казна као споредна казна се може изрећи и када није прописана законом или када је законом прописано да ће се учинилац казнити затвором или новчаном казном, а суд као главну казну изрекне казну затвора.

Приликом одмеравања новчане казне¹⁹ суд је дужан да узме у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности које су везане за кривично дело и личност учиниоца кривичног дела, али и околности везане за његово имовинско стање. Наиме, суд треба да процени укупну имовинску снагу учиниоца кривичног дела - његову имовину, имовинске приходе, али и имовинске расходе (обавезе)²⁰.

У погледу начина прописивања и одмеравања новчане казне, у савременом кривичном законодавству разликује се више система: 1) систем фиксних износа, 2) систем дани-новчана казна или систем дневних глоба, 3) систем просечних личних доходака, 4) систем пропорционалног одмеравања новчане казне и 5) мешовити систем.

У највећем броју кривичноправних система данас је прихваћен систем фиксних (одређених) износа (енг. *penal sum in the determined*

¹⁶ W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Auflage, München 1990., 298.

¹⁷ D.D. Spinelis, *Esseys on criminal sciences*, Athens – Komotini 2001., 13-15.

¹⁸ Д. Врекић, „Новчана казна као алтернатива лишењу слободе кратког трајања“, Гласник АК Војводине 12/1995, 503-514 ; Д. Јовашевић, „Новчана казна у југословенском кривичном праву“, Правни зборник 1-2/2001, 230-243.

¹⁹ Д. Врекић, „Системи утврђивања новчане казне и одмеравања новчане казне у југословенском кривичном праву“, Право, теорија и пракса 3/1999, 46-51.

²⁰ Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Београд 2002., 362.

amount или итал. *pena pecuniaria fissa*). То је класичан начин прописивања и одмеравања новчане казне прихваћен у највећем броју кривичних законодавстава данас, који је одавно познат и примењиван (нпр. још у старом римском праву или Хамурабијевом законнику). Према овом систему новчана казна се прописује у тачно одређеном фиксном износу или се фиксно одређују општи минимум и општи максимум новчане казне, и то у одредбама општег дела кривичног законика. Поред оваквог прописивања новчане казне, она се и изриче у тачно одређеном новчаном износу који је осуђено лице дужно да плати у пресудом одређеном року. Свакако да је при одмеравању новчане казне на овај начин од великог значаја и имовинско стање учиниоца кривичног дела. Овај систем познају законодавства Италије, Грчке, Шпаније, Босне и Херцеговине, Холандије, Белгије, Црне Горе, Србије, Словачке, Бугарске, Украјине и др.

Предност овог система се огледа у његовој једноставности, прецизности и правичности јер су новчани износи казне коју учинилац кривичног дела треба да плати одређени у фиксном износу па није потребно њихово касније поновно обрачунавање, одређивање и нивелисање углавном везано за одређене вредносне (инфлаторне) елементе. Овај је систем веома погодан за примену у судској пракси и у потпуности одговара начелу законитости кривичног дела и казне. Но, поред низа предности због којих је овај систем и најраспрострањенији евидентно је да он има и недостатке који се посебно огледају у начину обрачунавања новчане казне у условима повећане или изразито велике инфлације када изречени фиксни износи новчане казне постају реално нижи, па чак и симболични.

Други метод јесте метод “дани - новчана казна” или “дневна новчана казна” (нем. *Tagesbusse* или енг. *Day-fine* или *penal sum in daily amounts*). Он се први пут појавио у предлогу Пројекта реформе шведског Кривичног законика из 1916. године, а реализован је тек у Кривичном законнику Финске 1921. године. Данас га познају кривични законици Немачке, Аустрије, Мађарске, Хрватске, Македоније, Словеније, Финске, Француске, Швајцарске, Португала и др. Изрицање новчане казне по овом методу обухвата две фазе²¹. У првој фази учиниоцу кривичног дела се утврђује одређен број дана - новчане казне. При томе су од значаја природа и тежина извршеног кривичног дела и степен кривичне одговорности (кривице) његовог учиниоца. У другој фази утврђује се вредност, износ једног дана у новцу. Ту је одлучујуће

²¹ М. Пањевић, „Новчана казна у кривичном законнику Републике Србије“, Бранич 3-4/2005, 52-59.

имовно стање учиниоца. Тако се може догодити да суд учиниоцима истог кривичног дела одмери исти број дана - новчане казне, али да новчани износи за један дан буду различито одређени, валоризовани.

Варијанту овог метода представља систем дневних глоба који познају следећа законодавства : Казенски законик Словеније²² у чл.38. (од пет до 360 дневних прихода осим у случају извршења кривичног дела из користољубља када се ова казна може изрећи до износа од 1.500 дневних прихода²³) или Кривични законик Немачке у чл.40. (од пет до 360 дневних глоба, а висину глобе утврђује суд према личним и материјалним приликама учиниоца).

Поред наведена два основна система (метода) одређивања новчане казне, нека савремена кривична законодавства познају још и следеће системе (методе):

1) систем просечних личних доходака (нпр. Руска федерација) према коме се новчана казна прописује и изриче у зависности од просечног дохотка било у држави, федералној јединици или административној територијалној јединици, односно у зависности од просечног личног дохотка учиниоца кривичног дела,

2) систем пропорционалног одмеравања новчане казне (Италија, Шпанија, Финска, Шведска) где се новчана казна изриче у одређеној пропорцији (сразмери) према вредности учињеног кривичног дела (нпр. висина прибављене имовинске користи или висине причињене штете или вредности одузете, уништене или оштећене ствари) и

3) мешовити систем одмеравања новчане казне (са примесама два или више наведених система).

²² А. Шелих, „Алтернативне санкције и мере у кривичноправном систему Словеније“, Темида 1/2006, 37-42.

²³ Казенски законик Републике Словеније је предвидео посебан начин израчунавања дневних прихода новчане казне за који се у правној теорији истиче да је компликован и стога што се прибојавало негативног утицаја инфлације као и с обзиром на непотпуну евиденцију о приходима појединаца (Х. Фурлан, М. Бошњак, „Денарна казен“, Зборник радова, Увељавање нових институтом казенскога материјалнега ин процеснега права, Љубљана, 2000., 72-83; А. Шелих, „Денарна казен ин њена упораба“, Правна пракса 16/1996, 9.).

4. Новчана казна у праву балтичких држава

4.1. Република Естонија

Кривични законик Републике Естоније у трећој глави општег дела познаје две врсте имовинских казни. То су : а) новчана казна (чл. 28.) и б) специјална конфискација имовине (чл.33-34.). Новчана казна се може изрећи учиниоцима кривичних дела као главна казна, односно као споредна уз казну затвора када је то изричито прописано у посебном делу Кривичног законика код појединих кривичних дела.

Естонски законодавац познаје само једну врсту новчане казне која се може изрећи физичком лицу као учиниоцу кривичног дела²⁴. То је новчана казна у дневним износима. Она се може изрећи у распону од 30 до 500 дневних износа. Законом је одређено да се висина једног дневног износа новчане казне у новцу одређује у сразмери са просечним дневним приходом осуђеног лица, при чему тај износ не може да буде нижи од 50 кронса (новчана јединица у Естонији). Просечан дневни приход осуђеног лица се израчунава на основу прихода које је он остваривао у години пре отпочињања кривичног поступка, а ако су ти подаци непознати или их није могуће утврдити на други релевантан начин, као основа за ово израчунавање се узимају подаци за осуђено лице из претходне календарске године²⁵.

Закоником је даље предвиђена и могућност плаћања новчане казне у ратама (ставкама) ако суд на основу захтева осуђеног лица нађе да је то оправдано. При томе суд цени његову породичну ситуацију и професионалне обавезе. У том случају, суд је дужан да одреди висину месечне рате и рок њеног плаћања који не може да траје дуже од годину дана. Ова могућност изрицања новчане казне је искључена према осуђеним лицима који немају место пребивалишта на територији Републике Естоније.

Неплаћена новчана казна (у целости или делимично) се може заменити казном затвора и то тако што се неплаћена три дневна износа новчане казне замењују једним даном затвора (чл. 43, ст. 4. КЗ), с тим да тако изречена казна затвора (суплеторни затвор) не може да траје краће од десет дана.

²⁴ В.В.Запевалов, Н.И.Манцев, 55-56.

²⁵ Слично решење познаје и Кривични законик Руске федерације из 1996. године у чл.46. (И.Федосова, Т.Скуратова, Уголовниј кодекс Россијској федерации, Москва 2005.,39.).

Интересантно је решење естонског законодавца према коме се новчана казна може изрећи и малолетном учиниоцу кривичног дела (што је изузетак од правила да се према овој категорији учинилаца кривичних дела примењују посебне врсте кривичних санкција – васпитне мере, а не казне). Претпоставка за ову изузетну законску могућност јесте да малолетни учинилац кривичног дела има сопствене приходе. У том случају му се може изрећи новчана казна у дневним износима у распону од 30 до 250 дневних износа.

У случају да се као учинилац кривичног дела јави правно лице, и овде закон дозвољава могућност примене новчане казне. За правно лице је прописана могућност изрицања новчане казне у фиксном (одређеном) износу и то у распону од 50.000 до 250.000.000 кроноса, али не и новчане казне у дневним износима као што је случај са осуђеним физичким (пунолетним или малолетним) лицем.

4.2. Република Летонија

Кривични законик Републике Летоније у четвртој глави општег дела познаје две врсте имовинских казни. То су : а) новчана казна (чл. 41.) која може да се јави као главна и као споредна (допунска) казна и б) конфискација имовине (чл.42.) која се може изрећи само као споредна казна уз казну затвора, лишење слободе или принудни рад.

Новчану казну²⁶ из чл. 41. КЗ може изрећи суд, али и јавни тужилац (што у правној теорији са оправданим разлозима критикују будући да казне могу изрицати само судски органи после законито спроведеног кривичног поступка, а не и органи кривичног гоњења које представља јавни тужилац). Новчану казну као главну казну изричу и суд и јавни тужилац.

При изрицању новчане казне као главне казне суд примењује мешовити систем. Наиме, законодавац је поставио два правила за одмеравање новчане казне у сваком конкретном случају. Прво, се примењује систем дневних износа. Тако се ова казна може изрећи у распону од три до двеста минималних месечних плата у Републици Летонији. И друго, при изрицању новчане казне у сваком конкретном случају суд примењује њено пропорционално одмеравање. Наиме, висину новчане казне одређује судско веће у сразмери са : а) тежином извршеног кривичног дела (природа дела; врста, интензитет и обим проузроковане последице; значај објекта

²⁶ A.I.Lukashov, E.A.Sarkisova, 76-78.

напада; начин и средство извршења дела; степен кривице учиниоца и др.) и б) економском ситуацијом учиниоца кривичног дела (која зависи од висине прихода учиниоца и чланова његове породице, али и висине њихових расхода)²⁷.

Када новчану казну као главну казну изриче јавни тужилац, она не може да буде у већем износу од половине максималног износа новчане казне који је одређен у посебном делу Кривичног законика код појединих кривичних дела (нпр. за кривично дело крађе из члана 175. прописана је новчана казна у износу до 80 минималних месечних плата, што значи да за ово кривично дело јавни тужилац може изрећи новчану казну највише до износа од 40 минималних месечних плата).

Уколико се ради о изрицању новчане казне као споредне казне, законодавац је одредио да се она може изрећи у распону од три до сто минималних месечних плата у Републици Летонији.

Но, суд или јавни тужилац могу у оправданим случајевима да дозволе осуђеном лицу плаћање новчане казне у ратама, али најдуже до једне године. У том случају они одређују висину, рок и начин плаћања сваке поједине рате.

Ако осуђено лице у потпуности или делимично не плати изречену новчану казну, она се може заменити казном затвора (arrest) из чл. 39. КЗ (краткотрајно затварање осуђеног лица на време од три дана до шест месеци) и то само под условом да неплаћени износ новчане казне не прелази тридесет минималних месечних плата. У том случају се једна минимална месечна плата замењује са четири дана затвора (суплеторни затвор) који не може да траје дуже од три месеца.

Уколико је изречена новчана казна неплаћена у износу који је већи од тридесет минималних месечних плата, тада се она замењује казном лишења слободe из чл. 38. КЗ (лишење слободe у трајању од шест месеци до петнаест година), и то тако што се једна минимална месечна плата замењује са четири дана лишења слободe при чему ова казна не може такође да траје дуже од годину дана.

И законодавац у Републици Летонији предвиђа и могућност изрицања новчане казне према малолетном учиниоцу кривичног дела (чл. 65, ст. 4.) под условом да он поседује сопствене приходе.

²⁷ Слично решење познаје и савремено руско кривично законодавство. (А.И.Рарог, Г.А.Есаков, А.И.Чучаев, В.П.Степалин, Уголовное право России, Части обшља и особеннаја, Курс лекциј, 2. издание, Москва 2007., 143-146.)

Овом лицу се новчана казна може изрећи у распону од једне до педесет минималних месечних плата у Републици²⁸.

4.3. Република Литванија

Кривични законик Републике Литваније у глави седмој општег дела познаје две врсте имовинских казни. То су : а) два вида новчане казне и то : аа) новчана казна за физичка лица (чл. 47.) и аб) новчана казна за правна лица (чл. 43.) и б) конфискација (одузимање) имовине без накнаде (чл.72.).

И законодавац у Литванији познаје новчану казну у просечним личним дохоцима²⁹. То је варијанта система одмеравања новчане казне који је близак начину одмеравања казне у Републици Летонији (где се изриче новчана казна у минималним месечним платама запослених у Републици). То значи да се учиниоцу кривичног дела изриче новчана казна у распону од једног до максималног износа просечног личног дохотка у Републици Литванији према званичним статистичким подацима у протеклој календарској години. За разлику од тачно одређеног минимума ове врсте казне, Законик на различите начине одређује општи максимум ове врсте казне зависно од врсте, тежине и природе учињеног кривичног дела. Та подела кривичних дела је уређена чл. 11. – врсте кривичних дела³⁰.

Тако се за преступ може изрећи новчана казна у висини до педесет минималних износа просечних личних доходака. Преступ постоји (чл.11, ст.1.) када је учињено противправно дело за које је прописана казна краткотрајног лишења слободе.

За лакше кривично дело се новчана казна може изрећи у распону до стотину минималних износа просечних личних доходака. Ова врста кривичног дела у смислу чл. 11, ст.3. КЗ постоји када је за учињено кривично дело прописана казна лишења слободе у трајању до три године.

За мање тешко кривично дело (које постоји када је извршено кривично дело за које је у закону прописана казна затвора у трајању од три до пет година – чл.11, ст.4.) се новчана казна може изрећи до износа од две стотине минималних износа просечних личних доходака.

За тешко кривично дело се у Републици Литванији новчана казна може изрећи до износа од три стотине минималних износа просечних личних

²⁸ А.И.Lukashov, Е.А.Sarkisova, 106-107.

²⁹ О.В.Богдашич, 68.

³⁰ Оваква подела кривичних дела је преузета из руског кривичног законодавства (А.И.Парог, Уголовное право России, Обшјаја част, 2. издание, Москва 2008., 54-56).

доходака. Ова врста кривичног дела постоји када је за његовог учиниоца прописана казна затвора у трајању од шест до десет година (чл.11, ст.5.).

На крају је законодавац одредио да се у случају извршења нехатног кривичног дела било које врсте, природе и тежине, новчана казна може изрећи само до максималног износа до 75 минималних износа просечних личних доходака.

Правном лицу као учиниоцу кривичног дела се у смислу чл. 43. КЗ Литваније може такође изрећи новчана казна у износу до 10.000 минималних износа просечних личних доходака (што представља интересантно решење будући да највећи број савремених кривичних законодавстава за правна лица прописује новчану казну у фиксном-одређеном износу, а не у систему минималних износа просечних личних доходака).

У случају да осуђено физичко лице не плати изречену новчану казну у целости или делимично, будући да нема средстава (дакле из оправданих разлога, ако је незапослено, нема приходе или има недовољно прихода или нередовне приходе и сл.), тада се неплаћена новчана казна замењује казном рада у општем интересу (који у смислу чл. 46. може да траје од 10 до 40 часова за време од једног месеца до годину дана).

Но, ако осуђено лице избегава да плати изречену новчану казну, она се замењује казном краткотрајног затвора – *arest* (чл. 49.) који може да траје најдуже колико је прописано за одређену врсту учињеног кривичног дела (преступ, лакше кривично дело, мање тешко кривично дело, тешко кривично дело и нехатно кривично дело).

5. Завршна разматрања

У сузбијању различитих облика и видова криминалитета друштву стоји на располагању више средстава, мера и поступака. Једно од тих средстава представљају и кривичноправне мере. Њих у кривичном праву има више врста. Ту су кривичне санкције, али и друге кривичноправне мере *sui generis*. У спречавању и сузбијању имовинског криминалитета из широке лепезе различитих друштвених мера реаговања на криминалитет, по свом значају, природи, садржини, карактеру и дејству издваја се новчана казна као једина имовинска казна. То је карактеристика свих савремених кривичноправних система, па и кривичног законодавства балтичких држава : Естоније, Летоније и Литваније.

Сва анализирана кривична законодавства у систему имовинских казни предвиђају две врсте казни. То су : а) новчана казна и б) конфискација имовине која може бити општа, специјална или продужена.

Поред тога, сва законодавства познају само једну врсту новчане казне. То је новчана казна у дневним износима или новчана казна у минималним месечним платама или новчана казна у минималним износима просечних личних доходака у републици. Само изузетно се новчана казна у фиксном износу може изрећи правном лицу као учиниоцу кривичног дела (КЗ Естоније), док КЗ Литваније и за осуђено правно лице прописује новчану казну у минималним износима просечних личних доходака у Републици.

Осим Литваније, кривична законодавства Естоније и Летоније дозвољавају могућност примене новчане казне и према малолетном учиниоцу кривичног дела.

Специфично решење код изрицања новчане казне познаје Кривични законик Летоније који дозвољава могућност и јавном тужиоцу, поред суда да изриче ову врсту казне учиниоцу кривичног дела.

Неплаћена новчана казна се замењује казном затвора (суплеторни затвор) или радом у општем интересу, док сва законодавства дозвољавају могућност суда да у оправадним случајевима осуђеном лицу одреди плаћање изречене новчане казне у ратама.

Иако се овде првенствено ради о принудној, ретрибутивној мери која се примењује према учиниоцу кривичног дела, управо због извршеног дела и против његове воље, не може се спорити и њихов превентивни значај (и то како са аспекта специјалне или посебне превенције који је више истакнут, тако и са аспекта генералне или опште превенције). Пошто се овом казном од учиниоца кривичног дела одузимају имовинска права или имовинска корист, односно имовина (најчешће покретна због природе и карактера изречене казне), то се њоме друштво на најефикаснији и најрационалнији начин супротставља управо учиниоцима имовинских кривичних дела. Применом ове казне учиниоцу кривичног дела се настоје минимизирати побуде, жеље, намере да вршењем противправних дела може увећати своју имовину или бар спречити њено умањење.

Тако се може рећи да новчана казна управо делује дестимулативно на учиниоца кривичног дела, али и на широке масе грађана јасно манифестујући решеност и одлучност државе да нико не може да има

користи од вршења кривичних дела, односно од свог противправног понашања. Но, сигурно је, такође у криминалној политици често истицано схватање, да се спречавање и сузбијање криминалитета било ког облика и вида испољавања, па и имовинског не може ефикасно спровести само применом кривичних санкција. Наиме, у тој борби са учиниоцима кривичних дела, поред репресивних мера (без којих се ипак на садашњем нивоу друштвеног развоја не може), треба широко примењивати различите мере и средства опште и специјалне превенције на свим нивоима које би предузимали не само органи кривичног правосуђа и не само државни органи, већ и сви друштвени фактори, па и појединци у друштву.

Prof. Dragan Jovašević, Ph.D

Full Professor

Faculty of Law at the University of Niš

THE APPLIANCE OF FINE IN CRIMINAL LAW OF THE BALTIC STATES

Summary

In order to suppress and prevent crime in general, and particularly with the intention to combat property crime, which is predominant in contemporary crime structure, all modern criminal legislations have developed systems of various criminal sanctions. Among them, financial criminal sanctions can be singled out due to their specific nature, character, effect and significance. The particular character of property crimes and the character of their perpetrators required a specific financial sanction – a fine, the effect of which is not only repressive but exceptionally preventive as well. In this paper, the definition, features, concept, characteristics and system of imposing of fine according to solutions prescribed by the criminal codes of the Baltic republic's : Estonia, Latvia and Lithuania are discussed.

Key words : crime, code, Baltic states, criminal sanction, fine, court.

STRATEŠKO-PRAVNI OKVIRI EU O RAVNOPRAVNOSTI POLOVA – ZNAČAJ ZA SRBIJU

„*Felix, qui potuit rerum cognoscere causas*“²

Vergilije

Apstrakt

U radu se analiziraju pravni i strateški okviri Evropske unije (EU) u oblasti rodne ravnopravnosti i njihov značaj za Srbiju, posebno sa stanovišta ekonomskog osnaživanja žena, što čini kamen temeljac politike jednakih mogućnosti. Svrha analize relevantnog primarnog i sekundarnog zakonodavstva EU o rodnoj ravnopravnosti, zajedno sa strateškim aktima i drugim primerima tzv. soft law je u ukazivanju na neophodnost adekvatnog zakonodavstva. Realna situacija u zemljama članicama EU pokazuje, međutim, da Acquis communautaire u oblasti rodne ravnopravnosti jeste preko potrebno, ali ne i dovoljno za postizanje de facto rodne ravnopravnosti. Srbija, kao i druge zemlje u regionu, koje su u procesu tranzicije ka potpuno operativnoj tržišnoj ekonomiji, nalaze se vrlo delikatnoj situaciji u vezi rodne ravnopravnosti u ekonomskom domenu. Stoga, u zaključnim razmatranjima autorka ukazuje koji su to odlučujući faktori za sprovođenje rodne ravnopravnosti u praksi. Iako Srbija još nije pravno obavezna da primeni kompletan Acquis communautaire, usklađivanje nacionalnih propisa sa EU pravnim standardima i postizanje rodne ravnopravnosti u realnosti je veoma važno za proces pristupanja Srbije Evropskoj uniji, jer ta pitanja EU svrstava u pristupne kriterijume iz Kopenhagena o poštovanju ljudskih prava. Iskustvo tzv. novih članica pokazuje da su ekonomske promene

¹ Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd; Vanredni profesor, Fakultet za medije i komunikacije Beograd, članica Saveta Vlade R. Srbije za ravnopravnost polova, ekspert Saveta Evrope (CoE) Strasbourg, France, e-mail: gordana.gasmi@gmail.com

² Srećan je onaj koji je mogao da sazna uzroke stvari.

u odnosu na učešće žena na tržištu rada novijeg datuma, ali definitivno predstavljaju rezultat pristupanja EU, kao i posledicu primene savremenih pravnih okvira EU na ovom području. Sve to predstavlja pozitivne lekcije za Srbiju u procesu njenih Evro-integracija.

Ključne reči: EU, rodna ravnopravnost, zakonodavstvo, Srbija, zapošljavanje žena.

1. Uvod

Ravnopravnost među polovima predstavlja preduslov za sveobuhvatni, demokratski i održivi razvoj i otuda je akcenat na ekonomskom osnaživanju žena u cilju postizanja rodne ravnopravnosti. U tom okviru poseban zadatak čini podržavanje razvoja nacionalnih kapaciteta za jačanje ravnopravnosti polova i jednakih mogućnosti, kao i pomoć vladama u primeni relevantnih propisa u sklopu sopstvenih prioriteta javnih politika. U Evropskoj uniji (dalje: EU) funkcioniše Equinet – mreža nacionalnih organa zemalja članica za rodnu ravnopravnost³ sa osnovnim ciljem stvaranja platforme za nacionalna tela članica i njihovov delovanje na nivou EU. Svakako da naročitu ulogu u podsticanju nacionalnih aktivnosti zemalja članica u domenu ravnopravnosti polova čini zakonodavstvo EU (primarno i sekundarno), kao i strateški dokumenti i smernice nadležnih institucija EU na polju rodne ravnopravnosti.

Srbija nema pravne obaveze da primenjuje EU Direktive, samim tim što još uvek nije članica EU, ali je zemlja zvaničnog statusa kandidata za članstvo shodno EU kriterijumima. Srbija se nalazi u statusu pridruženog člana, na osnovu bilateralnog Sporazuma o stabilizaciji i asocijaciji sa EU (potpisanog 2008, stupio na snagu septembra 2013. posle okončanja procesa ratifikacije u svim zemljama članicama). Ovaj Sporazum o pridruživanju EU predviđa i generalnu obavezu usklađivanja nacionalnog zakonodavstva Srbije⁴ (odredbe čl. 72) sa EU standardima i principima.

U Srbiji Zakon o rodnoj ravnopravnosti (2009) predstavlja osnovni, odnosno sistemski pravni dokument za regulisanje i pospešivanje rodne ravnopravnosti u Srbiji. Zakon čini pravnu osnovu složenog procesa poboljšanja položaja žena u Srbiji u pravcu intenziviranja ravnopravnosti među polovima u sledecim oblastima:

³ Equinet – European network of equality bodies

⁴ U. Čemalović, „Proces usklađivanja domaćeg pravnog sistema sa pravom EU – stanje, problemi, moguća rešenja“, *Kultura Polisa*, posebno izdanje: Izazovi pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji, 2014, 41-42.

1. zapošljavanje, socijalna i zdravstvena zaštita;
2. porodični odnosi;
3. obrazovanje, kultura i sport;
4. politički i javni život;
5. sudska zaštita i
6. suzbijanje porodičnog nasilja.

Usvajanje Zakona je doprinelo približavanju evropskim principima u domenu ekonomskog i socijalnog uključivanja žena u procesu zapošljavanja, stvaranju jednakih mogućnosti u obrazovanju i kulturi, kao i u ostalim značajnim sferama koje ovaj Zakon reguliše (porodični odnosi, kao i učešće žena u politici i javnom životu).

2. Primarno zakonodavstvo EU i relevantni aspekti u praksi EU

Primarno zakonodavstvo, stvaraju države članice EU - osnivački ugovori koji ustanovljavaju Evropske zajednice – Rimski osnivački ugovori o EEZ i EURATOM, 1957. ali više puta menjani i dopunjavani: Jedinstveni evropski akt, 1987., Ugovor o Evropskoj uniji (EU) iz Matrihta, 1993., revidirani Ugovor o EU iz Amsterdama, 1999. Ugovor o EU iz Nice, 2000. koji je stupio na snagu februara 2003. godine i važeći Ugovor iz Lisabona (2009) sa Poveljom o osnovnim pravima čoveka⁵.

Ugovor o EU iz Lisabona (TEU) definiše ravnopravnost polova sa multidimenzionalnih aspekata. Pre svega, u čl. 2.: jednakost i poštovanje ljudskih prava su osnivački principi EU. Lisabonski Ugovor o EU takođe utvrđuje obaveznu primenu EU Povelje o osnovnim ljudskim pravima (čl. 6. TEU). Zatim u odredbama čl. 8. utvrđen je princip tzv. gender mainstreaming tj. rodno usmeravanje javnih politika u pravcu ravnopravnosti polova⁶.

Pored toga, u čl. 10. TEU ustanovljeno je načelo usmeravanje jednakosti u smislu sveobuhvatanog pristupa i u čl. 19. je definisan princip nediskriminacije. EU Povelja o osnovnim pravima takođe formuliše značajne principe nediskriminacije (čl. 21) i rodne ravnopravnosti (čl. 23).

⁵ Treaty on European Union (TEU) – Ugovor o EU iz Lisabona je stupio na snagu 1. decembra 2009, detaljnije kod G. Gasmı, *Pravo i osnovi prava EU*, Beograd, 2013, 349-350.

⁶ "Gender mainstreaming" je integracija rodne perspektive u svakoj fazi kreiranja javnih politika - formulisanje, implementacija politika, monitoring i evaluacija - sa ciljem da se promovise jednakost između žena i muškaraca. To znači procenu kako politika utiče na život i položaj žena i muškaraca i preuzimanje odgovornosti da se reformulišu javne politike, ako je potrebno. http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/tools/index_en.htm, 15.11.2014.

EU zakonodavstvo u zemljama članicama je neophodno, ali nije dovoljno za postizanje *de facto* ravnopravnosti polova, posebno u ekonomskoj sferi. Iako postoji opšte uverenje da je u tim zemljama ekonomska rodna diskriminacija svedena na najmanju meru, realnost ukazuje na aktuelne probleme. Primera radi, aktuelnim tempom promena u zemljama članicama EU, biće potrebno:

- skoro 30 godina da se dostigne cilj EU od 75% učešća žena u zapošljavanju⁷,
- preko 70 godina da bi jednaka plata bila realnost,
- više od 20 godina da se postigne paritet u nacionalnim parlamentima (barem 40 % manje zastupljenog pola),
- više od 20 godina da se postigne ravnoteža polova u upravnim odborima najvećih kompanija Evrope i
- skoro 40 godina da se osigura da se kućni poslovi obavljaju ravnopravno.

Drugim rečima, ako se nešto ne promeni u dinamici, mnogi od nas neće živeti dovoljno dugo da vide na delu faktičku jednakost između žena i muškaraca u EU. Iako žene prednjace u visokom obrazovanju, zenska stopa zaposlenosti iznosi 63%, a muškaraca je 75%. Uprkos visem obrazovanju, u EU žene su placene 16% manje po radnom satu od muškaraca. Razlika prema polu medju penzijama stoga iznosi 39%⁸. Vise od trecine samohranih majki u EU su siromasne. Žene imaju u proseku visoku stopu nesigurnih ugovora, prinudno skraćeno radno vreme, razlika u platama za isti rad iznosi 16% (prosek u EU), dok je čak 23 % u Nemačkoj. Stopa rizika od siromaštva je viša kod žena (17%) nego muškaraca (15 %) u članicama EU⁹.

Žene veoma teško napreduju u karijeri i redje zauzimaju visoke pozicije – one čine u proseku 17,8% od članova odbora direktora u najvećim kompanijama, 2,8% od direktora, 27% na ministarskim položajima i prosečno 27% od pripadnika nacionalnih parlamenata. Iako se povećao broj žena u akademskom svetu, jos uvek nisu dovoljno zastupljene na najvisim pozicijama - samo 20% i samo jedan od deset univerziteta u EU ima zene u svojstvu rektora.

EU je počela da dobija konture humanije nadnacionalne zajednice država, koje su pored ostvarenja jedinstvenog tržišta i monetarne unije,

⁷ Izvestaj Evropske Komisije, Brussels, 14.4.2014, SWD (2014) 142 final, 6.

⁸ Op.cit, 7.

⁹ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=89&newsId=660>, 15. 11. 2014.

usmerene i na zaštitu rodne ravnopravnosti i socijalnih prava. Ovaj proces je započeo momentom usvajanja Ugovora o EU iz Amsterdama¹⁰. Ugovor iz Amsterdama stvorio je u članu 141. stavu 3. Ugovora o EZ pravnu osnovu za evropsko zakonodavstvo u pitanjima zapošljavanja i zanimanja. Odredbe Čl. 141. garantuju evropsko osnovno pravo na jednaku platu i kao takve se neposredno primjenjuju u državama članicama. To znači da se na ove odredbe pojedinci mogu direktno pozvati pred nacionalnim sudovima i u tom smislu one imaju tzv. horizontalno direktno dejstvo. Činjenica da je to osnovno pravo i da je neposredno primenjivo u državama članicama čini ga fundamentalnom odredbom socijalne politike EU. Ono je omogućilo Zajednici da razvije dalekosežne pravne tekovine na području socijalne politike u smislu stvaranja zakonodavstva o jednakom postupanju u pitanjima ravnopravnosti polova. Horizontalno direktno dejstvo odredbi znači da se pojedinac može pozivati na odredbe komunitarnih normi primarnog EU zakonodavstva pred nacionalnim sudom u postupku protiv drugog pojedinca.

3. Direktive EU o ravnopravnosti polova

Počev od 1975. godine na nivou Zajednice puno je toga postignuto na planu izgradnje evropskog zakonodavstva putem sekundarnog zakonodavstva, a najviše donošenjem direktiva. Države članice su se obavezale uzajamno prilagoditi svoje zakonodavstvo u skladu sa zakonodavstvom EU u domenu ravnopravnosti polova. U praksi su se upravo direktive pokazale kao najoptimalnije i najfleksibilnije pravno sredstvo za uskladjivanje nacionalnih propisa država članica.

Pravna priroda direktiva EU – predstavljaju vrstu sekundarnog zakonodavstva EU, koje stvaraju isključivo institucije EU: prevashodno Savet ministara sa Evropskim parlamentom i Komisija, kao ovlašćeni predlagač sekundarnih komunitarnih pravnih akata¹¹. Navedene institucije donose sledeće sekundarne norme: direktive, uredbe (regulations) i odluke (decisions), na osnovu ovlašćenja koja su im poverena osnivačkim ugovorima od strane država članica EU¹². Iz tog razloga se ova kategorija propisa naziva sekundarnim, odnosno izvedenim ili derivativnim pravilima.

Pored navedenih sekundarnih akata sa prinudnom snagom (*ius cogens*), Savet ministara i Evropski parlament usvajaju i preporuke (recommendations), rezolucije i mišljenja (opinions), koji predstavljaju takodje akte dopunskog sekundarnog zakonodavstva, ali bez obavezne pravne snage i sudske zaštite,

¹⁰ Ugovor o EU iz Amsterdama (1997), koji je stupio na snagu 1. maja 1999. godine detaljnije reguliše pitanja ravnopravnosti polova na nivou EU.

¹¹ G. Ilić Gasmı, *Pravo i institucije Evropske unije*, Beograd 2008, 59.

¹² *Ibid.*

već imaju upućujući i savetodavni karakter. Njihov značaj sastoji se u političkoj težini i reprezentativnosti interesa koje zastupaju.

Sekundarno zakonodavstvo o ravnopravnosti polova sastoji se od direktiva o jednakom postupanju prema muškarcima i ženama, koje su menjane i dopunjavane u skladu sa društvenim razvojem na nivou EU. Direktive se odnose na pristup zapošljavanju, jednaku platu, zaštitu majčinstva, roditeljsko odsustvo očeva, socijalno osiguranje i profesionalno socijalno osiguranje, teret dokazivanja u slučajevima rodne diskriminacije i na samozapošljavanje.

Direktiva Saveta 75/117/EEC od 10. februara 1975. o približavanju zakona država članica koji se odnose na primenu principa jednakih zarada za muškarce i žene¹³ je prva Direktiva Zajednice (75/117/EEZ) o jednakom postupanju, a odnosi se na jednaku platu za rad jednake vrednosti i pojašnjava područje primene bivšeg člana 119. Ugovora o EEZ.

Direktiva Saveta 76/207/EEC od 9. februara 1976. o implementaciji principa jednakog tretmana za muškarce i žene u pogledu pristupa zapošljavanju, stručnoj obuci i unapredjenju uslova rada¹⁴ doneta je godinu dana kasnije u odnosu na prvu Direktivu, u 1976. godini. Dok Direktiva 75/117 nije išla dalje od onoga što je već garantovano bivšim članom 119. Ugovora o EEZ-u, Direktiva 76/207/EEZ otišla je dalje od bivšeg člana 119. Ugovora o EEZ. Te dve direktive i bivši član 119. EEZ-a čine prvu sekundarnu pravnu tekovinu na području jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u ekonomskoj sferi.

Osam direktiva i izmena i dopuna koje su sledile, bave se sigurnošću i zdravljem, promenom tereta dokazivanja, zakonskim i profesionalnim socijalnim osiguranjem, roditeljskim odsustvom i samozapošljavanjem te, konačno, pristupom robi i uslugama bez diskriminacije na temelju pola.

Direktiva Saveta 79/7/EEC od 19. decembra 1978. o progresivnoj implementaciji principa jednakog tretmana za muškarce i žene po pitanjima socijalnog osiguranja¹⁵ doneta je radi progresivne primene

¹³ Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, *OJL 045, 19/02/1975*.

¹⁴ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, *OJL 039, 14/02/1976*

¹⁵ Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, *OJL 6, 10/01/1979*

načela jednakog postupanja u socijalnom osiguranju i odnosi se na zakonski sastav socijalnog osiguranja (SL EZ L 6, 10.1.1979.).

Direktiva Saveta 86/613/EEC od 11. decembra 1986. godine o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena angažovanih u nekoj aktivnosti, uključujući poljoprivredu, u svojstvu samozaposlenog lica i o zaštiti samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva¹⁶ usvojena je sedam godina kasnije, u 1986. godini. Ova Direktiva uvela je načelo ravnopravnosti samozaposlenih muškaraca i žena koji obavljaju neku delatnost, uključujući samostalne poljoprivrednike. Cilj je bio da se unapredi status žena i omogući pristup naknadama za samozaposlene žene i one zaposlene u porodičnim preduzećima. U njenim ključnim odredbama korišćena je terminologija koja ju je suštinski učinila preporukom¹⁷. Otuda je u novijem periodu doneta Direktiva 2010/41/EU, Evropskog parlamenta i Saveta od 7. jula 2010 o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena koje se bave aktivnostima u svojstvu samozaposlenih¹⁸.

Direktivom Saveta 86/378/EEZ, uvedeno je načelo jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u oblasti profesionalnog socijalnog osiguranja¹⁹. Ta je direktiva izmenjena i dopunjena 1996. godine Direktivom 96/97/EZ²⁰ kao posledica sudske odluke Evropskog suda pravde u predmetu Barber²¹.

Direktiva Saveta 92/85/EEC od 19. oktobra 1992. o uvodjenju mera za podsticanje unapređenja sigurnosti i zdravlja na poslu zaposlenih trudnica i porodilja ili dojilja (deseta pojedinačna Direktiva u okviru značenja

¹⁶ Council Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood, *OJL 359, 19/12/1986*

¹⁷ Takvo tumačenje ove Direktive nalazi se kod: C.Hoskyns, *Integracija zakona koji se odnose na pol – žene i politika u Evropskoj uniji*, London, Poglavlje 8, 1996; Prechal, N.Burrows, *Pravo Evropske zajednice koje se odnosi na diskriminaciju po osnovu pola*, Aldershot, Dartmouth, 1990, 153.

¹⁸ *OJL 180*, 15.7.2010, 1.

¹⁹ Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, *OJL 225, 12/08/1986*

²⁰ Council Directive 96/97/EC of 20 December 1996 amending Directive 86/378/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, *OJL 046, 17/02/1997*

²¹ Evropski sud pravde: ECJ 17.5.1990. – C- 262/88 *Barber*; ECR 1990., I-1889 (1953.). U tom je predmetu Sud smatrao da sve naknade u okviru profesionalnog socijalnog osiguranja i u načelu svi doprinosi (osim dobrovoljnih doprinosa i doprinosa poslodavaca u finansiranje definisanih naknada i doprinosa), koji se uplaćuju u okviru profesionalnog socijalnog osiguranja moraju definisati kao plata u smislu bivšeg člana 119. Ugovora o EEZ.

člana 16. (stav 1) Direktive 89/391/EEC, SL EZ L 348, 28.11.1992.)²², doneta je u periodu ekonomskog uspona Zajednice, njenog prerastanja u Uniju i zaokruživanja jedinstvenog tržišta. Ova direktiva o zaštiti trudnih radnica donesena je 1992. godine kao zdravstvena i sigurnosna mera. Prevashodno je naglašavala one uslove rada i hemijske supstance koje bi mogle štetno uticati na radnicu koja je trudna ili doji, ali je uključivala i zakonsko pravo na porodiljsko odsustvo od najmanje 14 nedelja, slobodne dane za lekarske preglede novorođenčeta i zaštitu od otkaza.

Direktiva Saveta 96/34/EC od 3. juna 1996, o okvirnom sporazumu o roditeljskom odsustvu koji su zaključili UNICE (Unija evropskih konfederacija industrije i poslodavaca), CEEP (Evropski centar za preduzeća sa javnim učešćem) i ETUC (Evropska konfederacija sindikata)²³ - u 1996. zaključen je Okvirni Sporazum o roditeljskom odsustvu (Direktiva 96/34/EZ) između organizacija iz različitih industrija na evropskom nivou: UNICE, CEEP i ETUC. Tekst je uključivao neprenosivo odobrenje za svakog roditelja da odsustvuje u trajanju od barem 3 meseca i pravo ostanka kod kuće zbog „više sile“, posebno kada je dete bolesno, ali odluka o platama za vreme odsustva ostavljena je državama članicama. Direktiva odražava princip da bi jednako postupanje trebalo da znači i primenu ovih mera na muškarce i priznaje važnost očeva u brizi o detetu. Direktiva Saveta EU br. 2010/18/EU od 8. marta 2010.²⁴ sprovodi revidirani okvirni sporazum o roditeljskom odsustvu koji zaključuju BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC i ukida prethodnu Direktivu 96/34/EC.

U 1997. godini donesene su: Direktiva Saveta 97/81/EC od 15. decembra 1997. koja se odnosi na Okvirni sporazum o radu kroz deo radnog vremena, koji su potpisali UNICE (Unija evropskih konfederacija industrije i poslodavaca), CEEP (Evropski centar za preduzeća sa javnim učešćem) i ETUC (Evropska konfederacija sindikata)²⁵ i Direktiva Saveta 97/80/EZ o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola²⁶. Slično kao i Direktiva 86/378/EEZ o profesionalnim osiguranjima, ova direktiva nije donela bitno nove odredbe, ali je propisala sudsku praksu Evropskog suda pravde kao formalni pravni akt. Novost je da u

²² Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding, *OJL 348, 28/11/1992*

²³ Council Directive 96/34/EC of 3 June 1996 on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, *OJL 145, 19/06/1996*

²⁴ *OJL 68, 18.3.2010, 13.*

²⁵ Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC

²⁶ Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, *OJL 14, 20/01/1998*

čl. 4. ova Direktiva jasno ističe da u slučajevima direktne i indirektne diskriminacije tužilac samo iznosi tvrdnju, pred sudom ili drugim nadležnim telom, činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je došlo do direktne ili indirektne diskriminacije, a tuženi zatim mora dokazati da nije došlo do povrede načela jednakog postupanja.

Direktiva 2002/73/EC Evropskog Parlamenta i Saveta od 23. septembra 2002. kojom se menja i dopunjava Direktiva Saveta 76/207/EEC o implementaciji principa jednakog tretmana za muškarce i žene što se tiče pristupa zaposlenju, stručnoj obuci i unapređenju, i uslova rada predstavlja propise od značaja za EEA – Evropski ekonomski prostor²⁷. Direktiva 76/207/EZ o jednakom postupanju pri zapošljavanju bitno je izmenjena i dopunjena ovom novom Direktivom 2002/73/EZ o primeni načela ravnopravnosti muškaraca i žena u odnosu na pristup zapošljavanju, stručnom obrazovanju i napredovanju, te uslovima rada. Novi elementi Direktive iz 2002. godine su šira definicija indirektne diskriminacije od one u Direktivi 97/80, ali u skladu s dvema direktivama koje su bazirane na članu 13. Ugovora o EZ, tj. Direktive 2000/43 (Direktiva o ravnopravnosti bez obzira na rasu) i Direktive 2000/78 (Direktiva o okviru za zapošljavanje). Pored toga, definisani su i sledeći fenomeni: uznemiravanje po osnovu pola i seksualno uznemiravanje. Na taj način, područje primene načela nediskriminacije značajno je prošireno uključivanjem uznemiravanja po osnovu pola i seksualnog uznemiravanja, kao i definicijom diskriminacije.

Diskriminacijom se smatra i nepovoljno postupanje prema ženi zbog trudnoće ili roditeljskog odsustva. Zaštita od viktimizacije (čl. 7), pravo udruženja, organizacija ili drugih pravnih lica da se uključe u ime ili uz podršku tužioca uz njihovo odobrenje u sudski ili upravni postupak, definisani su u članu 6. nove Direktive.

Tela za podsticanje, analizu, praćenje i podršku jednakom postupanju, tzv. „tela za ravnopravnost“ i njihovi zadaci definisani su u članu 8a. Odredbe čl. 8b. utvrđuju obavezu država članica da podstiču socijalni dijalog u cilju njegovanja jednakog postupanja. Odredbe koje se odnose na planove unapređenja rodne ravnopravnosti i podsticanje socijalnih partnera na jačanje ravnopravnosti muškaraca i žena samo su preporuke.

²⁷ Council Directive 2002/73/EC of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, *OJL* 269, 05/10/2002

Odredbe o pravnom leku u članu 6. stavu 1. i obaveza država članica da osiguraju efikasnu primenu odredaba o jednakom postupanju pomoću naknada štete (kao jednim mogućim oblikom sankcija), bez prethodno određene gornje granice (član 8. stav 2.) kao i obaveza država članica da utvrde režim sankcija (član 8d.), rezultat su prethodne sudske prakse Evropskog suda pravde²⁸.

Direktivu su morale države članice primeniti do oktobra 2005. najkasnije i ujedno obavestiti Komisiju o donetim nacionalnim propisima i sankcijama za primenu Direktive. Očekivanja su bila da ova Direktiva, njenim unošenjem u tekst Kodifikovane nove Direktive iz 2006. godine, doprinese većoj uključenosti socijalnih partnera u podsticanju ravnopravnosti polova na nivou preduzeća i industrije i s tim u vezi, da će dati novi impuls razvoju politike koja se ne bavi u prvom redu samo borbom protiv diskriminacije, već se više usredsređuje na primenu mera za aktivno unapređenje situacije u odnosu na zaposlenost žena. Neki vidovi unapređenja realne situacije su ostale sfere rodne ravnopravnosti i veća transparentnost rodno osetljivih informacija.

Obavezno osnivanje tzv. „tela za ravnopravnost“ u državama članicama, koja imaju zadatak sprovođenja nezavisnih istraživanja o diskriminaciji, ima za cilj objavljivanje nezavisnih analiza i davnje preporuka, kao i pružanje nezavisne pomoći žrtvama diskriminacije u ostvarivanju njihovih zahteva. To stvara uslove za efikasno uklanjanje postojećih razlika među polovima. Isto se odnosi i na organizacije ili druga pravna lica, koja se uključuju u ime ili radi pomoći tužiocima u sudskim ili upravnim postupcima protiv diskriminacije. Te odredbe pripremaju teren za proaktivnije i naprednije strategije parničenja ili arbitraže u svim državama članicama EU.

To je od posebne važnosti za one države članice koje su tek nedavno usvojile merodavnu pravnu tekovinu tj. *Acquis Communautaire* i u kojima nije postojala tradicija pokretanja parničnih postupaka zbog diskriminacije po osnovu pola. Nova direktiva ima značajan uticaj posebno i na razvoj administrativnih mera u državama članicama.

Na nivou EU funkcioniše mreža ovih nacionalnih tela - Equinet sa zadacima promovisanja rodne ravnopravnosti. Šira ovlašćenja Equinet obuhvataju kampanje podizanja javne svesti o značaju rodne ravnopravnosti i promovisanje modela dobre prakse, kao i saradnja sa ostalim institucijama

²⁸ ECJ predmet C- 180/95 Draehmpaehl, ECR 1997I-2195 i C-271/91, Marshall ECR 1993, I-4367. Druge odredbe ove Direktive, kao što je član 2. stav 6., jednostavno kodifikuju odluke Evropskog suda pravde u predmetima Brown, C-394/97, Gillespie, C-342/93, Johnston, C-222/84, Kreil, C-285/98, Sirdar, C-273/97.

EU.

Direktiva Saveta 2004/113/EC od 13. decembra 2004. koja implementira princip jednakog tretmana medju muškarcima i ženama u pogledu pristupa i obezbedjivanja roba i usluga (SL EU L 373, 21.12.2004)²⁹ reguliše primenu načela ravnopravnosti muškaraca i žena u mogućnosti dobijanja i nabavke roba, odnosno pružanja usluga. Direktiva zabranjuje direktnu i indirektnu diskriminaciju na osnovu pola, seksualno uznemiravanje i uznemiravanje na osnovu pola. Dopušteni su izuzeci za razlike u postupanju, ako su oni opravdani legitimnim ciljem i ako su sredstva za postizanje tog cilja odgovarajuća i nužna. Ovom direktivom je po prvi put proširena primena principa jednakog tretmana na oblast van tržišta rada i zapošljavanja.

Kodifikovana Direktiva: Direktiva 2006/54/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 2006. godine o sprovođenju načela jednakih mogućnosti i ravnopravnosti muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i izbora profesije³⁰, objedinjava sedam ranijih direktiva (u pitanjima zapošljavanja i stručnog obrazovanja, tereta dokazivanja, jednakih plata i penzija). To su sledeće direktive:

1. Direktiva 75/117/EEZ o jednakoj plati;
2. Direktiva 76/2007/EEZ o pristupu zapošljavanju, stručnom obrazovanju i napredovanju, kao i o uslovima rada;
3. Direktiva 2002/73/EZ kojom se menja i dopunjuje Direktiva 76/2007/EEZ,
4. Direktiva 86/378/EEZ o profesionalnom socijalnom osiguranju,
5. Direktiva 96/97/EZ koja je menja i dopunjuje,
6. Direktiva 97/80/EZ o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola
7. Direktiva 98/52/EC koja menja i dopunjava prethodnu Direktivu 97/80/EZ o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola.

Ova tzv. Izmenjena Direktiva 2006/54/EZ, iz 2006. godine, usvojena je kako bi se unapredila transparentnost i dostupnost evropskog sekundarnog zakonodavstva o ravnopravnosti polova, koje je sukcesivno usvajano, menjano i usavršavano. Stoga Kodifikovana Direktiva iz

²⁹ Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, *OJL 373, 21/12/2004*.

³⁰ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), *OJL 204 of 26.07.2006*.

2006. godine objedinjuje navedenih sedam direktiva u jedinstven pravni tekst u vidu konsolidovanog teksta prethodnih direktiva, podeljenog na odvojena poglavlja, u domenu zapošljavanja i stručnog obrazovanja, tereta dokazivanja, jednakih plata i penzija. Sve mere primene ove nove Direktive u državama članicama, morale su biti dovršene najkasnije do 15. avgusta 2008. godine. Počev od 15. avgusta 2009. godine navedene „preinačene“ direktive su ukinute i na snazi ostaje Nova Kodifikovana Direktiva iz 2006. godine.

EU je kao dopunu tzv. Gender direktivama, kojima se uređuje područje rodne ravnopravnosti, tretirano kao zasebno antidiskriminacijsko zakonodavstvo, 2000. godine donela dodatne antidiskriminacijske propise – tzv. Direktivu o rasnoj jednakosti (eng. *Racial Equality Directive*, Council Directive 2000/43). Ovom Direktivom se propisuju primena načela ravnopravnosti osoba nezavisno od etničkog porekla. EU je donela i Okvirnu direktivu o zapošljavanju (eng. *Framework Employment Directive*) (Council Directive 2000/78) koja uređuje jednak tretman na području zapošljavanja nezavisno od polne pripadnosti, veri ili uverenju, invaliditetu ili godina.

Uprkos tome, u zemljama EU najviše pozicije, još uvek uglavnom drže muskarci, bilo u biznisu, politici ili na drugim poljima. Direktivu sa ciljem postizanja 40% manje zastupljenog pola među direktorima u kompanijama do 2020. godine, predložila je Evropska komisija u 2012. i dobila je podršku Evropskog parlamenta, COM (2012) 614 final.

Acquis Communautaire tj. pravne tekovine EU na polju ravnopravnosti polova predstavljaju opsežan korpus normi primarnog i sekundarnog zakonodavstva EU. Sekundarno zakonodavstvo EU, koje je integralni deo *Acquis* je i sveobuhvatno i stalno se razvija, kako bi se moglo prilagoditi novim izazovima ekonomske prakse u državama članicama EU.

Međutim, važno je naglasiti da bi sve te pravne tekovine EU bile beskorisne bez preciznog prenošenja u nacionalne zakone država članica i bez efektivne primene direktiva u praksi. Razvoj sekundarne legislative kroz aktivnosti Komisije, Parlamenta i Saveta ministara, zatim prenošenje iste u nacionalno zakonodavstvo putem nacionalnih zakonodavnih tela članica EU čini pravnu osnovu politike ravnopravnosti polova u EU. Ključno pitanje predstavlja primena te politike u praksi, sa ciljem da ima učinak na svakodnevne živote svih ljudi.

4. Strateški okviri i ostali akti EU o ravnopravnosti polova

Ostali akti sekundarnog zakonodavstva EU na polju jednakog tretmana muškaraca i žena predstavljaju različite preporuke i rezolucije Saveta ministara i Komisije EU. Oni nemaju pravnu obaveznost u smislu sudske zaštite i kogentnosti primene (*ius non cogens*). U tom smislu predstavljaju tzv. „soft law”. Njihova primena zasniva se primarno na adekvatnosti regulisanja određenih interesa u pitanjima koja tretiraju

To su sledeći akti:

- 84/635/EEC: Preporuka Saveta od 13. decembra 1984. o promovisanju pozitivne akcije za žene
- 92/131/EEC: Preporuka Komisije od 27. novembra 1991. o zaštiti dostojanstva žena i muškaraca na poslu,
- Rezolucija Saveta od 12. jula 1982. godine o promovisanju jednakih mogućnosti za žene,
- Rezolucija Saveta od 27. marta 1995. godine o uravnoteženom učešću muškaraca i žena u odlučivanju³¹,
- Rezolucija Saveta od 4. decembra 1997. godine koja se odnosi na izvještaj o stanju zdravlja žena u Evropskoj zajednici,
- Rezolucija Saveta od 20. maja 1999. o ženama i nauci,
- Rezolucija Saveta ministara rada i socijalne politike, sastanak sa Svetom od 29. juna 2000. o uravnoteženom učešću žena i muškaraca u porodičnom i radnom životu,
- Rezolucija Evropskog parlamenta o ženama u odlučivanju - Zapisnik od 02/03/2000. – Privremeno izdanje, Žene u odlučivanju (B5-0180/2000).

Šest prioriteta predviđa EU Strategija o rodnoj ravnopravnosti za period 2010 – 2015. god. /COM (2010) 491 final³²:

1. Jednaka ekonomska nezavisnost

2. Jednaka zarada za jednak rad i rad jednake vrednosti

³¹ Službeni list EZ C 168 , 04/07/1995

³² http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/strategy_equality_women_men_en.pdf, 21. 11. 2014. EU Strategy for equality between women and men (2010-2015), COM (2010) 491 final, SEC(2010) 1079 and SEC(2010) 1080, Sept. 2010., *Actions to implement the Strategy for Equality between Women and Men 2010-2015*, Brussels, SEC(2010) 1079/2 , Mid-term review of the Strategy for equality between women and men (2010-2015), Brussels, 16.9.2013, SWD(2013) 339 final

3. Ravnopravnost u donošenju odluka
4. Dostojanstvo, integritet i okončanje rodno zasnovanog nasilja
5. Jednakost polova u spoljno- političkim aktivnostima EU
6. Horizontalna pitanja.

Postoji potreba smanjivanja jaza između proklamovanih principa i politika i njihove *de facto* primene. Ovaj jaz prisutan je i u članicama EU³³, ali i u zemljama regiona, od kojih se većina nalaze u procesu tranzicije. Evidentan je raskorak između važećih ustavnih i zakonskih obaveza u sferi rodne ravnopravnosti i jednakih mogućnosti, sa jedne strane i pristupa ženske populacije zapošljavanju, obrazovanju, zdravstvenim i ostalim uslugama, sa druge strane. Glavni uslov za pravedno društvo je jednako učešće žena i muškaraca u privrednom životu.

Ekonomska nezavisnost predstavlja *conditio sine qua non* za ravnopravnost polova i poštovanje prava žena. Stoga je ključan izazov uključiti što više žena na tržište rada, u čemu je EU poslednjih godina bila prilično uspešna, počev od usvajanja i primene Lisabonske Strategije za održivi rast i jačanje zaposlenosti, koju su usvojili šefovi država i vlada članica u Lisabonu 2000. Cilj je EU pretvoriti u dinamičniju i konkurentniju privredu, sposobnu za održivi rast sa više radnih mjesta i sa većom socijalnom kohezijom. Lisabonska Strategija podrazumeva potpuno učešće žena u ekonomskim tokovima, uz njihovo podsticanje da aktivnije budu zastupljene na tržištu rada, s kvantitativnim ciljem postizanja stope zaposlenosti žena od 60% na 75% na nivou EU. To je jedan od ključnih faktora u ostvarivanju Lisabonskih ciljeva privrednog rasta i pune zaposlenosti protiv izazova globalizacije i starenja stanovništva. Strukturni fondovi i Europski socijalni fond podržali su te napore.

EU program za zapošljavanje i socijalnu uključenost za period od 2007. do 2014. spaja aktivnosti finansiranja u zapošljavanju, socijalnoj zaštiti i uključivanju, uslove rada, borbu protiv diskriminacije i podsticanje ravnopravnosti polova. Taj program, koji se naziva PROGRESS, preuzima aktivnosti programa za ravnopravnosti polova, čineći ravnopravnost polova temom za EU aktivnosti u različitim granama programa. Ovaj program je, pod određenim uslovima, dostupan i zemljama kandidatima za članstvo u EU. Fokusirane akcije na nivou EU, u formi donosenja propisa, preporuka, ko-finansiranja, kao i kampanje podizanja svesti doprineli su da

³³ Detaljnije u preporukama Evropskog ženskog lobija iz 2007. godine, European Women's Lobby Statement to the Spring Council 2007: *50 years of European gender equality legislation: implement gender justice now!*, X:\POLICY\Social policy\Spring Council\Spring Council 2007\final documents & distribution\EWL Spring Council 2007_EN.doc, <http://www.womenlobby.org>, 15. 11. 2014.

se promoviše zatvaranje jaza rodne neravnopravnosti u zemljama EU.

Unapređenje aktivnog zapošljavanja žena je sastavni deo Strategije Evropske unije za ekonomski rast (Evropa 2020). Da bi se to postiglo, značajna sredstva se nude zemljama članicama EU. Za poslednjih 7 godina, procenjuje se da je 3,2 milijardi Evra iz Strukturnih fondova dodeljeno zemljama članicama da investiraju u brigu o deci i promovisanje učešća žena na tržištu rada.

Pored toga, aktivnosti nezavisnog tela EU, Evropskog instituta za rodnu ravnopravnost (EIGE) sa sedištem u Vilniusu, počev od 2010. označile su pozitivnu prekretnicu u EU politici jednakih mogućnosti među polovima³⁴.

Evropska komisija objavila je u martu 2014. preporuku za države članice da omoguće transparentnost plata u kompanijama³⁵. Države članice treba da omoguće zaposlenima da dobiju informacije o platama, uspostavljanje izveštavanje o platama od strane poslodavaca i predviđa se obaveza zemalja članica da obezbede rodno neutralni sistem sistematizacije radnih mesta. Sa ciljem da podrži inicijative za jednako plaćanje na radnom mestu, Komisija je počela "Ravnopravnost Pais Off" projekat u 2012. Ovaj projekat podržava kompanije u njihovim naporima da se uhvate u koštac sa jazom u platama među polovima kroz obezbeđivanje obuke za kompanije i organizovanjem razmene dobre prakse o akcijama kojima se podstiče rodna ravnopravnost³⁶. Ipak, primarna odgovornost za smanjivanje jaza među platama za muškarce i žene leži na poslodavcima i kompanijama u zemljama članicama EU.

Iskustvo zemalja Centralne i Istočne Evrope u procesu pristupanja EU, pokazalo je da su mnogi građani ovih država videli članstvo u EU kao mogućnost da se spreče negativni efekti tranzicije od centralno planirane privrede prema tržišnoj ekonomiji. To je posebno slučaj u pogledu rodnih pitanja, pošto je proces pristupa u EU podrazumevao upoznavanje i uvođenje novih zakona i politika, koje se usredsređuju i na rodna pitanja. Međutim, dostizanje određenog nivoa ekonomskog razvoja takođe je bio jedan od zahteva za postajanje članom EU.

Tok procesa priključenja ovih zemalja navodi na zaključak da je

³⁴ EIGE je na predlog EU Komisije lansirao Indeks rodne ravnopravnosti među članicama EU, bliže: <http://eige.europa.eu/content/news-article/first-gender-equality-index-reveals-the-eu-is-only-halfway-towards-gender-equality>, 16. 01. 2015.

³⁵ *Gender equality in the European Union*, European Commission, Luxembourg: Publications Office of the EU, 2011, 6.

³⁶ Prvi Evropski Dan za Jednaku platu dan održan je 5. marta 2011, drugi 2. marta 2012, a treći 28. februara 2013. - što ukazuje na značaj akcija za sužavanje jaza u platama po rodnoj osnovi na nivou EU

ekonomskim dimenzijama osposobljenosti nacionalnih privreda dat prioritet nad socijalnim pitanjima, gde su inače svrstana ekonomska i socijalna prava žena u kontekstu politike jednakih mogućnosti. Odatle slede konsekvantne lekcije i za zemlje regiona Zapadnog Balkana, a time i za Srbiju.

5. Osvrt na situaciju u Srbiji

U Srbiji, međutim, je potrebno, pored usvajanja Zakona o ravnopravnosti polova (2009), takođe integrisati rodna pitanja u sve nacionalne strategije (ekonomski razvoj, zapošljavanje, smanjenje siromaštva, pristup obuci, obrazovanju, zdravstvu, itd), uz obraćanje posebne pažnje najranjivijim grupama žena.

Pozitivna je činjenica da je usvojena Strategija za poboljšanje položaja žena i unapređivanje ravnopravnosti polova (2009 – 2014) u Srbiji³⁷, ali predstoji i evaluacija primene ove Strategije i njeno inoviranje za predstojeći period. Nacionalna strategija sadrži okvirne i pojedinačne ciljeve rodne ravnopravnosti i zakonskih propisa u ovoj oblasti, sa projekcijama rokova i Akcioni plan za sprovođenje strateških ciljeva.

Na političkom nivou gledano, rodna ravnopravnost predstavlja jedan od prioriteta internih reformi u Srbiji, na putu priključenja EU.

Međutim, Srbija raspolaže sa oskudnim budžetskim sredstvima za socijalnu politiku, a u okviru toga i za podsticaj ekonomske ravnopravnosti polova. Otuda je za Srbiju značajno da osnaži saradnju sa relevantnim međunarodnim organizacijama, a posebno sa Savetom Evrope, sa naglaskom na rodnu ravnopravnost i obezbeđivanje sredstava za afirmativne akcije podrške ženama na tom planu (obuka, dodatno obrazovanje, finansiranje biznis start-up projekata, pravna pomoc i posebne kreditne olaksice za žene preduzetnice, socijalne povoljnosti za samohrane majke).

Proces privatizacije generalno u regionu doveo je do ukidanja prethodno stečenih ekonomskih i socijalnih prava i stvaranja neodgovarajućih mehanizama zaštite, nedostatka poštovanja međunarodnih radnih standarda i standarda očuvanja životne sredine, kao i do opšteg nedostatka transparentnosti. Štaviše, u većini zemalja regiona ne postoji legislativa za korporativnu odgovornost. Ovakve pravne promene opravdavaju se potrebom za privlačenjem stranih direktnih investicija. Sve ove politike nisu rodno neutralne. Žene su absorbovale tranzicioni šok putem intenziviranja njihovog neplaćenog rada zbog kresanja nacionalnih budžeta u osnovnoj javnoj potrošnji na usluge kao što su: obrazovanje, socijalna i zdravstvena zaštita.

³⁷ *Sl. Glasnik Republike Srbije*, br. 15/09

Neplaćeni rad žena je nevidljiv na listi budžetskih prihoda. To je primer negativnih efekata strukturalnog prilagođavanja privrede i uticaja na živote žena. U pogledu rodne ravnopravnosti u ekonomskog sektoru, većinu zemalja u regionu, pa i Srbiju, muče još dva problema: stepen rodne neravnoteže u tzv. sivoj ekonomiji, tj. neformalnom tržištu rada na štetu žena i problem povećanog pritiska na vreme žena, sa negativnim posledicama na njihovo zdravlje i blagostanje.

Navedena pitanja odslikavaju kompleksnost problema sa kojima se zemlje regiona, kao i Srbija, svakodnevno suočavaju u sprovođenju zakonskih propisa o rodnoj ravnopravnosti i jednakim mogućnostima.

Jednake mogućnosti i ravnopravnost polova se veoma često tretiraju prevashodno kao deo socijalnih politika, a zatim i u sklopu zaštite ljudskih prava, ali ne toliko – kao što bi trebalo - kao fundamentalni ustavni princip demokratskih društava, koja teže socijalnoj pravdi i rodnoj demokratiji. Naime, u Ustavu Srbije³⁸ garantovana je jednakost među polovima i politika jednakih mogućnosti u odredbama čl. 15. Zabrana diskriminacije u rodno neutralnoj definiciji propisana je u čl. 21. Zabranjen je prinudni rad (čl. 26, stav 3), kao i svaki oblik trgovine ljudima je zabranjen. Seksualno ili ekonomsko iskorišćavanje lica koje je u nepovoljnom položaju smatra se prinudnim radom, shodno odredbama istog člana. Nedostaje, međim, eksplicitna zabrana dužničkog i seksualnog ropstva, kao šireg pojma u odnosu na pojam prinudnog rada. To je značajno, jer su upravo žene u većini u nepovoljnijem ekonomskom položaju od muške populacije.

Uprkos dinamične zakonodavne aktivnosti na ovom planu, u većini zemalja regiona, država se povukla iz svoje prethodne uloge socijalne institucije, usled manjka sopstvenih finansijskih resursa za javnu potrošnju. Takva je situacija u Srbiji, kao i u većini zemalja u regionu. Time se, *inter alia*, objašnjava relativno odsustvo interesovanja stručne i političke javnosti za multidimenzionalno pitanje rodne ravnopravnosti u regionu, nasuprot živim diskusijama i kampanjama na tlu EU.

Srbija nije izuzetak, kao ni većina zemalja regiona, gde nedostaje sveobuhvatna strategija vođenja rodno senzitivnih politika u svim oblastima društvenog života – tzv. gender mainstreaming u praksi, posebno u domenu rodno senzitivnog budžetiranja. Posebno je značajno konstantno raditi na eliminaciji rodni stereotipa, te usvojeni nacionalni propisi o rodnoj ravnopravnosti upravo predstavljaju dobru pravnu osnovu za podizanje javne svesti o tome.

³⁸ Sl. Glasnik R. Srbije br. 98/06

Pozitivno je, takođe, što je u Srbiji usvojen Nacionalni Akcioni plan 2010 – 2015. o primeni Strategije rodne ravnopravnosti i za vođenje rodno osvešćene politike u svim sferama³⁹. Svakako od usvajanja Akcionog plana do njegovog sprovođenja u praksi protekne kritični period vremena koji ukazuje na stepen prisustva političke volje i dinamiku društvenih kampanja za obezbeđenje njegove efektivne primene. Srbija u tom kontekstu nije izuzetak u odnosu na ostale zemlje regiona.

6. Zaključna razmatranja

U procesu efektivne primene propisa o ravnopravnosti polova, u regionu, pa i u Srbiji, posebno mesto zauzima eliminacija rodnih stereotipa, negativnog kulturološkog obrasca ponašanja koje počinje od najranijeg uzrasta i utiče na živote i slike muškaraca i žena. Rodni stereotipi su posledica patrijalnih običaja i tradicionalnih modela života, gde je ženama namenjena podređena uloga u porodici i u društvu.

Upravo se na ovom području realnog života nalaze ključevi uspešne primene donetih zakona, kako u zemljama regiona, tako i u zemljama članicama EU⁴⁰.

Borba protiv ustaljenih rodnih stereotipa nužna je za ostvarivanje napretka. To je pitanje vrlo teško i to će verovatno biti jedna od najtežih prepreka koju treba savladati u procesu implementacije zakonskih propisa, strateških smernica i akcionih planova. Uzori se moraju menjati i to je ono što predstavlja temelj buduće uloge muškaraca u borbi za ravnopravnost polova.

Sa ciljem da promoviše rodnu ravnopravnost širom sveta, EU ima ključnu ulogu u međunarodnim forumima, sa svojim razvojnim planovima i humanitarnim akcijama, kao i svojim politikama prema susednim zemljama i politikom proširenja članstva. Prema zemljama Zapadnog Balkana i Turskoj, EU nadgleda i podržava poštovanje Kopenhagen

³⁹ G. Gasmı, M. Kostıć, „European Legal Standards on Gender Equality – Situation in Serbia“, u *Efficiency of Legal Norms*, thematic collection of papers presented at International Conference, 2nd Edition, Cluj-Napoca, Romania, 2013, 489.

⁴⁰ „...traditional gender roles and stereotypes continue to have a strong influence on the division of roles between women and men in the home, in the workplace and in society at large, with women depicted as running the house and caring for children while men are depicted as wage-earners and protectors“, ... tradicionalne rodne uloge i stereotipi i dalje imaju jak uticaj na podelu uloga između žena i muškaraca u kući, na radnom mestu i u društvu u celini, sa ženama prikazanim kako vode kuću i brigu o deci, dok su muškarci naslikani kao radnici za platu i zaštitnici“, (prevela autorka), 2012 Report on Eliminating Gender Stereotypes in the EU, the European Parliament, <http://eige.europa.eu/content/gender-stereotypes>, 29. 01. 2015.

kriterijuma u domenu jednakosti među polovima i pomaže u usklađivanju i primeni relevantnog zakonodavstva u ovim zemljama. EU podstiče ustanovljavanje adekvatnih administrativnih i pravosudnih sistema. U okviru IPA finansijske pomoci, EU unosi rodnu dimenziju u projekte.

Ekonomska kriza predstavlja istovremeno mogućnost, ali i pretnju aktivnom zapošljavanju žena i ostvarenju ekonomske jednakosti među polovima. Jedna od članica EU, koja se posebno zalaže za rodnu jednakost u smislu preduslova za socijalnu koheziju i privredni rast na nivou EU je Švedska pod čijim predsedavanjem je rodna dimenzija uneta u EU Strategiju za održivi ekonomski rast 2020⁴¹. Najoptimalnija zaštita od društvene isključenosti i siromaštva, koje svakako predstavljaju veliki konfliktni potencijal, čak i u najrazvijenijim tržišnim privredama, predstavlja aktivno zapošljavanje sa naročitim akcentom na ugrožene kategorije stanovništva, gde prema aktuelnim pokazateljima, spade i ženska populacija.

Otuda je kamen temeljac dugoročno mudre politike i adekvatne primene relevantnih propisa upravo u obezbeđivanju ravnoteže između privatnih i profesionalnih dimenzija života žena i muškaraca kroz pospešivanje zapošljavanja žena. U pitanju je dugoročna investicija u stabilnost, a ne kratkoročni ekonomski trošak. U tom kontekstu važno je jačati učešće žena u upravnim odborima velikih kompanija, čemu doprinosi sistem obaveznih kvota, kao i u ostalim sferama društvenog odlučivanja.

Postavlja se ključno pitanje šta je u praksi potrebno da se postigne ravnopravnost među polovima, posebno u ekonomskoj i političkoj sferi. Odgovori su sledeći: jasna politička volja (spremnost i kapaciteti da se politike formiraju permanentno uključujući rodnu ravnopravnost), zatim odgovarajuće zakonodavstvo, finansiranje, primena strategije za rodnu ravnopravnost, rodno budžetiranje i konačno, ne manje značajno, izgradnja kapaciteta na svim nivoima organizovanja.

Naime, iskustvo novih članica EU pokazuje da su ekonomske promene u odnosu na zastupljenost žena na tržištu rada tek novijeg datuma, ali svakako predstavljaju rezultat pristupanja EU i posledicu primene savremenih pravnih okvira na ovom području. To su pozitivne lekcije za Srbiju u procesu njenih Evro-integracija.

⁴¹ Ekspertske procene u EU ukazuju da bi eliminisanje rodne nejednakosti, posebno kod zapošljavanja, donele potencijalno povećanje od 15-45% u BDP u EU.

Prof. Gordana Gasmi Ph.D⁴²

Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade
Associate Professor, Faculty of Media and Communications, Belgrade

EU STRATEGIC – LEGAL FRAMEWORKS ON GENDER EQUALITY – THE IMPORTANCE FOR SERBIA

Summary

The paper analyses legal and strategic frameworks of the European Union (EU) in the field of gender equality and their importance for Serbia, especially seen from the standpoint of economic empowerment of women, being the cornerstone of the policy of equal opportunities. The purpose of the analysis of the relevant primary and secondary EU legislation on gender equality, together with the strategic acts and other soft law examples is focused on pointing out to the necessity of adequate legislation. Real situation in the EU Member States indicates, however, that the *Acquis communautaire* in the field of gender equality is needed, but not enough for achieving *de facto* gender equality. Serbia, as well as other countries in the region, which are in the process of economic transition to fully operational market economy, are even in a more delicate situation concerning gender equality in the economic domain. Therefore, in the concluding remarks, the author points out to the determinant factors for implementation of gender equality in practice. Although Serbia is not yet legally binded to implement complete *Acquis communautaire*, harmonization of national legislation with the EU legal standards and achieving real gender equality is also important for the EU accession process of Serbia, since those issues are classified into the Copenhagen criteria on respect for human rights. Furthermore, the experience of the so-called new Member States shows that the economic changes in relation to the women share at the labor market are recent, but definitely a result of accession to the EU and the result of application of modern EU legal framework in this area. These are positive lessons for Serbia in the process of its Euro-integration.

Key words: EU, gender equality, legislation, Serbia, women employment

⁴² Prof. Dr G. Gasmi is the Member of the Gender Equality Council of the Government of Serbia and the Council's of Europe (CoE), expert in the field of gender equality, Strasbourg, France

USLOVI POD KOJIMA POVERILAC STIČE PRAVO DA RASKINE UGOVOR ZBOG NEISPUNJENJA I OGRANIČENJA ZA UPOTREBU TOG PRAVA

Apstrakt

Povreda ugovora je pravno sredstvo koje je dostupno svakoj ugovornoj strani pod predviđenim uslovima, kada druga strana ne ispuni svoju ugovornu obavezu. Ovo pravo se ustanovljava zakonom, ali se, takođe, može predvideti i ugovorom. Cilj koji poverilac želi da postigne upotrebom ovog pravnog sredstva, jeste da se oslobodi od obaveze da ispuni ugovor i, u meri u kojoj je to moguće, vrati stvari u položaj u kome bi one bile da izvršenje nije ni započeto. Imajući u vidu da je u pitanju pravno sredstvo koje, na najteži način pogađa ugovor, svi pravni sistemi predviđaju uslove i ograničenja pod kojima se to pravo stiče i koristi, kako bi se sprečile njegove zloupotrebe. Najvažnije ograničenje koje se u tom cilju predviđa odnosi se na zahtev da povreda ugovora mora biti ozbiljna, teška da bi mogla biti osnov za raskid ugovora. Pored toga, pravo da se upotrebi ovo pravno sredstvo se, po pravilu, vremenski ograničava, a u nekim pravima je ono uslovljeno i mogućnošću da se vrati dužniku sve što je, eventualno, na ime izvršenja ugovora već ispunio. Kontrola ispunjenosti predviđenih uslova vrši se, po pravilu, predviđanjem posebnih procedura realizacije prava da se ugovor raskine, pa se u nekim pravima to može ostvariti samo u sudskom postupku, dok je u drugima dovoljno da poverilac učini odgovarajuću izjavu, a nekada do raskida ugovora dolazi i po samom pravu.

Ključne reči: ugovor, neizvršenje ugovora, pravno sredstvo, zahtev za raskid ugovora.

¹ Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, e.mail: katarinajovicic.rs@gmail.com

1. Uvod

Raskid ugovora je pravno sredstvo koje je, pod predviđenim uslovima, dostupno svakoj strani ugovornici iz jednog punovažno zaključenog ugovora², u slučaju da druga strana ne ispuní preuzete obaveze. Pravo poverioca da raskine ugovor zbog neizvršenja ustanovljeno je zakonom, a pored toga može se predvideti i samim ugovorom. Svrha ovog pravnog sredstva, odnosno cilj koji poverilac želi da postigne njegovom upotrebom, je da se oslobodi od obaveze da izvrši svoj deo ugovora i da, u meri u kojoj je to moguće, stvari vrati u položaj u kome bi one bile da izvršenje nije ni započeto.

Takav ishod, bez sumnje, značajno utiče na položaj dužnika iz jednog ugovornog odnosa³ zbog čega on može imati sasvim dobre razloge da se usprotivi zahtevu poverioca da raskine ugovor. Njegovo protivljenje je pogotovu opravdano, ako je voljan i u stanju je da otkloni nedostatke u izvršenju, bez nanošenja veće štete poveriocu, ali i ako bi time sprečio poverioca da zloupotrebi ovo pravno sredstvo tako da okonča ugovor koji se, u međuvremenu, za njega pokazao neisplativim⁴.

Svi pravni sistemi uvažavaju potrebu da se pravo na raskid ugovora, kao najteža sankcija za njegovo neizvršenje, mora ograničiti tako da se koristi samo onda kada je to zaista neophodno, tj. kada ni jedno drugo pravno sredstvo ne može, na adekvatan način, da reši problem nastao zbog neizvršenja ugovora. Zbog toga se svuda predviđaju ograničenja u njegovoj primeni i u odnosu na to pitanje se, u uporednom pravu, razlikuju tri pristupa. Kao prvo, sva prava određuju uslove koji moraju biti ispunjeni da bi poverilac stekao pravo da raskine ugovor, ako ga dužnik nije ispunio i u praksi je to redovno zahtev da povreda ugovora bude teška, tj. da ima dovoljan stepen ozbiljnosti. Neka prava, pored toga, zahtevaju i da je dužnik kriv za neizvršenje. Ovi uslovi, sami po sebi, nisu dovoljni i većina prava, pored toga, predviđa ograničenja u primeni već stečenog prava na raskid ugovora. Tu su najčešće zastupljeni zahtev da se drugoj strani vrati ono, što je već primljeno na ime ispunjenja ugovora,

² Raskid ugovora zbog neispunjenja u ovom radu ne obuhvata slučajeve kada ugovor prestaje zbog nemogućnosti ispunjenja, ili zbog njegovog otežanog ispunjenja (zbog promenjenih okolnosti), što je odvojeno pitanje i kao takvo zahteva posebnu analizu.

³ Tako, na primer, ako je kupac raskinuo ugovor o kupoprodaji zbog nesaobraznosti robe, pa je robu vratio prodavcu, onda je rizik od njene propasti ili oštećenja ponovo prešao na prodavca. Na taj način je prodavčev, ionako težak položaj zbog toga što ugovor nije realizovan i što treba da pronađe novog kupca za robu, ili da robu zbrine na drugi način, dodatno otežan.

⁴ Na primer, kupac koristi pravo da raskine ugovor zbog nesaobrazne isporuke, a u suštini je reč o tome da je roba koja je predmet ugovora pojeftinila i on ne može više od tog ugovora da očekuje zaradu koju je planirao.

kao i zahtev da poverilac koristi pravo da raskine ugovor u određenom roku. U ovu grupu spada i slučaj kada je ugovor delimično izvršen pa se postavi pitanje raskida celog ugovora zbog toga. I na kraju, kao treće, zakonom se predviđaju postupci realizacije prava na raskid ugovora, što je potrebno da bi se uspešno sprovedila kontrola ispunjenosti uslova pod kojima se ono stiče, kao i poštovanja ograničenja u njegovoj primeni. Među tim postupcima karakteristični su: sudski raskid, raskid na osnovu izjave poverioca i raskid ugovora po samom pravu.

2. Uslovi za sticanje prava na raskid ugovora

2.1. Težina povrede ugovora kao uslov za sticanje prava da se zahteva raskid ugovora

Zahtev da povreda ugovora ima dovoljan stepen ozbiljnosti je gotovo univerzalno prihvaćen uslov za sticanje prava na raskid ugovora u uporednom pravu, ali se ne reguliše svuda na isti način niti je isti pristup u kontinentalnim i anglosaksonskim pravima. Tako, ako se pođe od kontinentalnih prava, za koje je karakteristično da zakonom predviđaju opšte i posebne oblike povreda ugovora⁵, onda se određene takve povrede direktno povezuju sa pravom na raskid. Tipičan slučaj je kada dužnik ne ispuni obavezu u predviđenom roku, a rok je bitni element ugovora. Ipak, zakonom se ne mogu unapred predvideti sve moguće povrede ugovora koje će se ikada dogoditi u praksi, a nema sumnje da se među njima nalaze i povrede koje opravdano treba sankcionisati raskidom ugovora, pa se postavilo pitanje kako to prevazići. U tom cilju se, u zakonskom tekstu, pored pomenutih pravila, uvrsti i opšte pravilo koje omogućava da se pravo na raskid ugovora proširi i na druge slučajeve ozbiljnih povreda ugovora, tj. na slučajeve koji nisu izričito predviđeni kao razlog za raskid. Većina prava ima ovakve, elastične odredbe i među njima su najčešće zastupljene sledeće formulacije: “materijalna povreda ugovora”, “bitna povreda ugovora”, “povreda ugovora koja ide do same srži ugovora”, “ako

⁵ V. K. Jovičić, „Određenje pojma neizvršenja ugovora, s osvrtom na ugovor o prodaji robe”, *Strani pravni život* 1/2014, 69-82.

se svrha ugovora dovodi u pitanje”, itd⁶. U francuskom pravu, za razliku od ostalih kontinentalnih prava, nema takvog pravila, ali se isti cilj postiže na osnovu propisanog, obaveznog sudskog raskida ugovora⁷, jer sud ne dopušta raskid ako za to nema ozbiljan razlog. Anglosaksonska prava se, suprotno kontinentalnim, ne fokusiraju na oblike povrede ugovora već ugovorne odredbe stepenuju prema značaju i raskid dopuštaju samo ako su povređene najznačajnije ugovorne obaveze. Tako, samo povreda *condition* može voditi raskidu ugovora u engleskom pravu, ne i povreda *warranty*; u američkom pravu je raskid vezan za *material breach*, itd.

Pomenuti princip slede i najvažniji međunarodni izvori ugovornog prava, pre svih Bečka konvencija za ugovore o međunarodnoj prodaji robe⁸, Načela evropskog ugovornog prava⁹ i UNIDROIT Načela za ugovore u međunarodnoj trgovini¹⁰. Sva tri izvora imaju slično polazište i dopuštaju da se ugovor raskine, samo u krajnjem slučaju, kada oštećena strana ne može na drugi način da kompenzuje svoj gubitak. U tom smislu ovi izvori prava koriste koncept bitne povrede ugovora, koju je u

⁶ Naš Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) kao opšti osnov za raskid ugovora predviđa njegovo neispunjenje, pri čemu pravi razliku između dve situacije: kada je rok bitni element ugovora i kada to nije. U prvom slučaju, ako dužnik ne ispuni ugovor u predviđenom roku, onda se ugovor raskida po samom pravu (čl. 125.), a u drugom slučaju se ugovor može raskinuti tek nakon što dužnik ni u naknadnom roku ne pruži ispunjenje (čl. 126.). Naknadni rok nije obavezan ako iz dužnikovog držanja proizlazi da on svoju obavezu neće ispuniti ni u tom roku (čl. 127.), kao i kada se ugovor raskida pre dospelosti dužnikove obaveze ako je očigledno da on neće ispuniti ugovor (čl. 127.). Ipak, ZOO izričito naglašava da se pravo na raskid ne može ostvariti ako je neispunjen neznatni deo obaveze (čl. 131.). Upravo na osnovu tog pravila, da se ugovor ne može raskinuti zbog neznatnog nedostatka, kao i na osnovu pravila o raskidu ugovora zbog delimičnih nedostataka (u pitanju je pravilo čl. 492. ZOO, po kome ako stvar ima delimične nedostatke onda kupac ne može raskinuti ugovor u celini, već samo u pogledu dela koji ima nedostatak) izvlači se opšte pravilo, odnosno princip o tome kada se ugovor može raskinuti i van predviđenih slučajeva i zaključuje se da je to dopušteno samo kada se svrha ugovora ne može ostvariti. Pored pomenutih, opštih pravila koja važe za sve ugovore, Zakon u delu posvećenom pojedinim ugovorima predviđa posebne uslove za raskid tih, pojedinih ugovora. Ova pravila su prilagođena specifičnim obavezama karakterističnim za određene ugovore i nisu suprotstavljena opštem režimu raskida ugovora. Tako, na primer, kupac kod ugovora o prodaji stiče pravo da, pod predviđenim uslovima, raskine ugovor zbog materijalnih i pravnih nedostataka robe (čl. 488-497.), kao i o pravu prodavca da raskine ugovor kada kupac neopravdano odbije da preuzme isporuku (čl. 510.).

⁷ O sudskom raskidu ugovora, koje je karakteristično za francusko pravo, biće posebno reči u nastavku ovog rada.

⁸ Konvencija Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*UN Convention on Contracts for the Internationale Sale of Goods*), *Sužbeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, br. 10-1/84.

⁹ Načela evropskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law*), rezultat su projekta na kome je, preko dve decenije (kroz tri etape), radila Komisija za evropsko ugovorno pravo. I deo je okončan 1995. godine, II deo 1997. godine i III deo 2003. godine

¹⁰ UNIDROIT Načela za ugovora u međunarodnoj trgovini (*The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), usvojena su 1994. godine, revidirana su 2004. godine

međunarodno ugovorno pravo uvela i promovisala Bečka konvencija¹¹. Taj koncept se vremenom širi i na nacionalne izvore ugovornog prava¹², a predlog je da se i u našem ugovornom pravu raskid ugovora uslovi postojanjem bitne povrede ugovora¹³.

2.2. Krivica dužnika kao uslov za sticanje prava poverioca da raskine ugovor zbog neizvršenja

Činjenica da je dužnik kriv za neispunjenje ugovora nije u uporednom pravu čest uslov koji mora biti ispunjen da bi poverilac mogao da traži

¹¹ Bitnu povredu ugovora određuje član 25. Bečke konvencije, koji glasi: “*Povreda ugovora koju čini jedna strana smatraće se bitnom ukoliko se njom prouzrokuje takva šteta drugoj strani da je suštinski lišava onog što je opravdano očekivala od ugovora, izuzev ako takvu posledicu nije predvidela strana koja čini povredu niti bi je predvidelo razumno lice istih svojstava u istim okolnostima.*” Na osnovu izloženog se izdvajaju tri zahteva koja moraju biti ispunjena da bi jedna povreda ugovora bila tako kvalifikovana: prvo, da ugovor nije izvršen; drugo, da je usled toga drugoj strani prouzrokovana šteta koja je suštinski lišava onog što je opravdano očekivala od ugovora; i treće, da je strana koja je učinila povredu predvidela štetu kao njenu posledicu, odnosno, da je takvu posledicu moglo predvideti razumno lice istih svojstava u istim okolnostima. U odnosu na prvi zahtev Konvencija polazi od shvatanja da je svako odstupanje od ugovora neizvršenje, nezavisno od toga da li je dužnik kriv za to ili ne. Povreda sama po sebi, međutim, nije dovoljna, već je potrebno da je takve težine da poveriocu prozrokuje štetu koja ga *suštinski* lišava od onoga što je opravdano očekivala od ugovora. Pritom, činjenica da li je taj zahtev ispunjen ili ne se utvrđuje ne samo na osnovu subjektivnog kriterijuma, tj. na osnovu poveriočevog subjektivnog osećanja, već i na osnovu onoga što je ugovorom bilo predviđeno. Konačno, kada dužnik povredi ugovor i poveriocu prouzrokuje štetu koja ga suštinski lišava onoga što je od ugovora opravdano očekivao, tada dužnik još uvek može da spreči da se ta povreda kvalifikuje kao bitna ako uspe da dokaže da takvu posledicu nije predvideo niti bi je moglo predvideti bilo koje drugo razumno lice istih svojstava u datim okolnostima. O bitnoj povredi ugovora u Bečkoj konvenciji V. J. Perović, *Bitna povreda ugovora - Međunarodna prodaja robe*, Službeni list SCG, Beograd 2004., 126-131.

UNIDROIT Načela, kao i Načela evropskog ugovornog prava, slično konceptu bitne povrede ugovora u Bečkoj konvenciji, kao jedinstveni osnov za raskid ugovora predviđaju institut “bitno neizvršenje obaveze” (*Fundamental non-performance*), V. čl. 7.3.1. UNIDROIT Načela i čl. 8:103 Nečela evropskog ugovornog prava. U određenju značenja ovog termina oba seta načela se približavaju Bečkoj konvenciji predviđajući da se to odnosi na situaciju kada neispunjenje suštinski lišava poverioca onoga što je opravdano očekivao od ugovora, izuzev ako dužnik nije predvideo niti je razumno mogao predvideti takvu posledicu.

¹² Tako je, na primer, u nordijskim pravima pravilo da se ugovor može raskinuti zbog bitnog neispunjenja obaveza (npr. čl. 21, 28, 42. i 43. danskog *Sale of Goods Act*, s tim da se ovo pravilo primenjuje i na ostale ugovore). Slično je i u švedskom i finskom pravu. Koncept bitne povrede ugovora prema Bečkoj konvenciji odgovarajući je i anglosaksonskim pravima, u kojima se pravo na raskid stiće samo za najteže povrede ugovora (za povredu *condition* u engleskom pravu, odnosno za *material breach*, u američkom pravu).

¹³ Tako se Prednactom Građanskog zakonika Srbije, Druga knjiga posvećena obligacionim odnosima, u članu 138. stav 1. predlaže da poverilac može raskinuti ugovor kad neispunjenje obaveze predstavlja bitnu povredu ugovora. Stavom 2. istog člana daje se definicija tog termina: „Bitna povreda ugovora postoji kad neispunjenje ugovorne obaveze od strane dužnika prouzrokuje takvu štetu poveriocu koja ga suštinski lišava koristi koju je od ugovora opravdano očekivao ili usled koje se za poverioca svrha ugovora ne može ostvariti.”

raskid ugovora. Tako je, na primer, u švajcarskom¹⁴, nemačkom¹⁵ i u austrijskom¹⁶ pravu, dok se suprotno shvatanje, u grupi kontinentalnih prava, zastupa u francuskom¹⁷ pravu. U našem Zakonu o obligacionim odnosima u odnosu na to pitanje treba poći od člana 124, koji postavlja opšte pravilo za dvostrane ugovore, po kome: "... kad jedna strana ne ispuni svoju obavezu, druga strana može, ako nije što drugo određeno, zahtevati ispunjenje obaveza, ili pod uslovima predviđenim u idućim članovima, raskinuti ugovor prostom izjavom, ako raskid ugovora ne nastupa po samom zakonu, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete". Citirano pravilo ne predviđa da pravo na raskid ugovora zavisi od krivice dužnika, niti takvu odredbu sadrže ostali članovi koji uređuju to pitanje¹⁸. Krivica, sem toga, nije uslov ni za dužničku docnju¹⁹, pa se na osnovu toga zaključuje da ni kod kašnjenja sa izvršenjem ugovora ona nema uticaja na poveriočevo pravo da taj ugovor raskine. Jedino je zahtev poverioca za naknadu štete time uslovljen²⁰.

¹⁴ Odredbama švajcarskog Obligacionog zakonika koje regulišu raskid ugovora zbog neizvršenja (čl. 107, 108. i 109.) ne predviđa se da poverilac može koristiti to pravo pod uslovom da je dužnik kriv za neizvršenje, već se njegova krivica spominje samo u kontekstu zahteva za naknadu štete (čl. 103. st. 2. Zakonika). Takođe, st. 2. čl. 109, koje reguliše pravo oštećene strane da, paralelno sa zahtevom za raskid ugovora koristi i zahtev za naknadu štete, izričito je predviđeno da se naknada štete može potraživati samo ako je dužnik kriv za neizvršenje, dok se to ne predviđa u odnosu na zahtev za raskid ugovora.

¹⁵ §326 st. 5. nemačkog Građanskog zakonika (u daljem tekstu: BGB) predviđa da, u slučaju kada je dužnik oslobođen od obaveze da izvrši ugovor (na osnovu §275 st. 1. do 3.), poverilac ima pravo da zahteva raskid ugovora, kao i naknadu štete (§325 BGB). Krivica dužnika je uslov samo za zahtev za naknadu štete zbog neizvršenja (§280 BGB), a ne i za sticanje prava da se zahteva raskid ugovora. Nemačko pravo, međutim, ima drugačije rešenje za slučaj kada dužnik kasni sa ispunjenjem ugovora i tada je pravo poverioca da raskine ugovor, ipak, ograničeno na slučajeve kada je dužnik kriv za kašnjenje. To se zaključuje na osnovu pravila §286. st. 4. BGB, po kome dužnik nije u docnji sve dok ne izvršava ugovor zbog razloga za koje nije odgovoran.

¹⁶ U austrijskom pravu važi pravilo da, ako se ispunjenje ugovora osujeti krivicom dužnika ili usled slučaja za koji on odgovara, onda druga strana može zahtevati ili naknadu štete zbog neispunjenja, ili odustati od ugovora (§920. noveliranog ABGB). Međutim, ako je u pitanju situacija da dužnik kasni sa izvršenjem ugovora onda njegova krivica nema uticaja na pravo poverioca da zahteva raskid pod predviđenim uslovima (§918. noveliranog ABGB).

¹⁷ Ovo shvatanje proizlazi na osnovu opšteg pravila čl. 1184. CC, koje predviđa da, u slučaju kada jedna strana ne izvrši ugovor, tada oštećeni može zahtevati bilo da ugovor bude izvršen, bilo raskid ugovora i naknadu štete. Budući da su pravo na naknadu štete i raskid ugovora povezani, bez navođenja posebnih uslova u pogledu krivice dužnika za sticanje prava na raskid (niti je to predviđeno ostalim odredbama zakona), zaključuje se da se oba pravna sredstva mogu koristiti pod istim uslovima, dakle, ako se neizvršenje ugovora može pripisati dužniku u krivicu (čl. 1147. CC). V. G. Treitel, *Remedies for Breach of Contract, A comparative Account*, Clarendon Press, Oxford 1989., 340-341.

¹⁸ Čl. 125-132. ZOO.

¹⁹ Čl. 324. ZOO predviđeno je da dužnik dolazi u docnju kad ne ispuni obavezu u roku određenom za ispunjenje.

²⁰ U pitanju je pravilo čl. 263. ZOO koje predviđa da se dužnik može osloboditi od 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”.

Upravima *common law* krivica nije opšti uslov ugovorne odgovornosti pa tako ona, po pravilu, nema uticaja ni na pravo oštećenog poverioca da raskine ugovor zbog neizvršenja. Samo u retkim slučajevima to može da bude relevantno, na primer, ako dužnik namerno ne želi da ispuni ugovornu obavezu pa se na osnovu te okolnosti omogući poveriocu da ga raskine i kada njegova povreda nije posebno ozbiljne prirode²¹.

Bečka konvencija, takođe, ne predviđa da je zahtev za raskid ugovora dozvoljen pod uslovom da je do bitne povrede ugovora došlo krivicom dužnika, već je ona značajna samo za poveriočev zahtev za naknadu štete. To shvatanje potvrđuje pravilo po kome se dužnik može osloboditi od ugovorne odgovornosti ako dokaže da je do neizvršenja došlo zbog smetnje koja je bila van njegove kontrole, da tu smetnju nije mogao predvideti, savladati niti izbeći (čl.79. st.1). Stavom 5. istog člana je, dalje, predviđeno da u tom slučaju poveriocu ostaju na raspolaganju sva pravna sredstva, osim zahteva za naknadu štete. Gotovo identično rešenje prihvataju UNIDROIT Načela, kao i Načela evropskog ugovornog prava²².

3. Ograničenja za upotrebu prava na raskid ugovora

Kada se pravo oštećenog poverioca da raskine ugovor zbog neispunjenja ne dovodi u pitanje, tada još uvek nije izvesno da će on to svoje pravo moći da realizuje budući da upotreba ovog pravnog sredstva, po pravilu, podleže dodatnim ograničenjima. Među najčešće zastupljenim su: ograničenje prava da se raskine ceo ugovor zbog delimičnog neizvršenja, gubitak prava da se ugovor raskine ako je nemoguće da se vrati ono što je na ime njegovog izvršenja primljeno, i gubitak prava na raskid usled protoka vremena.

3.1. Ograničenje prava da se raskine ceo ugovor zbog delimičnog neizvršenja

Kada se ugovorna obaveza ispuni samo u jednom svom delu, a ne u celini, tada je ugovor delimično izvršen. Ova je situacija, po prirodi stvari,

²¹ V. G. Treitel, 348.

²² UNIDROIT Načela u čl. 7.1.7. uređuju pitanje oslobađanja dužnika od ugovorne odgovornosti (st. 1), i izričito predviđaju da to ne utiče na pravo poverioca da zahteva raskid ugovora (st.4.). Čl. 8:108 Načela evropskog ugovornog prava u st. 2. predviđa da u slučaju da je dužnik oslobođen od odgovornosti u skladu sa čl. 8:108, onda poverilac može da se poziva na bilo koje od pravnih sredstava predviđenih u devetom poglavlju (pravo da raskine ugovor uređuje čl. 9:301), osim prava da zahteva ispunjenje i naknadu štete.

moгуća samo kod onih ugovora kod kojih je radnja izvršenja deljiva, na primer, obaveza prodavca da preda određenu količinu zamenjivih stvari, obaveza kupca da plati cenu, itd. Najvažnije pitanje koje se postavlja kod delimičnog neizvršenja ugovora je da li druga strana ima pravo da zbog toga raskine ceo ugovor, ili ne.

U uporednom pravu za pomenute situacije prevlađuje načelno pravilo po kome poverilac može da koristi sva pravna sredstva u pogledu dela ugovora koji nije izvršen, uključujući i pravo da zahteva njegov raskid²³, dok u delu u kome je izvršen ugovor proizvodi sva pravna dejstva. Nekada, međutim, poverilac nema interes za delimičnim izvršenjem, odnosno takvo izvršenje za njega nema vrednost koju je od ugovora očekivao. Takve situacije pravo uvažava ako ih opravdavaju okolnosti slučaja i dopušta da se sudbina celog ugovora odluči prema tome da li poverilac ima interes za njegovim delimičnim izvršenjem, ili ne. Drugim rečima, raskid celog ugovora zbog njegovog delimičnog neizvršenja dopušta se samo kada takvo neizvršenje dovodi u pitanje svrhu celog ugovora²⁴.

3.2. Nemogućnost restitucije

Poveriočevo pravo da zahteva raskid ugovora je, kod nekih ugovora, uslovljeno vraćanjem drugoj strani onoga što je već primljeno na ime njegovog izvršenja. To vraćanje može biti jednostrano ili dvostrano, u zavisnosti od toga da li je ugovor, pre njegovog raskida, izvršila (u celini ili delimično) jedna ili obe ugovorne strane. Ako restitucija nije moguća, onda se poveriocu može uskratiti pravo da raskine ugovor zbog neizvršenja. Ipak, ovo pravilo ne može da se primeni kod svih ugovora, niti kod svih ugovornih obaveza. Tako, na primer, kada nalogodavac raskida ugovor zbog toga što nije zadovoljan radom poslenika, tada nije uvek moguće da se restitucijom izbriše činjenica da je poslenik nešto uradio. Slično je i kod raskida ugovora zbog toga što dužnik ne plati cenu, npr. za robu, ili za uslugu, ili zakup, itd, jer cenu je uvek moguće

²³ Moguće je, međutim, da je dugovor delimično ispunjen samo zato što je deo obaveze postalo nemoguće izvršiti, pa onda u odnosu na taj deo ugovora nastupaju pravne posledice nemogućnosti izvršenja. To je, kao što je već ranije pomenuto, posebno pitanje koje se, zbog obimnosti materije, ne analizira u ovom radu.

²⁴ Tako, na primer, §323(5) BGB; čl. 1460. španskog Građanskog zakonika; čl. 43. švedskog *Sale of Goods Act*, čl. 137. ZOO. U švajcarskom i francuskom pravu delimična nemogućnost izvršenja ugovora nije predmet posebnog zakonskog regulisanja, ali sudovi to pitanje rešavaju na isti način (navedeno prema: P. Schlechtriem, G. Jones, *Contracts in General*, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII, Tübingen 1976., 15-160)

platiti²⁵ a dužnik, koji nema novca, ne može zbog toga da se poziva na nemogućnost da plati.

Iako nije podobno za brojne ugovore, ograničenje prava da se ugovor raskine zbog nemogućnosti vraćanja u pređašnje stanje je bitno u tom smislu što se često javlja u praksi, prevashodno zato što je karakteristično za ugovor o prodaji, a on se najčešće zaključuje i primenjuje. Ovo ograničenje je razrađeno povodom situacije kada kupac raskida ugovor zbog materijalnih nedostataka na stvari i tada je pravilo da on ne može koristiti ovo pravo ako mu je postalo nemoguće da prodavcu vrati stvari u stanju u kome ih je primio²⁶ (sem ako od te obaveze nije oslobođen na osnovu zakona ili samog ugovora). Osim na ugovor o prodaji, pomenuto ograničenje je primenjivo i na druge ugovore jer se pravila vezana za prodaju primenjuju i na ostale ugovore ako su odgovarajuća i ako za te, ostale ugovore nema posebnih pravila.

3.3. Protok vremena

Poverilac mora iskoristiti svoje pravo da raskine ugovor zbog neizvršenja bez suvišnog odlaganja. Ovaj zahtev posledica je potrebe za pravnom sigurnošću, koja je prepoznata u svim pravima i u tom cilju se u uporednom pravu sreću različita rešenja: neka prava određuju rok u kome se raskid ugovora može izjaviti²⁷, dok neka taj rok ograničavaju upotrebom elastičnih formulacija, na primer, “u razumnom roku”, “bez nepotrebnog odlaganja”, “u kratkom roku”, i slično²⁸. Bečka konvencija, u načelu, ne predviđa posebna vremenska ograničenja za davanje izjave da se ugovor raskida, već to pitanje prepušta pravilima merodavnog nacionalnog prava²⁹.

²⁵ Novčane obaveze je uvek moguće ispuniti jer je novac stvar koja se uvek može nabaviti. Činjenica da je konkretnom dužniku teško ili nemoguće da dođe do novca ne čini njegovu obavezu da plati nemogućom, jer bi drugo lice na njegovom mestu tu obavezu moglo da ispuni.

²⁶ Čl. 207. švajcarskog Obligationog zakonika, čl. 82. Bečke konvencije, čl. 495. ZOO Srbije.

²⁷ Tako, na primer, kod ugovora o prodaji čl. 1648. francuskog CC predviđa da se tužba za skrivene nedostatke mora podneti u roku od 2 godine od dana kada je nedostatak otkriven; §438 st. 1(3) BGB predviđa opšte ograničenje za upotrebu tog prava u roku od dve godine od isporuke; u švajcarskom pravu taj rok je godinu dana od predaje stvari (čl. 210. Obligationog zakonika). Za druge ugovore predviđaju se rokovi u drugačijem trajanju, ali princip da se rok precizno određuje ostaje.

²⁸ Čl. 2-602 stav 1. američkog Jednoobraznog trgovačkog zakonika predviđa da kupac mora odbiti robu “u razumnom roku” posle isporuke ili ponude isporuke; čl. 35. st. 1. engleskog *Sale of Goods Act*, takođe, predviđa pravilo po kome se pretpostavlja da je kupac robu primio ako “u razumnom roku” od njene isporuke nije obavestio prodavca da će robu odbiti.

²⁹ I. Schwenger, „The Right to Avoid the Contract”, *The CISG at Its 30th Anniversary, A Conference in Memory of Albert H. Kritzer*, Belgrade 2010., 229.

4. Karakteristični sistemi raskida ugovora u uporednom pravu

4.1. Sudski raskid ugovora

Pravilo da se raskid ugovora može ostvariti samo uz angažovanje suda, odnosno, putem sudske odluke, karakteristično je za francusko pravo³⁰. Kada se ispuni uslov na osnovu koga se ugovor može raskinuti³¹, tada se to postiže isključivo u sudskom postupku koji inicira oštećeni poverilac³². Sud, kada odlučuje o zahtevu za raskid ugovora, to čini uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja³³. Njegova su ovlašćenja u tom postupku široka i diskreciona, pa pored usvajanja ili odbijanja tog zahteva, sud može odrediti tuženom dodatni rok u kome ga poziva da izvrši ugovor³⁴.

Sistem sudskog raskida ugovora nesumnjivo ima prednosti za dužnika budući da je zaštita njegovih interesa, u slučaju da oštećena strana želi da raskine ugovor, u izvesnoj meri poverena i sudu. Za oštećenu stranu, međutim, ono može biti i nepovoljno s obzirom da se njeni troškovi i gubici mogu uvećati za vreme dok sudski postupak traje, a činjenica da se ne može unapred znati da li će sud odobriti zahtev za raskid ugovora ili ne, njen položaj čini dodatno nesigurnim. Da bi se ublažili ovi nedostaci, zakoni koji prihvataju ovaj sistem predviđaju i izuzetke od primene opšteg pravila da se raskid ugovora može izdejsstvovati samo u sudskom postupku. Tako je u francuskom pravu, na primer, moguće ugovorom predvideti da će se on smatrati raskinutim u određenoj situaciji³⁵, a kod

³⁰ Isto pravilo predviđeno je i u belgijskom pravu (čl. 1184. CC). I u drugim pravima nije zabranjeno tražiti od suda da odluči o zahtevu za raskid ugovora, ali nije uobičajeno da se predviđa obaveza za oštećenu stranu da tako postupa da bi svoje pravo da ugovor raskine realizovala.

³¹ U francuskom pravu je zastupljeno shvatanje da se strane u dvostranom ugovorom uzajamno obavezuju i da svaka od njih daje svoj pristanak da izvrši ugovornu obavezu pod uslovom da se i druga strana obaveže da će izvršiti svoju. Kada jedna strana ne ispuni svoju obavezu, tada se smatra da je nastupio prečutni raskidni uslov, koji se u dvostranim ugovorima podrazumeva. U pitanju je koncepcija o prečutnom raskidnom uslovu, koju su zastupali Domat i Pothier, V. J. Perović, 116-117.

³² Reč je o opštem pravilu za dvostrane ugovore predviđenom čl. 1184. CC. Ono ne obuhvata razloge zbog kojih se zahtev za raskid ugovora može postaviti, već se ograničava na propisivanje načina na koji će oštećena strana to svoje pravo realizovati.

³³ Tako, na primer, sud posebno ceni stepen krivice strane koja je prekršila ugovor i ozbiljnost nedostatka u izvršenju ugovora.

³⁴ Tako je, na primer, čl. 1655. st. 2. francuskog CC predviđeno da se prodavčev zahtev za raskid ugovora o prodaji pokretnih stvari, u slučaju kada kupac nije platio, odmah odobrava ako sud nađe da postoji opasnost da one propadnu ili da njihova cena na tržištu pada, dok se u ostalim slučajevima može odrediti dodatni rok za plaćanje.

³⁵ U literaturi, a i u praksi francuskih sudova, ne dovodi se u pitanje punovažnost ovakvih ugovornih odredbi (osim kada je to zakonom izričito zabranjeno), ali ih sudovi tumače na štetu strane koja na osnovu njih za sebe izvlači određene koristi. V. G. Treitel, 324-325.

ugovora o prodaji pokretnih stvari kod kojih je rok preuzimanja isporuke fiksno određen, činjenica da kupac nije preuzeo u predviđenom roku ima za posledicu da se ugovor raskida po samom pravu³⁶.

4.2. Raskid na osnovu izjave

U ovom sistemu se ugovor ne raskida po samom pravu, niti odlukom suda, već do toga dolazi na osnovu izjave poverioca. Kada je o zahtevima formalnosti koje ta izjava mora da ispuni reč, tada se može povući razlika između kontinentalnih prava, s jedne strane, i prava *common law*, s druge. U prvima, izjava oštećenog, po pravilu, mora biti data u formi poziva dužniku da ispuni ugovor u naknadnom roku, nakon čijeg protoka će, ukoliko ni u tom roku dužnik ne ispuni ono što je dužan, ugovor biti raskinut. Ovo rešenje karakteristično je za nemačko pravo i u pitanju je ustanova *Nachfrist*, a zastupljeno je i u većem broju ostalih kontinentalnih prava³⁷, uključujući i naše, ali i u međunarodnim izvorima ugovornog prava³⁸.

I u pravima *common law* se ugovor može raskinuti na osnovu izjave oštećene strane ali, za razliku od kontinentalnih prava slične orijentacije, zahtevi formalnosti izjave o raskidu, nisu tako strogi. Da bi proizvela dejstvo, izjava ne mora biti u nekoj posebnoj formi³⁹, niti mora sadržati

³⁶ Čl. 1657. CC. Ova odredba, kao što je u njoj izričito navedeno, koncipirana je u korist prodavca, odnosno, da bi mu se pružila šansa da što pre preduzme mere radi zaštite svojih interesa (na primer, da odmah prepoda robu trećem licu).

³⁷ V. K. Jovičić, „Zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe”, *Strani pravni život* 2/2012, 178-179.

³⁸ Odredbe Bečke konvencije o realizaciji prava na raskid ugovora ukazuju da je to pitanje u ovom izvoru prava regulisano na autonoman način. Osnovno je pravilo da se raskid ugovora može dozvoliti samo kada je povreda ugovora takva da predstavlja bitnu povredu ugovora prema članu 25. Konvencije, i to pravilo je slično pravima *common law*. Međutim, ako povreda ugovora ne konstituiše bitnu povredu ugovora, onda se primenjuje pravilo inspirisano ustanovom *Nachfrist*, po kome oštećena strana može izjaviti da raskida ugovor samo ako je drugoj strani ostavila naknadni rok za ispunjenje (čl. 47 st. 1. i čl. 63. st. 1.), pa je ono izostalo i u tom roku, odnosno, dužnik je izjavio da to neće učiniti ni naknadno (čl. 49. st. 1b. i čl. 64. st. 1b.). Bečka konvencija ne poznaje sudski raskid ugovora, ali ni raskid ugovora po samom pravu. Isti koncept zastupaju i UNIDROIT Načela i Načela evropskog ugovornog prava, s tom razlikom što oba seta Načela predviđaju i mogućnost automatskog raskida ugovora u slučaju da poverilac, u obaveštenju kojim određuje dodatni rok dužniku za ispunjenje ugovora, to predvidi (čl. 7.1.5 st. 3. UNIDROIT Načela i čl. 8:106 st. 3. Načela evropskog ugovornog prava).

³⁹ U praksi, međutim, potreba da sud potvrdi da ugovor raskinut može biti neophodna da bi se posledice raskida realizovale, odnosno, da bi strana verna ugovoru dobila nazad ono što je na ime njegovog izvršenja već ispunila. Zato je za stranu koja raskida ugovor sigurnije da to učini izjavom u određenoj formi, pododbnjoj da ostavi valjani trag kao dokaz da je data.

osnov na kome oštećena strana zasniva to svoje pravo; bitno je da postoji povreda ugovora i da je ona dovoljno ozbiljna da opravda njegov raskid⁴⁰. Tako, na primer, kada prodavac kasni sa isporukom, tada se procenjuje da li je rok isporuke bitan ili ne⁴¹, pa ako jeste, onda kupčevo pravo da ugovor raskine nije sporno i može se realizovati prostom izjavom, a ako nije, onda kupac može da potražuje samo naknadu štete ili, eventualno, da zahteva da prodavac isporuči u naknadnom roku.

4.3. Raskid ugovora po sili zakona

Izuzetno, zakonom se ponekad izričito predviđa da do raskida ugovora dolazi *ex lege*. Ovo rešenje se, po pravilu, sreće u pravima koja imaju složeniji sistem realizacije prava na raskid ugovora (npr. kada se pravo za raskid ugovora veže za bezuspešni protek naknadnog roka za njegovo izvršenje), pa se predviđaju izuzeci od primene uobičajene procedure jer se smatra da ona nije potrebna, ili da nije prikladna u određenim situacijama. To je, na primer, slučaj kod ugovora u kojima je rok izvršenja fiksno određen, pa dužnik ne izvrši u tom roku, ili kada to ne učini ni u okviru dodatnog roka koji je odredio poverilac⁴².

5. Zaključni osvrt

Zahtev za raskid ugovora zbog neispunjenja ili neurednog izvršenja je pravno sredstvo koje vodi oslobođanju strana ugovornica od obaveze da izvrše ono na šta su ugovorom pristale. Time se ovo, po ugovor najteže pravno sredstvo, suprotstavlja načelu *pacta sunt servanda*, zbog čega sva prava predviđaju uslove i ograničenja pod kojima se ono može realizovati, a to ima za cilj da se spreči njegova upotreba protivno načelu savesnosti i poštenja. Najvažnije ograničenje koje se u tom cilju predviđa odnosi se na zahtev da povreda ugovora mora biti ozbiljna, teška da bi mogla biti osnov za raskid ugovora. Pored toga, pravo da se upotrebi ovo pravno

⁴⁰ U američkom pravu, na primer, izjava kupca da ugovor raskida zbog nesaobraznosti robe ne proizvodi dejstvo ako je data u nameri da onemogući prodavca da otkloni nedostatke u ispunjenju, na šta on ima pravo prema odredbama čl. 2-605 Jednoobraznog trgovačkog zakonika.

⁴¹ Kod ugovora o prodaji robe u engleskom pravu dogovor strana o roku isporuke sudovi tumače kao da je rok određen fiksno, a i u američkom pravu se na osnovu odredbe čl. 2-601 Jednoobraznog trgovačkog zakonika, po kome kupac ima pravo da odbije prijem robe u slučaju neodgovarajuće isporuke, može zaključiti da je dogovor o roku isporuke bitni element.

⁴² Na primer, čl. 125. i 126. ZOO; čl. 107. i 108. švajcarskog Obligacionog zakonika; §376 st. 1. nemačkog Trgovinskog zakonika.

sredstvo se, po pravilu, vremenski ograničava, a u nekim pravima je ono uslovljeno i mogućnošću da se vrati dužniku sve što je, eventualno, na ime izvršenja ugovora već ispunio. Kontrola ispunjenosti predviđenih uslova vrši se, po pravilu, predviđanjem posebnih procedura realizacije prava da se ugovor raskine, pa se u nekim pravima to može ostvariti samo u sudskom postupku, dok je u drugima dovoljno da poverilac učini odgovarajuću izjavu, a nekada do raskida ugovora dolazi i po samom pravu.

Katarina Jovičić, PhD

Research Associate,

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE CONDITIONS UNDER WHICH A CREDITOR ACQUIRES THE RIGHT TO TERMINATE THE CONTRACT DUE TO NONPERFORMANCE AND RESTRICTIONS ON DISPOSAL OF THE RESPECTIVE RIGHT

Summary

The termination of the contract is a remedy available to each contracting party under the provided conditions in case when the other party does not fulfill contractual obligations. This right is established by law, but also can be provided by the contract itself. The aim which creditor wants to achieve using it is to get free from his contractual obligation and to get things back, to the maximum extent possible, into the position in which they would have been if the performance of the contract has not even started. Having in mind that the termination of the contract is a remedy that affects the contract on the most difficult way, all legal systems provide conditions and restrictions of its use, in order to prevent its misuse. A request that the breach of contract has to be sufficiently serious is the most important restriction in that context, as only severe

breach can be a basis for rescind of the contract. Beside that, a right to use that remedy is, as a rule, time-limited, and in some legal systems it depends upon by the possibility to return the debtor what he has already fulfilled in the name of performance of the contract. Predicting specific procedures for realization of the right to terminate the contract, control of fulfillment of mentioned conditions is carried out. So, termination can be exercised only in court proceedings in some legal systems, while in others it is enough if the creditor makes an appropriate statement. Sometimes, termination of the contract comes ex lege.

Key words: contract, nonperformance of the contract, remedy, demand for termination the contract.

Mr Isidora Beraha¹
Dr Sonja Đuričin²

Originalni naučni rad
UDK: 346.62(497.11)

EFEKTI USPOSTAVLJANJA PRAVNOG OKVIRA ZA MIKROFINANSIRANJE U SRBIJI³

Apstrakt

Postojeći model mikrofinansiranja u Srbiji ograničava njegovo efikasno funkcionisanje i zadovoljenje tražnje za mikro-kreditima od strane privrede i stanovništva, što nameće potrebu za uspostavljanjem adekvatnog pravnog okvira koji bi uslovio razvoj mikrofinansijskog sektora. Polazeći od osnovne uloge koju mikrofinansiranje, pre svega mikrokreditiranje, ima u postupku kreiranja održivog ekonomskog razvoja, rad ima za cilj da ukaže na značaj uspostavljanja adekvatnog pravnog okvira u ovoj oblasti i pozitivne društveno-ekonomske efekte koji iz njega proizilaze. U radu su analizirani postojeći model mikrofinansiranja u Srbiji i odabrana evropska iskustva u ovoj oblasti. Analiza Rumunije, kao primera dobre prakse, je pokazala da postojanje adekvatnog pravnog okvira omogućava efikasnije funkcionisanje mikrofinansiranja i podstiče razvoj mikro-kredita i mikro preduzeća.

Ključne reči: pravni okvir, mikrofinansiranje, mikro-krediti, društveno-ekonomski efekti, sektor MSPP

1. Uvod

Mikrofinansiranje predstavlja sektor finansijskih usluga namenjenih korisnicima kojima je zbog visine primanja onemogućen pristup

¹ Istraživač saradnik Instituta ekonomskih nauka u Beogradu, e mail: isidora.beraha@ien.bg.ac.rs

² Istraživač saradnik Instituta ekonomskih nauka u Beogradu, e mail: sonja.djuricin@ien.bg.ac.rs

³ Rad je deo istraživačkih projekata pod šifrom 47009 (Evropske integracije i društveno-ekonomske promene privrede Srbije na putu ka EU) i 179015 (Izazovi i perspektive strukturnih promena u Srbiji: Strateški pravci ekonomskog razvoja i usklađivanje sa zahtevima EU), finansiranih od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije

klasičnim bankarskim i drugim finansijskim uslugama. Pored usluga mikrokreditiranja, mikrofinansiranje uključuje i druge usluge, kao što su: mikroštednja, mikroosiguranje, transfer novca i sl. Mikrokreditiranje predstavlja vrstu finansijske usluge koja se razvila kao posledica izostanka mogućnosti korišćenja sredstava komercijalnih banaka od strane siromašnih pojedinaca, koji su imali ambiciju da razviju svoje preduzetničke ideje. Prvi oblici mikrokreditiranja zabeleženi su u *Grameen Bank* u Bangladešu, osnovane 1976. godine od strane *Muhammad Yunus* koji je za svoj doprinos ekonomskom razvoju i pomoći milionima siromašnih dobio Nobelovu nagradu za mir 2006. godine.

U Republici Srbiji, koju poslednjih decenija odlikuje loša poslovna klima, a posledično i nedovoljna društveno-ekonomska razvijenost, mikrofinansiranje ima širi značaj. Pad privredne aktivnosti, nerazvijenost finansijskog tržišta, kriza na tržištu rada i sve izraženije socijalne razlike i siromaštvo uticali su na činjenicu da mikrofinansiranje postane jedna od osnovnih poluga ekonomskog razvoja sa značajnim društveno-ekonomskim efektima.

Prema rezultatima istraživanja USAID u okviru projekta koji se bavi analizom uslova poslovanja u Srbiji, tražnja za mikrofinansijskom podrškom i sredstvima znatno prevazilazi njihovu trenutno raspoloživu ponudu. Uzimajući u obzir postojeći model mikrofinansiranja u Srbiji, procenjuje se da bi tražnja za mikro-kreditima u 2017. godini u odnosu na 2014. godinu mogla da poraste sa 55% na 63%. S druge strane, očekuje se da bi uspostavljanje adekvatnog pravnog okvira o mikrofinansiranju uticalo na smanjenje ovog tržišnog jaza sa pomenutih 55% u 2014. godini na 28% u 2017. godini.

Potreba za razvojem mikrofinansiranja u Srbiji uslovljena je većim brojem faktora, a pre svega opštim nepovoljnim stanjem u privredi i rastom siromaštva, ograničenim pristupom MSPP spoljnim izvorima finansiranja, naročito u ranoj fazi razvoja i nedovoljnom informisanosti potencijalnih korisnika o ovoj vrsti finansijskih usluga.

Polazeći od osnovne uloge koju mikrofinansiranje, pre svega mikrokreditiranje, ima u postupku kreiranja održivog ekonomskog razvoja, rad ima za cilj da ukaže na značaj uspostavljanja adekvatnog pravnog okvira u ovoj oblasti i pozitivne društveno-ekonomske efekte koji iz njega proizilaze. U cilju iznalaženja pozitivnih društveno-ekonomskih efekata u radu su analizirani postojeći model mikrofinansiranja u Srbiji i odabrana evropska iskustva u ovoj oblasti.

2. Postojeći model mikrofinansiranja u Srbiji

Aktuelni bankarski propisi u Srbiji ne pružaju mogućnost ni jednoj drugoj vrsti finansijskih institucija da prima štedne uloge i vrši pozajmljivanje privredi, pre svega sektoru MSPP. Nezainteresovanost banaka za plasiranje novca u obliku mikrokredita uslovlila je razvoj nekoliko tzv. mikrofinansijskih institucija (*microfinance institutions – MFIs*) koje kreditno podržavaju porodice sa niskim primanjima, preduzetnike početnike i mikro preduzeća. Rad mikrofinansijskih institucija omogućen je isključivo preko „partnerstva” sa poslovnim bankama. Postojeće mikrofinansijske institucije svoje aktivnosti obavljaju preko banaka, dajući im raspoloživa sredstva na komision. Banke vrše isplatu kredita, dok mikrofinansijske institucije obavljaju sve druge poslove vezano za pronalaženje klijenata, tehničku obradu zahteva, kontrolu namenskog korišćenja kredita i dr. Zbog zakonskih ograničenja, ove institucije obavljaju veći deo posla u postupku odobravanja kredita iako se banke formalno pojavljuju kao davaoci kredita⁴. Mikrofinansijske institucije imaju konsultante koji pomažu svakom klijentu da razume kreditne uslove, popuni odgovarajuće upitnike, izradi biznis plan i pripremi potrebnu dokumentaciju. Ukoliko klijent uspešno realizuje sve predpripremne radnje i njegova poslovna ideja se pokaže ekonomski opravdana, mikrofinansijska institucija donosi odluku o odobravanju kredita. Konačnu odluku o isplati kreditnih sredstava donosi banka sa kojom mikrofinansijska institucija saraduje. Nakon isplate kredita i početka njegovog korišćenja, mikrofinansijska institucija vrši monitoring i kontroliše namensko korišćenje sredstava. Mikrofinansijske institucije koje posluju u Srbiji su: MicroFins – DBS doo, Agroinvest Holding i Mikro razvoj doo.

MicroFins – DBS doo Beograd vrši usluge mikrokreditiranja fizičkih lica koja se bave samostalnom delatnošću (preduzetnici), sa ciljem poboljšanja životnog standarda i razvoja preduzetničkog duha. U ponudi su mikrokrediti sa kamatnom stopom od 3,29% za iznose od 50.000 RSD do 200.000 RSD i rokom otplate od 9 do 24 meseca. U zavisnosti od visine kredita, zavise i instrumenti obezbeđenja.

Agroinvest Holding je ogranak *Vision Fund International* i u Srbiji posluje od 2001. godine sa ciljem razvoja privrede, smanjenja siromaštva i povećanja zaposlenosti u nerazvijenim područjima. Krediti se koriste za pokretanje i unapređenje malog biznisa u oblasti trgovine, usluga i poljoprivrede i za rekonstrukciju proizvodnih pogona i poslovnog prostora, a namenjeni su preduzetnicima koji posluju u ruralnim područjima, kategorijama stanovništva sa niskim primanjima ili nezaposlenima, kao i mikro preduzećima sa dobrom poslovnom idejom. Maksimalan iznos

⁴ D. Erić et al., Finansiranje malih i srednjih preduzeća u Srbiji, 2012, 141

kredita je 400.000 RSD. Instrumenti obezbeđenja su obavezni, bez obzira na visinu kredita.

Mikro razvoj doo predstavlja jednu od najiskusnijih mikrofinansijskih institucija u Srbiji koja je preuzela poslove Fonda za mikro razvoj i nastavila sa izvršavanjem započetih projekata, a od 2013. godine je članica Evropske mikrofinansijske mreže (*EMF*). Cilj aktivnosti institucije je doprinos smanjenju siromaštva kroz inkluziju ugroženih, razvoj malog biznisa i kreiranje novih radnih mesta, dok je specifičan cilj obezbeđivanje prihoda, unapređenje kvaliteta stanovanja i obrazovanja raseljenim licima, izbeglicama i Romima. U ponudi su krediti u vrednosti od 20.000 – 500.000 RSD, sa rokom otplate od 6 - 36 meseci i kamatnom stopom čija visina zavisi od partnerske poslovne banke, kao i nefinansijske usluge savetodavnog tipa kao što su usavršavanje znanja i veština kroz dobijanje sertifikata, izrada biznis plana, istraživanja tržišta i sl.

Rad mikrofinansijskih institucija posredstvom banaka odlikuje niz nedostataka. Ovde se pre svega misli na činjenicu da svaka interna izmena u poslovanju banke-partnera dovodi do ponovnog pregovaranja i kreiranja novih uslova saradnje između dve organizacije. Troškovi poslovanja rastu, dolazi do prekida u radu mikrofinansijske institucije, a administrativne procedure se dodatno komplikuju. Otežavajuća okolnost se ujedno nalazi i u činjenici da se pomenutim zakonom mikro-krediti tretiraju kao “zajmovi u gotovini”, odnosno kao “potrošački krediti”, te se nalaze da budu obezbeđeni sa 122% kapitala čime se značajno smanjuje mogućnost plasmana sredstava mikrofinansijske institucije.

Pored mikrofinansijskih institucija, usluge mikrokreditiranja omogućene su i preko razvojnih nacionalnih programa podrške. U cilju podsticaja samozapošljavanja i razvoja preduzetničkog duha Vlada Republike Srbije je razvila niz instrumenata putem kojih, direktno ili preko emitenata, kreditno nesposobnim entitetima pruža mogućnost pribavljanja potrebnih finansijskih sredstava. Činjenica da razvojni nacionalni programi podrške Vlade RS predstavljaju daleko najveći obim finansijske podrške malim i srednjim preduzećima, registrovanim poljoprivrednicima, domaćinstvima i nezaposlenima je, u postojećim makroekonomskim okolnostima⁵, neprihvatljiva.

Sledeći primer dobre prakse, Vlada Republike Srbije treba da omogući makroekonomsku stabilnost i stvori ambijent za razvoj profitabilnih davaoca mikro-kredita koje odlikuje opsluživanje klijenata bez potrebe dodatnog

⁵ I. Beraha, S. Đuričin, „Stanje srpske privrede u poređenju sa bivšim republikama dvadeset godina nakon raspada SFRJ”, *20 godina od razbijanja SFRJ*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011, 275-303

obezbeđenja sredstava od donatora ili iz državnih subvencija. Iz tih razloga nova *Strategije razvoja preduzetništva i sektora MSP u period 2014.-2020. godina*, između ostalog, sadrži ciljeve koji se odnose na uklanjanje administrativnih prepreka i poboljšanje pravnog okvira u ovoj oblasti⁶. Realizacija ovih ciljeva zahteva uspostavljanje pravnog okvira kojim bi bilo regulisano osnivanje i rad nebankarskih kreditnih institucija i kojim bi se utvrdio postupak licenciranja i nadzora mikrofinansijskih organizacija. Iskustvo pokazuje da su privatni davaoci mikro-kredita mnogo efikasniji od državnih, kao i da je model „profitnog“ mikrokreditiranja superiorniji u odnosu na „neprofitne“ modele⁷.

3. Pravni okvir o mikrofinansiranju – odabrana evropska iskustva

Pravni okvir u kojem se osnivaju, posluju i finansiraju mikro preduzeća razlikuje se među zemljama članicama EU. U većini zemalja ne postoje specifični zakoni koji se odnose na mikro preduzeća. Samo su Rumunija, Francuska, Mađarska, Italija, Slovenija, Latvija i Litvanija usvojile zakone o mikro preduzećima kojima se regulišu oblasti kao što su porezi, uslovi i procedure osnivanja i sl. Mikrofinansiranje je, takođe, u nekim zemljama regulisano posebnim zakonskim aktima, dok u drugim odredbama postojećih zakona (npr. zakona o bankarskom sektoru, zakona o nevladinim organizacijama i sl.). Uopšteno govoreći, nacionalna i zakonodavstvo EU u dovoljnoj meri ne uvažavaju specifičnu prirodu mikro-kredita. Obezbeđivanje mikro-kredita se tretira kao finansijska aktivnost na koju se primenjuju opšti zakonski propisi o finansiranju i kreditiranju. U nekim zakonodavstvima, kao npr. Rumunije i Francuske, postoje specifični zakoni koji regulišu oblast mikrokreditiranja i poslovanja nebankarskih institucija.

U uslovima u kojima postoje značajne razlike u načinima na koje je mikrofinansiranje regulisano u zemljama članicama EU, javila se potreba za lansiranjem inicijativa koje bi omogućile prikupljanje znanja, iskustava i primera dobrih praksi i njihovu diseminaciju unutar Unije. Cilj ovakvih inicijativa treba da bude pružanje pomoći zemljama članicama u uspostavljanju adekvatnog pravnog i regulatornog okvira i podrška razvoju mikrofinansijskog sektora uopšte. Najznačajnija inicijativa ove vrste nosi naziv Radna grupa o pravnom i regulatornom okruženju⁸. Inicijativu je osnovala EU, njom upravlja Evropska mikrofinansijska

⁶ S. Đuričin, O. Pantić, „Harmonization of national strategic documents with the documents of EU: licenses and permits for SMEs”, *Contemporary trends and prospects of economic recovery*, CEMAFI International Association, Nice, 2014, 623

⁷ D.Gies, „Mikrokreditiranje u Srbiji: da li je (zaista) potrebno?”, *Kvartalni monitor* 22/2010, 77-85

⁸ Legal and Regulatory Environment Working Group (LER-WG)

mreža, a primarni cilj je doprinos uspostavljanju pravnog i regulatornog okvira za mikrofinansiranje u članicama EU, jačanje kapaciteta Mreže za lobiranje na institucionalnom nivou i podrška transferu znanja i primera dobre prakse između mikrofinansijskih sektora u zemljama Unije.

Radna grupa o pravnom i regulatornom okruženju okuplja članice iz Nemačke, Mađarske, Rumunije, Francuske, Italije i Španije. Razlike u pravnim okvirima pomenutih zemalja mogu se sistematizovati na sledeći način⁹:

- U zakonodavstvima Rumunije i Francuske postoje posebni i specifični zakoni koji uređuju oblasti mikrokreditiranja i rada nebankarskih finansijskih institucija;
- U Italiji je od 2010. godine osnivanje nebankarskih mikrofinansijskih institucija regulisano zakonskim propisima. Novim članom Zakona o bankama u Italiji omogućeno je da pomenuti subjekti odobravaju kredite pojedincima za osnivanje i razvoj biznisa;
- U Mađarskoj ne postoji opšti pravni okvir koji se odnosi na mikrokreditni sektor. Međutim, postoje posebna pravila koja uređuju poslovanje institucija koje pružaju usluge mikrokreditiranja.
- Nemačka, uprkos tome što uvažava značaj mikrokreditiranja, ne želi da podriva monopolski položaj banaka pa je kreirala subvencionisani sistem zasnovan na saradnji između banaka i mikrokreditnih asocijacija;
- U Španiji ne postoji poseban zakon koji reguliše mikrofinansiranje ali su uočeni sistematski naponi na formiranju radnih grupa sa ciljem da se predloži regulativa o mikrofinansijskim institucijama.

Prema zakonodavstvu EU nebankarske institucije ne mogu uzimati depozite ali mogu obavljati aktivnosti kreditiranja. Međutim, mnoge zemlje članice su svojim nacionalnim zakonodavstvima ograničile kreditiranje samo na banke i specifične finansijske institucije, dok mikrokreditne institucije imaju ulogu posrednika. U zemljama kao što su Nemačka, Francuska, Austrija, Mađarska, Kipar, Slovenija i Luksemburg banke imaju monopol na tržištu zajmova. U manjem broju zemalja (npr. u Francuskoj) zakonodavstvo dozvoljava odobranje kredita i nebankarskim institucijama. U pogledu institucija koje odobravaju mikrokredite praksa je slična u svim zemljama članicama i to su pre svega komercijalne banke i kreditne unije, zatim različite asocijacije (u Francuskoj je to asocijacija Adie, u Italiji su

⁹ European Microfinance Network, Legal and Regulatory Working Group, A Collection of Case Studies on the Legal and Regulatory Framework for Microfinance Provision, 12/2012, 2

neprofitne organizacije), vladine agencije i druge nebankarske institucije¹⁰.

Prakse evropskih zemalja razlikuju se i u oblasti poreskog zakonodavstva. Nacionalnim zakonodavstvima pojedinih zemalja predviđene su poreske olakšice za mikro preduzeća i mikrofinansijske institucije, a u nekim retkim slučajevima i poreska oslobođenja. Posebni uslovi oporezivanja za mikro i MSP primenjuju se u zemljama kao što su npr. Rumunija i Nemačka, dok pravo na odbitak poreza uživaju samozaposleni u Danskoj. Finska državna mikrofinansijska institucija *Finnish* oslobođena je poreza na prihod, dok su preduzetnici ili preduzeća čiji godišnji promet ne prelazi određeni iznos izuzeta od poreza na dodatu vrednost. U Španiji se na neprofitne organizacije primenjuje poseban poreski režim. Analiza iskustava ukazuje na odsustvo trenda, odnosno individualan pristup zemalja članica Unije u uvođenju poreskih podsticaja za mikrokreditiranje.

Odsustvo specifične zakonske regulative kojom bi se oblast mikrofinansiranja precizno definisala, može da uzrokuje probleme u pojedinim aspektima njegovog funkcionisanja. Naime, u nekim zemljama pristup centralizovanim registrima kreditne istorije pravnih i fizičkih lica omogućen je samo bankama što predstavlja problem kada se u ulozi mikrokreditnih institucija javljaju nebankarske institucije. U principu je češći slučaj da nacionalna zakonodavstva po pitanju zaštite podataka ne tretiraju na poseban način mikrokreditiranje. Međutim, u nekim evropskim zemljama nebankarske mikrokreditne institucije nemaju automatski direktan pristup bazama kreditnih biroa i to najčešće iz dva razloga¹¹: 1) pristup bazama zahteva članstvo u njima, a to članstvo nudi mogućnost pristupa podacima ali i obavezu dostavljanja istih (Austrija, Kipar, Danska, Litvanija, Španija); 2) u nekim zemljama (Estonija, Finska, Grčka, Slovačka, Slovenija) pristup bazama omogućen je samo bankarskim institucijama, a nebankarske mikrokreditne institucije nemaju obavezu dostavljanja podataka o korisnicima kredita. U određenom broju zemalja (kao što su Rumunija, Bugarska, Mađarska, Nemačka itd.) ova problematika regulisana je tako što nebankarske mikrokreditne institucije imaju pravo pristupa bazama i obavezu dostavljanja podataka u slučaju da su učesnice u procesu finansiranja ili ako njihov portfolio prelazi određeni iznos. Takođe, postoje zemlje u kojima mikrofinansijske institucije imaju sopstvene baze podataka o kreditnim istorijama korisnika.

Analiza iskustava pokazuje da ne postoji jedno univerzalno rešenje koje se može smatrati idealnim i koje je primenljivo u svim zemljama. Međutim,

¹⁰ The Thomson Reuters Foundation for Adie, *Creating Jobs in Europe: Legal and Regulatory Frameworks of Microenterprises and Microcredit in Europe*, A TrustLaw publication, 2011, 14

¹¹ *Ibid.*, 18.

analiza nedvosmisleno ukazuje i da postojanje adekvatnog pravnog okvira omogućava efikasnije funkcionisanje mikrofinansiranja i podstiče razvoj mikro-kredita i mikro preduzeća. Pravnim okvirom stvaraju se pretpostavke za osnivanje nebankarskih mikrofinansijskih institucija. Sa povećanjem broja institucija koje obezbeđuju finansijsku pomoć za mikro preduzeća značajno se doprinosi ostvarivanju ciljeva razvoja preduzetništva, smanjenja nezaposlenosti i privrednog rasta nacionalnih ekonomija. Zakonsko regulisanje mikrofinansiranja pomaže rešavanje problema pribavljanja kapitala za mikro preduzeća ili pojedince koji nemaju pristup tradicionalnim izvorima finansiranja. Specifičnim zakonodavstvima uvode se i garancijske šeme za kredite koji se odobravaju mikro i MSP čime se kreditne institucije oslobađaju dela rizika vezanog za finansiranje ovih preduzeća.

Imajući u vidu da analiza praksi u evropskim zemljama treba da bude u funkciji sagledavanja efekata zakonskog regulisanja mikrofinansiranja u Srbiji, kao i davanja određenih preporuka i smernica sa tim u vezi, detaljnije su analizirana iskustva Rumunije kao zemlje koja je ostvarila veliki napredak u oblasti mikrofinansiranja i može se smatrati primerom dobre prakse. Rumunija ne samo što je usvojila specifične zakone o mikrokreditiranju već poseduje i izvesne sličnosti sa Srbijom, što analizu čini relevantnom u odnosu na predmet i cilj ovog rada.

Specifični pravni okvir za mikrofinansiranje u Rumuniji inicijalno je uveden 2000. godine sa ciljem razdvajanja aktivnosti mikrofinansiranja od mikrofinansijskih i razvojnih programa međunarodnih mikrofinansijskih institucija i jačanje svesti kreatora ekonomske politike o potencijalnom značaju ovog sektora za ekonomski razvoj zemlje¹². Njegovu okosnicu čine Zakon o nebankarskim finansijskim institucijama i Zakon o aktivnostima kreditnih unija. Pravnim okvirom regulisani su svi važni aspekti osnivanja i poslovanja pružaoca mikrofinansijskih usluga kao što su: moguće pravne forme u kojima se osnivaju, minimalni zahtevani kapital, maksimalan iznos kredita koji mogu da pružaju, kamatne stope i druge provizije na mikro kredite i druge usluge, izveštavanje Narodnoj banci i drugim relevantnim institucijama.

Kratak pregled najznačajnijih karakteristika pravnog okvira koji reguliše odobranje mikro kredita i poslovanje mikrofinansijskih institucija prikazan je u narednoj tabeli¹³:

¹² A Collection of Case Studies on the Legal and Regulatory Framework for Microfinance Provision, European Microfinance Network, Legal and Regulatory Working Group, 12/2012, 16

¹³ Creating Jobs in Europe: Legal and Regulatory Frameworks of Microenterprises and Microcredit in Europe

A TrustLaw publication by the Thomson Reuters Foundation for Adie, 2011, 122

Tabela br. 1: Pravni i regulatorni okvir za mikro preduzeća i mikrofinansiranje u Rumuniji

REGULATORNI OKVIR ZA MIKRO KREDITE I MIKROFINANSIJSKE INSTITUCIJE
Vrste institucija koje obezbeđuju mikro kredite
Kreditne agencije Uredba Vlade br. 40/2000; Nebankarske mikrofinansijske institucije kao što su: Opportunity Romania, CAPA Finance, Express Finance, LAM; ROMCOM; Centar za ekonomski razvoj upravlja mikrokreditnim linijama Svetske Banke posredstvom ministarstava Rumunije; Komercijalne banke kao što su: Romanian Bank for Development (BRD), Romanian Commercial Bank (BCR); Specijalizovane banke: EximBank.
Specifični zakoni i regulativa koja se primenjuje na mikro kredite i mikrofinansijske institucije
Odluka Vlade br. 40/2000 u vezi sa odobravanjem kreditnih agencija u pogledu upravljanja njihovim fondovima za odobravanje mikro kredita, naknadno izmenjena ("Odluka Vlade 40/2000"); Zakon br. 93/2009 o nebankarskim finansijskim institucijama ("Zakon 93/2009"); Regulativa br. 20/2009 o nebankarskim finansijskim institucijama; Regulativa br. 4/2004 Narodne banke Rumunije o organizaciji i poslovanju Biroa za rizik banaka (Bankig Risks Office); Odluka Vlade br. 167/2010 kojom su odobreni Propisi o finansiranju preduzeća subvencionisanim kamatama ("Odluka 167/2010"); Odluka br. 69/2010 kojom se odobrava procedura za implementaciju Programa za razvoj preduzetničkih veština mladih i olakšavanje pristupa izvorima finansiranja - START ("Odluka 69/2010"); Odluka br. 105/2007 o obradi ličnih podataka u Kreditnom birou.
Izvori finansiranja za mikrofinansijske institucije
Komercijalne banke; Akcijski kapital; Fondovi Evropske Banke za Obnovu i Razvoj; Vlada Rumunije; Državni fond za razvoj međunarodne trgovine, finansiranje i refinansiranje programa razvoja, infrastrukture, objekata od javnog značaja, regionalnog razvoja, podrške aktivnostima istraživanja i razvoja, zaštite životne sredine, zapošljavanja i obuke, podrške i razvoja MSP; Soros Economic Development Fund - CDE Rural microfinance Program and CDE Roma Microcredit Program.
Operativna i finansijska autonomija mikrofinansijskih institucija
Nezavisno od pravnih zahteva za osnivanje mikrofinansijskih institucija i pravila korporativnog upravljanja, ove institucije uživaju operativnu i finansijsku autonomiju. Međutim, što se tiče odobravanja mikro kredita iz državnih fondova, autonomija kreditnih agencija i nebankarskih finansijskih institucija je ograničena s obzirom da kamatu prikupljenu od korisnika kredita mogu da koriste samo za kreiranje državnih fondova za mikro kredite. Nacionalna Banka Rumunije je nadzorni organ za sve nebankarske finansijske institucije. Nezavisno od stepena autonomije mikrofinansijskih institucija, NBR nadgleda njihove aktivnosti i može da kontroliše njihove centrale, registre, račune i kreditne aktivnosti. Takođe, nebankarske mikrofinansijske institucije moraju da dostave NBR svoje finansijske izveštaje i sve druge podatke koje NBR smatra neophodnim. U slučaju nepoštovanja ovih pravila, NBR može da kazni ili zabrani privremeno ili trajno rad takve institucije.

Postojanje pravila o zelenaštvu (maksimalne kamate)
Prema opštem pravilu koje proističe iz slobode uređivanja obligacionih odnosa, ugovorne strane mogu dogovoriti kamatnu stopu koju će primenjivati na sve odobrene kredite. Međutim, u skladu sa propisima o zaštiti potrošača, ukupan iznos kamatne stope mora biti jasno naznačen korisniku kredita. Što se tiče mikro kredita koji se odobravaju iz državnih fondova, Odlukom Vlade br. 40/2000 utvrđena je maksimalna kamata. Dalje, na osnovu Odluke br. 167/2010, pod određenim uslovima, Exim Banka može da subvencionise kamatu mikro preduzećma za kredite za investicione projekte, u iznosima između 10.000 i 35.000 Eura na period od 5 godina.
Pristup garancijskim šemama za banke i nebankarske institucije koje odobravaju mikro kredite
Nacionalni garancijski fond za MSP može da obezbedi garancije za kredite za MSP do 80% vrednosti kredita ali ne u iznosu većem od 80.000 Eura (standardna garancija) ili unutar određenog limita na osnovu sporazuma između Fonda i subjekta koji odobrava kredit (limitirana garancija). Fond odobrava garancije za sledeće nebankarske institucije: Small Finance IFN SA, Next Capital Factoring IFN, Patria Credit Institutie Financiara Nebancara SA, Access Financial Services IFN SA.
Registar podataka o kreditnoj istoriji i pristup nebankarskih mikrofinansijskih institucijama ovim registrima
u Rumuniji postoje dva osnovna registra kredita. Banking Risks Office Nacionalne Banke Rumunije sadrži lične podatke korisnika (pravnih i fizičkih lica), obaveze u iznosu većem od 20.000 RON (približno 4.600 Eura) i prevare kreditnim karticama. Podaci se čuvaju 7 godina. Kreditni biro je registar koji sadrži podatke o pojedincima koji ne izmiruju svoje obaveze duže od 30 dana. Podaci se čuvaju 4 godine. Mikrofinansijske ili kreditne institucije koriste ove podatke prilikom razmatranja odobranja kredita klijentima. Finansijske i kreditne institucije imaju pristup na bazi reciprociteta podacima Kreditnog biroa ukoliko sa njim imaju potpisan sporazum. Registar NBR je dostupan subjektima koji su u obavezi da NBR dostavljaju podatke (kreditne i nebankarske institucije čiji portfolio je veći od 12 mlrd Eura i koje su registrovane u Specijalnom registru NBR). Fizička lica takođe imaju pristup ovim registrima kako verifikovali podatke o svojoj kreditnoj istoriji.
Značajne preduzete inicijative za razvoj mikro kredita
Zahvaljujući novom pravnom okviru odnosno usvajanjem Zakona br. 93/2009 kojim su značajno smanjenje barijere za osnivanje i dobijanje dozvole, više od 50 novih mikrofinansijskih institucija je registrovano u periodu od 2 godine. Takođe, Odluka Vlade br. 6/2011 o stimulanju osnivanja i razvoja mikro preduzeća za mlade preduzetnike je stupila na snagu februara 2011. Na osnovu pomenute odluke Nacionalni garancijski fond za MSP daje garancije za mikro kredite mladim preduzetnicima koji nisu stariji od 35 godina koji prvi put osnivaju društvi sa ograničenom odgovornošću. Mikro preduzeća koja su osnovana prema Odluci 6/2011 oslobođena su plaćanja troškova registracije.

Izvor: The Thomson Reuters Foundation for Adie, Creating Jobs in Europe: Legal and Regulatory Frameworks of Microenterprises and Microcredit in Europe, A TrustLaw publication, 2011.

Kao najznačajnije prednosti prikazanog zakonodavstva smatraju se sledeće¹⁴: 1) pruža okvir za razvoj mikrofinansijskog sektora i unapređenje

¹⁴ European Microfinance Network, A Collection of Case Studies on the Legal and Regulatory Framework for Microfinance Provision, Legal and Regulatory Working Group, 12/2012, 18

pristupa izvorima finansiranja za lica i preduzeća koja nisu kreditno sposobna; 2) omogućilo je povećanje broja pružaoca mikrofinansijskih usluga sa 8 na približno 200; 3) operativna održivost pružaoca usluga je preko 100% i 4) aktivnosti kreditne unije su izuzete od oporezivanja.

4. Efekti uspostavljanja pravnog okvira za mikrofinansiranje u Srbiji

Uspostavljanje jasnog i koherentnog pravnog okvira za mikrofinansiranje u Srbiji je pretpostavka razvoja i ostvarivanja osnovne uloge mikrofinansijskog sektora koja se odnosi na efikasno pružanje finansijskih usluga MSP, preduzetnicima i drugim subjektima kojima je onemogućen pristup tradicionalnim izvorima finansiranja, uz istovremen pozitivan razvojni i društveni uticaj.

Uvođenje zakonodavstva kojim bi se precizno regulisala oblast poslovanja mikrofinansijskih institucija omogućilo bi razvoj mikrofinansijskog sektora i smanjivanje postojećeg jaza između ponude i tražnje za mikro kreditima i to na nekoliko načina¹⁵: 1) povećanjem portfolia mikrofinansijskih institucija u Srbiji, odnosno intenzivnijim prilivom sredstava investitora; 2) intenzivnijim uključivanjem postojećih i novih mikrofinansijskih institucija u svojstvu partnerskih kreditnih institucija u realizaciju programa finansiranih sredstvima EU (programi unapređenja pristupa izvorima finansiranja za MSP, programi razvoja preduzetništva, start-up i inovacija); 3) pristupom srpskih bankarskih i nebankarskih institucija programima Evropske komisije koji pružaju finansijsku i tehničku podršku; 4) širenjem aktivnosti postojećih mikrofinansijskih mreža koje posluju na Balkanu i širom sveta, kroz osnivanje mikrofinansijskih institucija u Srbiji i 5) aktivnijim uključivanjem lokalnih investitora, uključujući komercijalne banke, i osnivanjem novih komercijalnih nebankarskih institucija sa ciljem pružanja finansijskih usluga. Razvoj i efikasno funkcionisanje mikrofinansijskog sektora uslovalo bi diversifikaciju ponude finansijskih usluga, povećanje dostupnosti i snižavanje troškova finansijskih proizvoda.

Prema rezultatima već pomenutog istraživanja USAID, promene u srpskom zakonodavstvu bi trebalo da omoguće mikrofinansijskim institucijama direktno odobravanje kredita ciljnim korisnicima. Takve promene bi rezultirale redizajnom asortimana finansijskih proizvoda

¹⁵ M. Doiciu, ppt: Introduction of non-deposit-taking micro-finance institution in Serbia, Projekat za bolje uslove poslovanja, USAID, 2014, 1-30

postojećih mikrofinansijskih institucija i to u pravcu povećanja stepena njihove dostupnosti kroz snižavanje cena finansijskih proizvoda i ekspanziju aktivnosti kako bi se doprelo do što većeg broja potencijalnih korisnika naročito u nerazvijenim područjima. Takođe, neophodno je da novi pravni okvir predvidi minimalni zahtevani kapital za mikrofinansijske institucije čime bi se omogućilo da one u prve dve godine posluju sa neutralnim finansijskim rezultatom, kao i da njihovo poslovanje bude u skladu sa standardima kvaliteta EU za mikro kreditiranje (*European Code of Good Conduct*). Ulaganje u poslovanje mikrofinansijskih institucija trebalo bi da bude kombinacija duga (srednjoročne/dugoročne kreditne linije na period od 5 do 10 godina) i kapitala do vrednosti racia duga prema sopstvenom kapitalu od 6:1, pri čemu bi, u periodu od najmanje 3 godine, profit ovih institucija bio reinvestiran u cilju povećanja portfolia i broja korisnika. Prema procenama USAID-a, uspostavljanje pravnog okvira za mikrokreditiranje rezultiralo bi povećanjem kumulativnog priliva sredstava mikrofinansijskih institucija, banaka i programa/finansijskih instrumenata EU u srpsku privredu.

Adekvatan pravni okvir je preduslov razvoja mikrofinansijskog sektora u Srbiji. Samo efikasan i održiv mikrofinansijski sektor doprinosi ostvarivanju socijalnih ciljeva i razvoju nacionalne ekonomije, pre svega kroz smanjenje nezaposlenosti kao jednog od gorućih problema srpske privrede. Prema procenama USAID-a, jedan od najznačajnijih direktnih efekata razvoja mikrofinansijskog sektora je 230.000 novih radnih mesta (sa punim radnim vremenom i u formama samozapošljavanja) u naredne četiri godine. Unapređenjem pristupa izvorima finansiranja za domaća MSPP, kroz smanjenje cene mikro kredita i njihovu veću dostupnost, mikrofinansijski sektor pomaže u otklanjanju jedne od najvećih prepreka za dinamičniji razvoj i veći doprinos ovih preduzeća ekonomskom rastu i razvoju.

5. Zaključak

U uslovima aktuelnog stanja u srpskoj privredi postojeći model mikrofinansiranja ograničavanjem njegove efikasno funkcionisanje. Neophodno je uspostavljanje pravnog okvira koji bi omogućio razvoj mikrofinansijskog sektora i posledično njegov veći doprinos ostvarivanju društvenih i ekonomskih ciljeva. Uvažavajući odabrana evropska iskustva, a posebno Rumunije kao zemlje u kojoj su specifičnim pravnim okvirom regulisani svi značajni aspekti osnivanja i poslovanja mikrofinansijskih institucija, sagledani su pozitivni efekti zakonskog regulisanja ove oblasti u Srbiji. Očekivanja su da bi uspostavljanje adekvatnog pravnog okvira u Srbiji

imalo za rezultat kreiranje održivog sektora mikrofinansiranja, odnosno povećanje broja i portfolia mikrofinansijskih institucija, smanjivanje jaza između ponude i tražnje za mikro kreditima, intenzivnije uključivanje domaćih finansijskih institucija u razvojne programe EU, unapređenje pristupa izvorima finansiranja za MSPP, smanjenje nezaposlenosti i siromaštva, kao i rast i razvoj domaće privrede uopšte.

Isidora Beraha, MSc

Research Associate, Institute of economic Sciences, Belgrade

Sonja Đuričin, PhD

Research Fellow, Institute of economic Sciences, Belgrade

THE EFFECTS OF ESTABLISHING A LEGAL FRAMEWORK FOR MICROFINANCE IN SERBIA

Summary

The existing model of microfinance in Serbia has a limiting effect on its efficient operation and satisfaction of demand for micro credits, thus implying a need for the establishment of an appropriate legal framework for the development of microfinance sector. Starting from the basic role that microfinance, particularly microcredit, has in the process of fostering sustainable economic development, the paper aims to highlight the importance of establishing an adequate legal framework in this area and the positive socio-economic effects arising from it. This paper analyzes the current model of microfinance in Serbia, as well as selected European experience in this field. The analysis of Romania, as an example of good practice, has shown that the existence of an appropriate legal framework allows for more efficient functioning of microfinance and encourages the development of microcredit and microenterprises.

Key words: legal framework, microfinance, microcredit, socio-economic effects, SMEE sector

КОРИСНО ДЕЈСТВО (EFFET UTILE) КАО ИЗВОР ПРАВА ЕУ

Апстракт

Један од најјачих инструмената у ширењу домета права ЕУ судским путем јесте институт корисног дејства (effet utile) овог правног правног поретка. Тема чланка јесте развој и значење овог института, као и његове практичне последице, а посебно појава корисног дејства као извора нових правних норми, које немају директно упориште како у Уговорима ЕУ тако ни у законодавству ЕУ. Кроз критику овог института и осврт на важне новије пресуде Суда правде ЕУ, траже се његове границе.

Кључне речи: право ЕУ, effet utile, непосредна примена, првенство у примени, Суд правде, конкуренција, накнада штете

1. Увод

На основу праксе Суда правде (некадашњег Европског суда правде, данас Суда правде у склопу институције Суда правде Европске уније, која садржи и Основни суд) у стручној литератури често се помиње и употребљава концепт такозваног „корисног дејства“ (*effet utile*) права Европске уније („ЕУ“)². Овај правни институт, који налаже да се право ЕУ примењује у Државама чланицама не само у формалном, нормативном смислу, већ и на фактички делотворан (користан) начин, развијен је постепено од стране Суда правде кроз процес који траје дуже од пола века. Као инструмент примене права ЕУ, корисно

¹ Члан Савета Комисије за заштиту конкуренције, доцент на Факултету за пословне студије Мегатренд универзитета, Београд; e-mail: veljkomilutinovic@yahoo.com

² В. нпр. S. Maug, „Putting a Leash on the Court of Justice? Preconceptions in National Methodology v Effet Utile as a Meta-Rule“ 5 European Journal of Legal Studies, (2012/13) 8-21; N. Fennelly „Legal Interpretation at the European Court of Justice“ 20 Fordham International Law Journal (1997) 656-679.

дејство било је од изузетног значаја у смислу давања „зуба“ правном систему који не почива на традиционалном Веберовом концепту монопола на легитимну употребу физичке силе. Ономогућивши, у начелу, Државама чланицама да се „извуку“ са чисто формалном применом норми права ЕУ, овај институт представља битан елемент фактичке и политичке снаге европског правног поретка.

Тема овог рада је својство наведеног правног института да не само обезбеди бољу, ефикаснију примену постојећих норми права ЕУ, већ да генерише *нове* норме, које немају формални извор.

2. Непосредна примена и првенство у примени

Непосредна примена права ЕУ се темељи на познатом институту међународног јавног права, такозване *self-executing* норме³. Сходно наведеном институту, ако је норма међународног уговора довољно прецизна, безусловна и правно савршена, у смислу да не изискује даље законодавно уређење, иста се може применити непосредно у домаћем правном поретку⁴. У међународном јавном праву, *self-executing* природа одређене норме представља *могућност* њене непосредне примене од стране домаћег правног поретка. Не постоји униформна (међународна) обавеза да се тако поступи, јер су модалитети примене међународних уговора условљени националним правним поретком.

Године 1963., у сада већ легендарној пресуди *Van Gend en Loos*⁵, Суд правде је направио искорак у односу на међународно право и утврдио (противно мишљењу свих трију Држава чланица које су интервенисале у овом предмету) да ЕУ (тадашња Европска економска заједница – „ЕЕЗ“) представља „нови правни поредак, који ствара права и обавезе не само за државе већ и за народе“⁶. Суд се такође позвао на „дужност Суда правде на основу члана [267. Уговора о функционисању ЕУ – „УФЕУ“], чији је циљ да се обезбеди јединствено тумачење Уговора од стране националних судова

³ О разлици између *status quo* у међународном праву и приступа СПЕУ, в. В. De Witte, „Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order,“ у Р. Craig и G. De Búrca (уредници), *The Evolution of EU Law*, (Оксфорд, OUP, 1999.) 181.

⁴ В. нпр. *Advisory Opinion on the Jurisdiction of the Courts of Danzig*, of 3 Mar. 1928, PCIJ, Ser. B, No. 15.

⁵ Предмет 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 3, [1963] English Special Edition I.

⁶ *Ibid.*, 12.

и трибунала [што] потврђује да су Државе прихватиле да право [Уније] има дејство на које се могу позвати њихови држављани пред наведеним судовима и трибуналима⁷. Томе сходно, непосредна примена довољно прецизних и безусловних норми права Уније не може се оспорити на основу националног права, а Суд правде је компетентан да одлучи да ли се и које норме права ЕУ имају применити директно.

Суд правде је одбио аргументе Држава чланица у смислу да, ради спровођења њихових обавеза из права ЕУ (тада ЕЕЗ), постоје адекватни јавноправни механизми у Уговору, конкретно поступци за примену права ЕУ које могу да покрену Европска комисија односно Државе чланице (члан 258. односно 259. УФЕУ). Напротив:

Ограничење гаранција против кршења члана [30] од стране Држава чланица на поступке из чланова [258.] и [259.] уклонило би сваку директну правну заштиту субјективних права њихових држављана. Постоји ризик да би прибегавање поступцима на основу тих чланова било без ефекта, ако би се десило након спровођења националне одлуке која је противна одредбама Уговора⁸.

Претходни цитат описује двоструки циљ непосредне примене: заштиту субјективних права⁹, као и јаче *дејство* права Уније уопште¹⁰.

Непосредна примена не би имала толики значај у пракси да Суд није утврдио, годину дана након *Van Gend en Loos*, у пресуди *Costa*¹¹, да право Уније преовладава не само над националним нормама усвојеним *pre* ступања на снагу Уговора о ЕЕЗ, већ и над *накнадно* усвојеним нормама, односно да се Државе чланице не могу позивати на принцип *lex posterior derogat legi priori* приликом усвајања законодавних или административних решења која су противна праву ЕУ¹². Овом пресудом, Суд је установио примат права ЕУ над

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., 13.

⁹ Изгледно је да се Суд „ухватио“ за „лајтмотив“ субјективних права и употребио га да би лакше „продао“ своје налазе Државама чланицама: в. Т. Eilmansberger, „The Relationship between Rights and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link“, 41 Common Market Law Review (2004) 1199, 1202–1203.

¹⁰ В. Р. Р. Craig, „Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law“, Oxford Journal of Legal Studies 12 (1992) 453, 455.

¹¹ Предмет 6/64, Flaminio Costa v. E.N.E.L. [1964] English Special Edition 585.

¹² Ово тумачење се косило са до тада преовлађујућим схватањем да у монистичким и квазимонистичким правним системима, накнадна једнострана законодавна мера може да надјача претходну међународну норму: Ј. Н. Н. Weiler, The Constitution of Europe: ‘Do the New Clothes have an Emperor?’ and Other Essays on European Integration (Кејмбриџ, CUP, 1999.), 21.

правом Држава чланица, у случају сукоба између двеју поредака¹³. Као и у пресуди *Van Gend en Loos* и овде премисе Суда саме себе оправдавају, у одсуству више, изворне премисе. Још једном, у стварности сâмо постојање Уговора диктира његов однос са националним правом, а образложење се своди на то да су, самом чињеницом да су потписале Уговор, Државе чланице прихватиле обавезу да ураде све што је потребно да обезбеде његово „корисно дејство.“

3. Нови правни лекови и процесна правила

У контексту утврђивања колико далеко право Уније иде у смислу стварања нових правних лекова и процесних норми зарад заштите субјективних права заснованих на праву ЕУ, Суд правде је установио, у пресуди *Rewe-Zentralfinanz*¹⁴:

...у одсуству релевантних правила [Уније], дужност је домаћег правног система сваке Државе чланице да именује надлежне судове и установи процесне услове који уређују поступке намењене заштити права која уживају грађани на основу директног дејства права [Уније], с тим што се подразумева да ти услови не смеју бити мање повољни од услова који се примењују на сличне поступке домаће природе.

...
У одсуству ... мера хармонизације, субјективна права која ствара право [Уније] се имају применити пред националним судовима у складу са условима које поставља национално право.

Стање би било другачије само ако би услови и рокови учинили немогућим у пракси да се спроведу права која су национални судови дужни да заштите¹⁵.

Да би смањио број случајева где би његова претходна пресуда била потребна, те да би истовремено подвргнуо националне процесне

¹³ У овом контексту, не треба мешати „примат“ са „супрематизмом;“ најјаснију поделу садржи немачка теорија, која јасно разликује *Anwendungsvo rang* („примат“ у смислу права ЕУ) од *Geltungsvorrang* (праве „супрематиче“):

Ово прво је одраз првенства у примени. Ово последње се односи на хијерархију норми унутар правног система и тесно је повезано са питањем која је валидирајућа норма за све норме у датом правном систему. Један од практичних ефеката овог другог јесте што, у случају некомпатибилности, виша норма поништава нижу. Ово је много драстичнија последица од првенства у примени; S. Prechal, „Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union,“ у C. Barnard (уредник), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate* (Оксфорд, OUP, 2007.), стр. 35–69, стр. 51 (превод аутора).

¹⁴ Предмет 33/76, *Rewe-Zentralfinanz* *Get Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989.

¹⁵ *Ibid.*, параграф 5.

рокове контроли права ЕУ, Суд је осмислио горе наведене принципе *еквивалентности* и *делотворности*, односно корисног дејства права ЕУ.

Разумно је претпоставити да, ако Државе чланице озбиљно схватају право ЕУ и ако ово последње ужива примат над домаћим правом, домаћи правни лекови и процесна правила која се примењују у случају кршења права ЕУ не смеју бити мање повољни по оштећеног од лекова односно правила која се примењују у сличним случајевима заснованих на домаћем праву („принцип еквивалентности“). Садржај другог принципа који је установио Суд је, ипак, много мање јасан. Идеја да домаће право не сме да *онемогући* заштиту субјективних права из права ЕУ делује јасно и безазлено. Међутим, у *Rewe-Zentralfinanz* Суд правде је отишао корак даље да би установио да заштита субјективних права не сме бити „немогућа у пракси.“ Другим речима, у питању је нешто више од пуке обавезе да се не усвајају нити примењују правила која директно, формално спречавају заштиту права ЕУ.

Критеријум „*немогућности у пракси*“ је потом постао много шири, готово бескрајно флексибилан критеријум „корисног дејства“ кроз домаће правне лекове и правила поступка. Најбоља илустрација у овом смислу је пресуда Суда правде у предмету *Simmenthal*¹⁶. Претходно питање које је поставио италијански основни суд у том предмету било је следеће: да ли, у случају некомпатибилности домаће законске норме за правом ЕУ, основни суд мора да чека на измену закона или проглашење неуставности од стране Уставног суда Италије или, напротив, може сâм да одбије да примени спорну одредбу у парници. Упркос јасно дефинисаној италијанској уставној процедури, Суд правде је установио да:

...сваки национални суд мора, у предмету који је у његовој надлежности, да примени право [Уније] у потпуности и да заштити права које оно даје појединцима, те томе сходно мора да одбије да примени сваку норму националног права која се коси са истим, без обзира да ли је норма у питању претходила норми [Уније] или уследила након ње¹⁷.

Оно што се тражи од домаћег суда је много више од „еквивалентности;“ наиме, тражи се знатно *бољи* третман права ЕУ у односу на домаће право, јер би, у случају сукоба домаћег закона са Уставом, основни суд морао да сачека одлуку законодавца,

¹⁶ Предмет 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato v. Simmenthal* [1978] 629.

¹⁷ *Ibid.* параграфи 20–21. Образложења.

односно Уставног суда. Такође је очигледно да италијански систем није учинио заштиту права ЕУ „немогућом у пракси,“ јер су странке имале на располагању иницијативу за оцену уставности релевантног домаћег прописа.

Убрзо након предмета *Simmenthal*, у предмету *San Giorgio*¹⁸, Суд правде је установио да појединац има право на повраћај намета које Држава чланица убира противно праву Уније, као и да се од појединца не сме захтевати да докаже негативну чињеницу. Наиме, на основу италијанског права, право на повраћај незаконито наплаћених намета је постојало у начелу, али је био условљено тиме да поверилац достави суду писмени доказ да није пренео износ незаконитог намета својим купцима. Ово правило је испуњавало критеријум еквивалентности, јер се једнако примењивало на повраћај на основу права Уније и на повраћај на основу италијанског права¹⁹. Суд правде је ово правило прогласио противним праву Уније, с образложењем да оно чини заштиту субјективних права из права Уније превише тешким (мада, опет, не и немогућим) у пракси²⁰.

4. Од нових лекова и процесних правила до новог материјалног права

Врхунац утицаја на поделу власти у уставним системима Држава чланица Суд правде је достигао у предмету *Factortame*²¹, где је поднета тужба пред судом у Уједињеном краљевству ради суспензије дејства закона, на основу кршења чланова 49. и 56. УФЕУ (слободе пружања услуга и слободе настањивања). Дом Лордова, као највиши национални суд који је упутио прелиминарно питање Суду правде, установио је да, иако сматра да релевантни закон јесте противан праву Уније, фундаментални британски уставни принцип налаже да судови не смеју да пониште нити суспендују законе (акте Парламента)²². Суд правде се оглушио на наведени принцип и изрекао, одсечно, да је национални суд дужан да суспендује примену закона који је противан праву Уније²³.

¹⁸ Предмет 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio* [1983] ECR 3595.

¹⁹ *Ibid.*, параграф 16 Образложења.

²⁰ *Ibid.* параграфи 14–15.

²¹ Предмет C-213/89, *R v. Sec. of State for Transport, ex parte Factortame* [1990] ECR I-2433.

²² В. А. W. Bradley & К. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law* (Харлоу, Pearson, 2003.), 52–71.

²³ *Factortame*, loc. cit. фуснота 20. изнад, параграф 23. Образложења и изрека.

Свака евентуална илузија о томе да ће се корисно дејство свести на процесне или судско-организационе промене разбијена је у предмету *Brasserie du Pêcheur/Factortam*²⁴, где је Суд правде установио да, без обзира на национални правни поредак, појединци имају *право* на накнаду штете проузроковане законима Држава чланица, када су исти у супротности са правом Уније²⁵, стога што је „право на накнаду штете неизбежна последица директног дејства нормe права [Уније] чије је кршење проузроковало штету“²⁶. Овиме је постало јасно да право Уније, кроз обавезу корисног дејства, изискује стварање новог материјалног права, конкретно права на накнаду штете у ситуацијама где оно иначе не постоји и без икаквог директног утемељења у Уговорима о ЕУ или Функционисању ЕУ.

Иако, за разлику од Међународног суда правде, Суд правде ЕУ нема у своме мандату примену било каквих „општих правних принципа“²⁷, Суд је широко тумачио своју обавезу, из члана 19. става 1. Уговора о Европској Унији, да, приликом примене Уговора „обезбеди да се поштује право.“ Ни Уговор о Европској Унији ни УФЕУ не кажу о којем се ту праву ради (мада члан 340. став 1. УФЕУ прописује да се, у случају уговорне штете коју причини Унија, примењује меродавно правно уговора). Употреба „општих правних принципа“ ушла је у праксу Суда правде почетком осамдесетих, када је, у предмету *Internationale Handelsgesellschaft* Суд установио да, иако тадашња ЕЕЗ (као ни данашња ЕУ) није обавезана Европском конвенцијом о људским правима, све Државе чланице јесу обавезане истом, те у њој садржана права садржана у представљају „опште правне принципе заједничке Државама чланицама“²⁸

Пресуда *Courage* из 2001. године је проширила право на накнаду штете на основу права Уније на спорове између појединаца, које постоји и дефинише се мимо воље националног законодавца²⁹, јер, по речима Суда правде:

²⁴ Спојени предмети C-46 и 48/93, *Brasserie du Pêcheur v. Germany* и *R v. Sec. of State for Transport ex parte Factortame* [1996] ECR I-1029.

²⁵ И под условом да су испуњени остали услови за накнаду штете, тојест исти услови који се примењују за накнаду штете против саме Уније, из чл. 340. ст. 2. УФЕУ: *ibid.*, параграф 29.

²⁶ *Brasserie du Pêcheur*, *loc. cit.* фуснота 23. изнад, параграф 22.

²⁷ *В. чл. 38. ст. 1. тч. с) Статута Међународног суда правде.*

²⁸ Предмет 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125, параграф 4.

²⁹ Предмет C-453/99, *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297.

... потпуна делотворност члана [101.] Уговора [забрана рестриктивних споразума], а посебно практично дејство забране из члана [101. став 1.] било би угрожено ако не би било дозвољено сваком појединцу да захтева накнаду штете проузроковане уговором или понашањем које тежи ка ограничењу или искривљењу конкуренције³⁰.

Пет година касније, у предмету *Manfredi*³¹, Суд је поновио и потврдио принципе из пресуде *Courage* и искористио прилику да установи одређена минимална правила у вези са роковима застаревања³², као и минималну дефиницију „штете“ која се има надокнадити: стварна штета (*damnum emergens*), измакла добит (*lucrum cessans*), плус камата³³.

5. Ограничења корисног дејства

Оно што је занимљиво а можда донекле и чудно јесте што, упркос овако широком схватању „корисног дејства“, Суд правде поштује принцип *res judicata inter partes (res judicata)*. Право ЕУ, како га тумачи Суд правде, не изискује поновно отварање *коначних* пресуда нити одлука арбитраже у којима је право ЕУ било лоше примењено или није било примењено уопште³⁴.

Још један устаљени изузетак од „корисног дејства“ који Суд правде „умеће“ у готово све пресуде у којима установљава право на накнаду штете/повраћај новца јесте да право ЕУ не спречава Државе чланице да преузму мере ради спречавања неоснованог богаћења појединаца који уживају наведена права³⁵. Међутим, тај

³⁰ *Courage*, loc. cit. фуснота 28. изнад, параграф 26. Образложења.

³¹ Спојени предмети C-295 до C-298/04, *Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico et al* [2006] ECR I-6619.

³² *Ibid.* параграф 78.

³³ *Ibid.* параграф 95. в. између осталог, спојене предмете C-192/95 до 218/95, *Société Comateb et al. v. Directeur général des douanes et droits indirects* [1997] ECR I-165 и предмет 68/79, *Hans Just I/S v. Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980] ECR 501.

³⁴ Предмет C-453/00, *Kühne & Heinz NV v. Produktschap voor Pluimvee en Eieren* [2004] ECR I-837, параграф 28. (судске пресуде) и предмет C-126/97, *Eco Swiss China Time v. Benetton International* [1999] ECR I-3055, параграф 48. (арбитражне одлуке); ово правило познаје изузетак: као што је Суд правде установио у предмету C-119/05, *Ministero dell'industria, del commercio e del artigianato v. Lucchini SpA* [2007] ECR I-6199, параграф 63, *res judicata* не важи ако национални суд поступи противно правилима Уније о контроли државне помоћи, односно конкретно одбије или пропусти да спроведе одлуку Комисије која налаже Држави чланици да изврши повраћај државне помоћи против привредног субјекта којем је противзаконито дата.

³⁵ *Courage*, loc. cit. supra, (фуснота 28. изнад), параграф 30, предмет 238/78 *Ireks-Arkady v Council and Commission* [1979] ECR 2955, параграф 14, предмет 68/79 *Just* [1980] ECR 501, параграф 26. и др.

изузетак је у најмање једној пресуди (*Courage*) самог себе „појео,“ јер је Суд правде прво забранио национално правило чија је сврха била управо да спречи неосновано богаћење, да би га затим заменио недефинисаном „могућношћу“ да Држава чланица измисли ново правило које би га спречило³⁶. Стога овај „изузетак“ треба примити са одређеном резервом.

Једно неочекивано ограничење „корисног дејства“ које се појавило у новијој пракси Суда правде и које је Европска комисија свесрдно подржала је поштовање правних „традиција“ Држава чланица, тојест својеврстан већински приступ правилима грађанског права. Тако се у горе поменутој пресуди *Manfredi* Суд правде зауставио у одређивању заједничких правила за накнаду штете на основу кршења права конкуренције и препустио питање „казнене одштете“ Држава чланицама³⁷, без икаквог очигледног разлога. Не само да није било очигледног аргумента да се не установи право на „казнену одштету“ (одштету која је већа од реалне штете и усмерена је ка додатном одвраћању забрањеног понашања), већ је економска теорија и компаративна пракса у домену права конкуренције подржавала усвајање таквог решења³⁸. Доцније се успоставило, кроз законодавне предлоге и иницијативе Европске комисије, да је било политички непожељно установити право на „казнену одштету“ на европском нивоу, те да Европска комисија признаје „принцип“ који је заједнички Државама чланицама а то је да накнада штете треба да има компензаторни а не казнени карактер³⁹. Ово је пример политичке одлуке: „казнена одштета“ постоји, у принципу, у неколико Држава чланица али је већина не познаје у случајевима аналогним кршењу права конкуренције⁴⁰.

На крају, Суд правде је, у последње време, показао да је спреман да дозволи жртвовање „корисног дејства“ једног дела права ЕУ ако

³⁶ *Courage*, loc. cit, параграф 28; за критику пресуде Суда правде у овом аспекту, в. G. Monti, „Anticompetitive Agreements: the Innocent Party’s Right to Damages,“ 27 *European Law Review* (2002) 282.

³⁷ *Manfredi*, loc. cit. supra (фуснота 30.), параграфи 92. и 99.

³⁸ За сажети преглед економске литературе у том смислу и неке хипотетичке сценарије, в. В. Милутиновић, *The Right to Damages under EU Competition Law: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond* (Хар, Kluwer, 2010.) стр. 123-128.

³⁹ Европска комисија, *White Paper on Damages Claims for Breach of the EC Antitrust Rules*, COM (2008) 165 final. сmp. 3; *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, OJ [2014] L 349/1, преамбула 3. и члан 3. став 3.

⁴⁰ Ashurst, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules* (Брисел, Ashurst, 2004.), *Comparative Report*, сmp. 84.

би његова делотворност могла негативно да утиче на делотворност неког другог дела истог правног поретка. Тако је, у предмету *Pfleiderer*⁴¹, Суд правде одбио да каже немачком суду да *право ЕУ налаже* да немачки орган за заштиту конкуренције *мора* да омогући приступ тужиоцима у накнадној парници документима које је он прикупио од чланова картела а који су добровољно пријавили картел са намером да избегну новчану казну која се изриче у управном поступку⁴². Напротив, Суд је поручио националом суду да *он мора* да балансира између потребе да се очува програм „доушника“ картела у управном поступку и потребе да се заштите права оштећених страна⁴³. С обзиром да није разумно било очекивати да ће националне судије да „балансирају“ између јасног, позитивног националног прописа који им забрањује да оваква документа дају тужиоцима у парници и неког општег европског „права на накнаду штете,“ не изненађује чињеница да су Европска комисија, па затим и Савет и Европски парламент, „прискочили“ да ово питање уреде у посебној директиви⁴⁴. Даље „корисно дејство“ могло је да иде, дакле, само законодавним путем.

Упркос својим племенитим тежњама, „корисно дејство“ упућује на озбиљан, стваран проблем, а то је наизглед неконтролисано ширење права ЕУ, чисто судским путем, без демократског легитимитета: немогуће је дефинисати границе права ЕУ ако се овај правни институт следи трасом коју је зацртао Суд правде.

Два реална ограничења начела „корисног дејства“ налазе се у пресудама *Manfredi* и *Pfleiderer*. *Manfredi* је показао да Суд правде води рачуна о већинском ставу правних система Држава чланица, те да нови правни лекови не могу излазити из домена општеприхватљивог. Одбијање Суда у предмету *Pfleiderer* да балансира између делотворне борбе против картела и делотворне заштите права на накнаду штете представља истовремено и одбијање да немачком органу за заштиту конкуренције диктира шта да ради са доказима у његовом поседу, те се може рећи да је повучена одређена граница и у односу на национални правни поредак, ма колико он био „у служби“ заштите права ЕУ.

Много важније од питања чији се правни поредак „штити“ јесте свест Суда, индиректно изражена, да одређена питања треба препустити већинском ставу Држава чланица, односно европском

⁴¹ Предмет C-360/09, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt* [2011] ECR I-05161.

⁴² *Ibid.*, параграф 32.

⁴³ *Ibid.*, параграфи 25. до 30.

⁴⁴ Directive 2014/104/EU, loc. cit. (фуснота 38. изнад), члан 6. став 6.

законодавцу. Ова свест је део зрелости правног система ЕУ, који постаје самосвестан и „размишља“ о сопственим ограничењима. Ова констатација намеће ново питање: да ли ова самосвест може послужити као критеријум за ограничење „корисног дејства”?

Одговор остаје непознат. Извор проблема јесте у томе што, иако Суд правде признаје правни поредак Европске конвенције о људским правима као и међународно јавно право⁴⁵, исти не признаје примат било ког другог суда-где год да се ради о примени права ЕУ, што је веома широк појам⁴⁶. Ситуација је, у великој мери, аналогна ситуацији у Сједињеним Америчким Државама, где постоји моћан Врховни суд, који суди на основу прецедентног права, у земљи која себе итекако сматра сувереном у односу на остатак света.

Ипак, ни Врховни суд не може да одлучује противно јасно израженој вољи законодавца, под условом да је иста у складу са Уставом. Слична ситуација ће, можда, настати и у ЕУ. Увођењем нове Директиве о накнади штете⁴⁷, европски законодавац је постигао две ствари. Прво, што је опште познато и што можда смета неким Државама чланицама или национално оријентисаним правницима, јесте да стави у европски правни оквир питање накнаде штете за кршење права конкуренције. Друго, што је није много запажено у стручној и политичкој јавности, јесте да, кроз нешто што је наизглед „кодификација права,“ измени преседане Суда правде и политички их „усмери.“ Тако се, на пример, одбијање Суда правде у предмету *Manfredi* да установи европско право на „казнену одштету“ претворило у европско *правило* које *забрањује* такву врсту одштете Државама чланицама⁴⁸. Исто тако перфидно, европски законодавац је одбијање Суда правде да „балансира“ у предмету *Pfleiderer* „решио“ тако што је „избалансирао“ у корист делотворне борбе против картела а против делотворног права на одштету⁴⁹.

6. Закључак

Проблем „корисног дејства” европског права своди се на судски активизам који има одређени историјски и политички контекст.

⁴⁵ Internationale Handelsgesellschaft, loc. cit. (фуснота 27. изнад), члан 216. став 2. УФЕУ (међународни уговори обавезују ЕУ; в. такође пресуду 181/73, Haegeman [1974] ECR 449.

⁴⁶ Мишљење 1/91, EEA Agreement I [1991] ECR 6079, параграф 3.

⁴⁷ Directive 2014/104/EU, loc. cit. (фуснота 38. изнад)

⁴⁸ Loc. cit. (фуснота 38. изнад).

⁴⁹ Loc. cit. (фуснота 43. изнад).

У одсуству европског законодавства које би попунило празнине у заштити субјективних права, Суд правде је на себе преузео квазизаконодавну улогу и настојао да исте-попуни сам. Просто речено, наднационални систем који не почива на класичном моделу суверенитета и принуде морао је да предузме кораке ка сопственом оснажењу и легитимизацији. У случају европског права, легитимитет и снага су два лица исте медаље: Суд правде је искористио заштиту субјективних права појединаца као извор легитимитета и инструмент за јачање сопствене улоге и улоге права које тумачи.

Ипак, „грабљење“ легитимитета и моћи од стране судске власти има своје границе. Када судска грана почне превише да „граби“, законодавна грана се „буди“ и почиње да обавља своју уставну улогу: да доноси одлуке, односно да балансира између супростављених друштвених интереса. Европско право тек улази у фазу развоја у којој супростављени интереси унутар система морају озбиљно да се балансирају. До пре неку годину, једначина Суда правде је била јасна: европско право је изнад националног, уз „корисно дејство“ овог првог. Данас, када примат европског права и потреба за његовом „корисним дејством“ више нису упитни, отвара се, коначно, простор за стварну правнополитичку дебату: сви су, у начелу, за „Европу.“ Питање је, сада, ко какву „Европу“ жели, што превазилази границе судске власти и улази у домен политике, која се изражава законодавним путем.

Assist. prof. Veljko Milutinović Ph.D

Member of the Council, Commission for the Protection of Competition;
Graduate School of Business Studies, Megatrend University, Belgrade

EFFET UTILE AS A SOURCE OF EU LAW

Summary

One of the most potent instruments in the expansion of the scope of EU law is that of *effet utile* of the European legal order. The topic of this article is the development and meaning of this legal institute, as well as its practical implications, in particular its capacity to generate new legal norms, which have no direct basis in the Treaties or secondary EU legislation. Through a critique of *effet utile* and a review of some important recent judgments of the EU Court of Justice, an attempt is made to find the limits of this legal institute.

Key words: EU law, *effet utile*, direct effect, primacy, Court of Justice, competition, actions for damages.

Mr Marina Matić¹

Pregledni naučni rad

UDK: 347.962/.963:342.33(560)(4)

347.97/.99(560)(4)

VISOKI SUDSKI I TUŽILAČKI SAVET TURSKE I USAGLAŠENOST SA EVROPSKIM STANDARDIMA

Apstrakt

U tekstu autor, nastoji da predstavi međunarodne standarde o pravosudnim savetima i da ih u skladu sa njima anallizira pravni okvir u Turskoj nakon nedavnih izmena Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom savetu Turske. Turska je donela Zakon izmenama i dopunama Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom savetu 2014. godine, ali holandsko Udruženja sudija za sudije, Evropsko udruženje sudija i tužilaca za slobodu i demokratiju (MEDEL), kao i Konsultativno veće evropskih sudija (CCEJ) ukazali su na brojne nedostatke normativnog okvira, koji je narušio nezavisnost pravosuđa i Savet i Akademiju potčinio izvršnoj vlasti. Iz tog razloga, autor se osvrnuo na iznete primedbe i ukazao na međunarodne standarde i način na koji su navedena pitanja trebaju biti usklađena sa standardima.

Ključne reči: podela vlasti, nezavisnost pravosuđa, pravosudni saveti, preporuke Saveta Evrope.

*

* *

Glavni cilj uspostavljanja pravne države je da se pravno ograniči vlast države radi zaštite prava i osnovnih sloboda pojedinica. Država je pravna kada se vlast vrši prema pravilima postavljenim objektivnim pravom, a u isto vreme se predviđaju određene garancije. Podela vlasti, i načelo zakonitosti koje iz nje proističe, obezbeđuje pojedincu subjektivna

¹ Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd; e-mail: maticmarina77@yahoo.com

prava. Ostvarenje ovog cilja zahteva da su sve radnje koje se preduzimaju u skladu sa javnim ovlašćenjima podložne sudskoj kontroli u pogledu njihove usklađenosti za zakonom. To znači da se sve aktivnosti javne uprave, kao i zakonodavne vlasti, moraju biti pod kontrolom sudske vlasti. Međutim, pozitivne posledice sudske kontrole zavise od garancija nezavisnosti pravosuđa. Nezavisnost pravosuđa ima dve dimenzije: institucionalnu i individualnu.

Institucionalna nezavisnost podrazumeva odvijanje sudskih postupaka u skladu sa načelom vladavine prava bez bilo kakvih uticaja i intervencija. Kada je u pitanju Turska, podela vlasti postoji u Turskoj prema članu 9. Ustava iz 1982. godine koji predviđa da „sudsku vlast vrše nezavisni sudovi u ime naroda Turske“. A članovima 138-140. Ustava definiše se nezavisnost pravosuđa². I pored ovih odredbi Ustava, u praksi se dešava da političari, Vrhovni sud, vojska, državna administracija i novinari daju izjave koje predstavljaju uticaj na sudove³. Načelo nezavisnosti pravosuđa ne može se uspostaviti samo proklamovanjem u Ustavu, već i ponašanjem glavnih aktera u skladu sa vladavinom prava.

Individualna nezavisnost pravosuđa može da se obezbedi tako što se nosioci pravosudnih funkcija štite dok vrše svoja ustavom i zakonom predviđena ovlašćenja. Kao oblik zaštite nezavisnosti pravosuđa u mnogim državama postoje, saveti pravosuđa, koji omogućavaju da nosioci pravosudnih funkcija imaju organ pravosudne uprave. U određenom broju država, postoje nezavisna i samostalna tela koja obavljaju finansijsko i upravno rukovođenje sudovima, pored ovlašćenja da biraju sudije i javne tužioce i da odlučuju o njihovom napredovanju na osnovu sistema vrednovanja koji se razlikuju od države do države. Saveti pravosuđa su tela koja garantuju nezavisnost, efiksanost i transparentnost pravosuđa i kvalitet pravosudnog sistema⁴.

U procesu evropskih integracija, Turska je pripremila Strategiju reforme pravosuđa o kojoj se izjasnila i Evropska komisija u jesen 2009. godine. U skladu sa Strategijom sproveden je Ustavni referendum 12. septembra 2010. godina. Amandmanima usvojenim 2010. godine na Ustav iz 1982. godine Visoki sudski i tužilački savet je reformisan u samostalno telo koje ima budžetsku nezavisnost i svoj sekretarijat.

² Memorandum on independent and effective judiciary, Symposium of Rule of Law and justice, Istanbul, 8-9 May 2014

³ E. Durnagöl, Assessment of the Amendments to Law 6087 on High Council of Judges and Prosecutors of Turkey, International Associations of Prosecutors, Newsletter br. 62, September 2014

⁴ Mišljenje br. 10 Konsultativnog veća evropskih sudija o Savetima pravosuđa u službi društva.

Broj članova Saveta povećan je sa 7 na 22 kako bi se obezbedila veća reprezentativnost. Do Ustavnih promena Savet nije imao odvojen budžet i sekretarijat, već je funkcionisao kao organ podređen Ministarstvu pravde. Savet je do izmena Ustava kritikovan da nema dovoljan broj predstavnika prvostepenih sudija i tužilaca, da nedostaju interni mehanizmi prigovara i žalbi na odluke Saveta, nepostojanje sudske kontrole odluka Saveta, kao i zbog uključenosti Ministarstva pravde u postupak inspekcije i istraga protiv sudija i tužilaca. Izmenama Ustava koje su usvojene na referendumu u septembru 2010. godine, Zakon br. 2461 o sastavu i funkcionisanju Visokog sudskog i tužilačkog saveta, zamenjen je novim Zakonom br. 6087 koji je omogućio da Savet ima sopstveni sekretarijat, kao stručno-administrativnu podršku i samostalan budžet.

U skladu sa Ustavnim amandmanima, diversifikovana je baza iz koje se biraju članovi Saveta, uvedena je sudska kontrola odluka Saveta o razrešenju sudija i tužilaca, Inspeksijski odbor je podređen Savetu, a ovlašćenja Ministarstva pravde u pogledu inspekcije i istraga sudija su preneti na Savet. Izmenama Ustava iz 2010. godine ministar pravde je ostao predsedavajući Visokog saveta, ali su mu ovlašćenja značajno smanjena. Prema novom članu 159. stav 7 Ustava, ministar pravde ne može da učestvuje u aktivnostima veća. Istim stavom ovlašćenje za izbor rukovodilaca veća data je plenarnoj sednici Saveta. Stavom 9. Predviđa se mogućnost da nosioci pravosudnih funkcija budu pod inspeksijskim nadzorom Visokog saveta, na osnovu predloga nadležnog veća, a uz saglasnost ministra pravde. Ovom izmenom je ovlašćenje za pokretanje inspeksijskog postupka data nadležnom veću. Stavom 11. predviđeno je osnivanje generalnog sekretarijata u okviru Visokog saveta, a da generalnog sekretara imenuje predsednik Visokog saveta između tri kandidata koje predloži Visoki savet.

Zakon 6087 o Visokom sudskom i tužilačkom savetu stupio je usvojen je 11. decembra 2010. godine, kojim je predviđena finansijska i upravna nezavisnost Saveta. Venecijanska komisija je dala pozitivno mišljenje o Ustavnim amandmanima i Zakonu br. 6087. Prema mišljenju Venecijanske komisije, ovim izmenama se jača nezavisnost pravosuđa u Turskoj⁵.

Novi Zakon br. 6087 insistira na načelu nezavisnosti i nepristrasnosti. Članom 1. Zakona navodi se da je svrha Zakona da obezbedi da Visoki savet bude osnovan, organizovan i da funkcionise u skladu sa načelom nezavisnosti sudova i stalnosti sudijske funkcije. Odredbama člana

⁵ Opinion No. 610 / 2011, CDL-AD(2011)004.

3. Zakona Savet je nezavisan u obavljanju svojih prava i dužnosti. Sa druge strane, kada obavlja svoje dužnosti Savet mora postupati poštujući načelo nezavisnosti sudova i stalnosti sudijske i tužilačke funkcije i da deluje u okviru načela nepristrasnosti⁶. Kako bi ostvario nova ovlašćenja i unapredio poverenje građana u Savet, Savet je doneo petogodišnji Strateški plan za period 2012-2016.

Izmenama Zakona iz 2010. godine predviđeno je da nadležnost Saveta obuhvata:

- Donošenje konačne odluke o predlogu Ministarstva pravde o ukidanju suda ili promeni nadležnosti;
- Donošenje odluka o sudijama i tužiocima i to o stupanju na funkciju, raspoređivanju u određeni sud, premeštaju u drugi sud, napredovanju, dodeljivanju prve klase, raspoređivanju kadrova, donošenje odluke o razrešenju, odlučivanje o disciplinskim sankcijama, suspenziji;
- Sprovođenje inspekcijskog nadzora nad sudijama i tužiocima da li obavljaju obaveze u skladu sa zakonom i drugim propisima; istraživanje da li su počinili neki prekršaj u vršenju svojih ovlašćenja i odlučivanje o pokretanju istrage;
- Izdavanje uputstva o administrativnim obavezama sudija van onih obaveza koje imaju u vršenju sudijske funkcije;
- Izbor članova Kasacionog suda i Državnog saveta;
- Odlučivanje o zahtevima za učestvovanje u kontinuiranim obukama koje sprovodi Pravosudna akademija.

Plenarinu sednicu Visokog saveta čini svih 22 članova. Predsednik Saveta je ministar pravde, a zamenik ministra je *ef officio* član Saveta. Ostali članovi Saveta su: sedam članova biraju prvostepene sudije i tužioci iz svojih redova, tri člana biraju prvostepene upravne sudije i tužioci među svojim kolegama, tri člana se biraju na plenarnoj sednici Kasacionog suda iz redova sudija tog suda, dva člana se biraju na plenarnoj sednici Državnog saveta iz reda svojih članova, jednog člana bira plenarna sednica Pravosudne akademije među svojim članovima i četiri člana bira predsednik Republike iz redova profesora pravnih fakulteta i advokata.

Zakon br. 6087 o Visokom savetu precizno definiše prava i obaveze Visokog saveta, raspoređuje nadležnosti između plenarne sednice i tri veća Saveta. Na plenarnoj sednici biraju se članovi sva tri veća, kao i

⁶ Član 3. stav 7. Zakona br. 6087

rukovodioci veća na osnovu kriterijuma postavljenih u Zakonu⁷. Plenarna sednica je nadležna da raspoređuje prava i obaveze koje nisu zakonom raspoređene konkretnim organizacionim delovima Saveta, odnosno većima⁸. Plenarna sednica je takođe nadležna da izvrši preraspodelu obima posla između veća kada jedno od veća ima preveliki obim posla koji ne može da savlada⁹. U pogledu nadležnosti u disciplinskom postupku, izvršena je podela između Trećeg veća koje je nadležno za ispitivanje i istrage preko Inspeksijskog odbora i Drugog veća koje ispituje dokaze prikupljene tokom istrage i odlučuje o disciplinskim sankcijama. Ovaj sistem podele ovlašćenja obezbeđuje dodatne garancije nezavisnosti i stalnosti sudijske i tužilačke funkcije¹⁰.

Tokom poslednjih deset godina, delimično zahvaljujući procesu evropskih integracija, Turska je ostvarila napredak u oblasti vladavine prava i podele vlasti, i jedan od najznačajnijih koraka je reforma Visokog sudskog i tužilačkog saveta 2010. godine, koji je garant nezavisnosti pravosuđa.

Međutim, 17. decembra 2013. godine, istraga o korupciji koju je pokrenuo glavni tužilac Istanbula protiv četiri člana kabineta (ministar unutrašnjih poslova, ministar za EU poslove, ministar privrede i ministar životne sredine i urbanizacije) i visokih funkcionera i biznismena koji su se neosnovano obogatili nezakonitim radnjama, dovela je do sukoba između vlade i pravosuđa. Kao posledica ove istrage, 27. februara 2014. godine, pripremljen je zakon br. 6524 kojim je Visoki sudski i tužilački savet potčinjen Ministarstvu pravde (iako je nezavisnost Saveta garantovana Ustavom Turske)¹¹.

Prema turskim propisima, tužilac je dužan da sprovodi istragu na neutralan način, prikupljajući dokaze za i protiv osumnjičenih, kad god smatraju da postoji osnovana sumnja da je učinjeno krivično delo. Prva reakcija Vlade na ove istrage bila da zahteva od policijskih službenika koji su radili sa tužiocima na istragama da izveste o tim istraga svoje nadređene u policiji¹². Reakcija Saveta na ovu odluku bila je javno saopštenje kojim je zahtev za takvim izveštavanjem policijskih službenika okarakterisana

⁷ Član 8. Zakona br. 6087.

⁸ Član 7. Stav 2. (c).

⁹ Član 7. Stav 2. (d).

¹⁰ Član 9 (2) (a) (2) – (4), Art. 9 (3) (b) – (ç) Zakona br. 6087.

¹¹ E. Durnagöl, Assessment of the Amendments to Law 6087 on High Council of Judges and Prosecutors of Turkey, International Associations of Prosecutors, Newsletter br. 62, September 2014

¹² Ovo je sprovedeno amandmanima na Akt o pravosudnoj policiji od 26. decembra 2013. godine.

kao mešanje u nezavisnost tužilaca. Rekonstrukcija kabineta od 25. decembra 2013. godine dovela je do zamene četiri ministra protiv kojih se vodila istraga, kao i ministra pravde i nekolicine drugih ministara. U maju 2014. godine u Narodnoj skupštini Turske pokrenuta je procedura za ukidanje imuniteta četvorici bivših ministara kako bi mogle da se podinu optužnice za korupciju.

Novopostavljeni minstar pravde odmah je postao *ex officio* predsednik Saveta i imenovao je zamenika ministra koji je po službenoj dužnosti postao član Prvog veća Saveta. Na prvoj plenarnoj sednici Saveta kojom je predsedavao, ministar (15. januara 2014) je predložio novu tačku dnevnog reda koja se ticala izmena sastava tri veća Saveta, uz obrazloženje unapređenja efikasnosti. Na plenarnom delu svaki član Saveta je vrednovan kako bi se odlučilo da li da ostane na trenutnoj poziciji ili da bude prebačen u drugo veće. Na sednici dva člana Prvog veća su zamenjena, jedan sa članom iz Drugog, a jedan sa članom iz Trećeg veća. Sledećeg dana, novi sastav Prvog veća doneo je uredbu većinom od šest glasova (uključujući i glasove nova tri člana). Na osnovu novousvojene uredbe koja je odmah stupila na snagu, Prvo veće je premestilo na drugu mesnu nadležnost tužioce koji su se smatrali odgovornim za pokretanje istrage protiv članova kabineta i njihovih članova porodice. Obrazloženje za takvu odluku su nepravilnosti u istragama i da vreme kada su pokrenute ukazuje na koordinisani napad na Vladu pod uticajem „stranih faktora“¹³.

Navedeni događaji su se odigrali pre stupanja na snagu Zakona br. 6524. Prema Zakonu br. 6087 iz 2010. godine o Visokom sudskom i tužilačkom savetu koji je bio na snazi kada su tužioci premešteni, kao što je već objašnjeno disciplinsku nadležnost imalo je Drugo i Treće veće Visokog saveta. Treće veće bilo je nadležno za istrage u saradnji sa Inspekcijskim odborom, dok je Drugo veće bilo nadležno da odlučuje na osnovu rezultata istrage da li će se pokrenuti disciplinski postupak protiv tužioaca, odnosno sudije. Međutim, promenjeni sastav Prvog veća smatrao je da nema vremena za redovne procedure i da je neophodno što pre premestiti tužioce iz Istanbula¹⁴. Odluku Prvog veća i nepoštovanje redovne procedure, sudije i tužioci u Turskoj mogu smatrati kao nagoveštaj da ih Prvo veće može premestiti na drugu lokaciju kad god je nezadovoljno njihovim odlukama i radom.

Narodna skupština Turske usvojila je Zakon br. 6524 za manje od mesec dana, a Visoki sudski i tužilački savet i Pravosudna akademija,

¹³ Prof. T. Giegerich, Report on the Reform of the High Council of Judges and Public Prosecutors by Law No. 6524 of February 2014, 30. jul 2014.

¹⁴ *Ibid.*

nisu ni bili zvanično uključeni u proces donošenja Zakona¹⁵. Zakonom br. 6524 izvršene su izmene Zakona br. 2802 o sudijama i tužiocima od 24. februara 1984. godine, Zakona o organizaciji i nadležnosti ministarstva pravde br. 2992 od 29. marta 1984. godine, Zakona o Pravosudnoj akademiji Turske br. 4954 od 27. marta 2003. godine, Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom savetu br. 6087 od 11. decembra 2010. godine i Zakona o organizaciji i sudskom postupku Ustavnog suda br. 6216 od 30. marta 2011. godine.

Visoki sudski i tužilački savet je objavio mišljenje o nactu Ustava 2013. godine u kojem je predložio dodatne reforme u pogledu pravosuđa, koje su bile u smeru suprotnom od onih uvedenih Zakonom br. 6524. Glavne pravci izmena uvedenih Zakonom br. 6524 su:

- Ovlašćenja Visokog sudskog i tužilačkog saveta
- Organizacija i upravljenje Pravosudnom akademijom
- Prelazne odredbe kojima se predviđa prestanak funkcije svih nosilaca funkcije u Savetu i Akademiji.

Nadležnosti ministra pravde, kao predsednika Saveta su značajno proširene u oblasti napredovanja sudija i javnih tužilaca, a podređen mu je i Inspekcijски odbor. Nadležnost za imenovanje predsednika i zamenika predsednika Inspekcijskog odbora preneti je sa Plenarne sednice Saveta na ministra pravde. Pre stupanja na snagu izmena Zakona iz 2014. godine, Inspekcijски odbor bio je nezavisan od ministra pravde. Nadzor nad radom Inspekcijskog odbora vršilo je Treće veće Saveta. Inspektori su za vršenje dužnosti bili odgovorni predsedniku Inspekcijskog odbora, a predsednik Odbora bio je odgovoran Visokom savetu. Prema usvojenim izmenama, Inspekcijски odbor radi pod nadzorom ministra pravde, inspektori odgovoraju predsedniku Odbora, a predsednik je odgovoran ministru pravde. Kao posledica organizacije u kojoj inspektorima istrage dodeljuje predsednik Odbora kojeg postavlja ministar i koji odgovara ministru za rad, ministar može imati uticaj na rad inspektora tako što će tražiti informacije o tekućim istragama i posredno može usmeravati pravac istrage.

U skladu sa Zakonom, inspektori vrednuju rad sudija i tužilaca svake dve godine. Rezultati vrednovanja se uzimaju u obzir prilikom napredovanja i premešaja. Kao posledica nove uloge ministra u Inspekcijskom odboru, ministar može uticati na redovno vrednovanje rada sudija i tužilaca. Predsednik Inspekcijskog odbora ima ovlašćenje da vrednuje inspektore i zamenike predsednika Inspekcijskog odbora. S obzirom, da je predsednik Inspekcijskog odbora sada odgovoran ministru,

¹⁵ *Ibid.*

ministar ima mogućnost da preko predsednika Inspeksijskog odbora utiče na vrednovanje zamenika predsednika, glavnih inspektora i inspektora.

Ovlašćenja ministra su proširena i u pogledu sastava, obaveza i ovlašćenja veća i izbora rukovodilaca veća. Ovlašćenje da raspoređuje članove veća kao članove ili zamenike članova je prenet sa plenarne sednice na ministra. Rukovodiocce veća bira plenarni saziv Saveta većinom od 12 glasova (od 22) između dva kandidata koje predlažu članovi veća. Članove veća imenuje ministar, dok je prema ranijem Zakonu čitav proces bio u nadležnosti plenarnog saziva.

Nadležnosti ministra proširene su i u pogledu sledećih ovlašćenja:

- Raspored poslova generalnog sekretara odobrava ministar pravde;
- Imanovanje predsednika i zamenika predsednika Inspeksijskog odbora i imenovanje zamenika generalnog sekretara Saveta u nadležnosti je ministra;
- Ministar pravde nadzire i imenovanje osoblja u Savetu, što je ranije bilo u nadležnosti generalnog sekretara;
- Disciplinski postupak protiv članova Saveta sprovodi ministar pravde, dok je prema prethodnom Zakonu, nadležnost za disciplinski postupak imao plenarni saziv Saveta;
- Ministar ima pravo da izmeni odluku Trećeg veća da li će se pokrenuti istraga protiv određenog sudije ili tužioca ili neće.

Nadležnost plenarnog saziva Saveta je ograničena i deo ovlašćenja je prenet na ministra pravde:

- Nadležnost plenarnog saziva da zbog prekomerne opterećenosti prenose deo poslova sa jednog veća na drugo prenet je na ministra pravde;
- Pored plenarnog saziva koji je odlučivao početkom svake godine o rasporedu redovnih sastanaka, ministar je dobio ovlašćenje da određuje datume sastanaka plenarnog saziva, što daje mogućnost ministru da ne sazove plenarnu sednicu ukoliko to ne želi;
- Kod imenovanja sudije izvestioca i inspektora nadležnost plenarnog saziva je ograničena, jer se bira između dva kandidata koje predloži Prvo veće, a članove Prvog veća bira ministar.

Zakonom br. 6524 izmenjen je član 19. Zakona br. 6087 o Visokom savetu kako bi se izmenio izborni postupak za članove Saveta koji se biraju iz reda sudija Kasacionog suda, Državnog saveta, Pravosudne

akademije i sudija i tužilaca iz reda prvostepenih nosilaca pravosudnih funkcija i sudija i tužilaca koje su u upravnim sudovima. Predviđeno je da opšta sednica Kasacionog suda, Državnog veća i Pravosudne akademije imaju jedan glas u izboru svoji članova, pravostepene i upravne sudije i tužioci glasaju proporcionalnu broju svojih predstavnika. Ova izmena ostavlja utisak da je Vlada želela da oblikuje Savet prema svojim potrebama. Međutim, Ustavni sud je ovu odredbu oglasio neustavnom jer se krši načelo jednakosti.

Takođe, izmenama Zakona je predviđeno da kandidati moraju imati najmanje dvadeset godina aktivnog iskustva kao sudija ili tužilac (ovaj uslov će biti na snazi sledećih pet godina što obuhvata dva izborna ciklusa za Savet), dok Ustav predviđa kao uslov za izbor u Savet da su sudije uspunile uslove za prvu klasu¹⁶, što se stiče sa 12 godina radnog iskustva.

Ustavom je predviđeno da predsednik Republike može imenovati za članove Saveta predstavnike akademske zajednice i advokature koji imaju 15 godina iskustva, dok je uslov za nosioce pravosudne funkcije dvadeset godina iskustva.

Članom 67. Ustava predviđeno je da izmene Zakona kojima se menja izborni postupak ne mogu da se primenjuju na izbore u godini koja sledi, što znači da izmenjene odredbe ne bi mogle da se primene na izbore za Savet u 2014. godini, već tek na izbore u 2019. godini. Međutim, samim izmenama Zakona utvrđeno je da će se primeniti i na izbore u 2014. godini, čime se krši Ustav Turske.

Prelaznim i zvršnim odredbama izmena Zakona¹⁷, prestaje mandat članovima Saveta i svim zaposlenim (456 zaposlenih), uključujući generalnog sekretara, zamenike generalnog sekretara, predsednika i zamenika predsednika Inspeksijskog odbora, inspektore, sudije izvestioce i drugo administrativno osoblje.

Ista prelazna odredba o prestanku funkcije predviđena je i izmenama Zakona o Pravosudnoj akademiji¹⁸. Izmenama Zakona predviđeno je da stupanjem Zakona na snagu prestaje funkcija predsedniku, potpredsednicima, članovima upravnog tela, članovima nadzornog odbora, kao i svom upućenom i administrativnom osoblju.

¹⁶ Sve sudije i tužioci moraju da prođu kroz pet razreda tokom svoje profesionalne karijere. Peti razred je najniža kategorija i tu sudije i tužioci moraju da budu 2 godine. U četvrtom razredu moraju da provedu još dve godine, a u trećem tri godine. Nakon provedenih pet godina u četvrtom razredu, što je ukupno 12 godina, mogu biti unapređeni u prvi razred.

¹⁷ Član 4. Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom veću.

¹⁸ Član 12. Zakona o Pravosudnoj akademiji.

Izmenama Zakona br. 2802 o Pravosudnoj akademiji ministarstvo postaje jedina nadležna institucija u procesu izbora i obuke sudija i javnih tužilaca. Prema odredbama prethodnog Zakona, kontinuirana obuka je bila pravo i obaveza sudija i tužilaca i plan obuke je pripremao Visoki savet, koji je bio zadužen i za njeno sprovođenje. Međutim, izmenama Zakona nadležnost za planiranje i sprovođenje obuke, kao i za regulisanje kontinuirane obuke, se prenosi sa Visokog saveta na Pravosudnu akademiju. Izmenama Zakona o Pravosudnoj akademiji, ukinuta je njena samostalnost, što omogućava Ministarstvu pravde veću kontrolu nad kontinuiranom obukom.

Zakonom br. 6524 ministru pravde data je puna nadležnost u imenovanju predsednika i potpredsednika Pravosudne akademije Turske, koja je zadužena za sprovođenje kontinuirane obuke. Do donošenja Zakona br. 6524 ministar pravde je prilikom izbora predsednika i potpredsednika bio vezan predlogom kandidata koje je dostavio Odbor direktora Pravosudne akademije.

Takođe, Zakonom iz 2014. godine izmenjen je sastav Odbora direktora Pravosudne akademije. Do stupanja na snagu izmena Zakona većinu u Odboru direktora imali su predstavnici Kasacionog suda i Državnog saveta, a nakon izmena većinu imaju predstavnici Ministarstva pravde. Uloga ministra pravde ojačana je i kod izbora predavača, koji se imenuju iz reda državnih službenika iz drugih institucija i stručnjaka, a za koju je potrebna saglasnost ministarstva pravde¹⁹.

U državi koja se zasniva na načelu vladavine prava postoje dva bitna elementa: nezavisnost sudija od bilo kakvog uticaja (spoljašnjeg ili unutrašnjeg), i puno poštovanje podele vlasti uz garancije nezavisnosti pravosuđa. Navedena načala su utvrđena i međunarodnim i evropskim dokumentima kao što je član 10. Univerzalne deklaracije Ujedinjenih nacija i član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima kojima se garantuje pravo svakog čoveka na pravično suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, što je slučaj samo ukoliko je pravosuđe zaista nezavisno.

Svim navedenim izmenama organizacije i nadležnosti Visokog sudskog i tužilačkog saveta, kao i Pravosudne akademije, povređeni su ne samo Ustav Turske već i međunarodni dokumenti i načela koja se odnose na sastav pravosudnih saveta: Preporuka 2010/12 Komiteta ministara Saveta Evrope o sudijama: nezavisnost, efikasnost i odgovornost, Mišljenje br. 1 Konsultativnog veća evropskih sudija o standardima nezavisnosti

¹⁹ Član 22 i 23 Zakona o Pravosudnoj akademiji.

pravosuđa i nepremostivosti sudija, Mišljenje br. 4 Konsultativnog veća evropskih sudija o odgovarajućoj inicijalnoj i kontinuiranoj obuci sudija na nacionalnom i evropskom nivou, Mišljenje br. 10 Konsultativnog veća evropskih sudija o savetima pravosuđa u službi društva, Evropska povelja o statutu sudija, Izveštaj Venecijanske komisije o nezavisnosti pravosudnog sistema deo I: nezavisnost pravosuđa.

Takođe, izmene zakonskog okvira nisu u saglasnosti sa Strategijom reforme pravosuđa iz 2009. godine, Planom aktivnosti, partnerstvom za pristupanje EU, i Nacionalnim programom koji je usvojila Vlada.

U ovim dokumentima Vlada je usvojila princip da se Visoki savet osniva na načelima objektivnosti, nepristrasnosti, transparentnosti i odgovornosti, i da ima široku osnovu za zastupanje.

Kada Vlada ili Savet imaju ovlašćenje da osnivaju ili ukidaju sudove i da premeštaju ili razrešavaju sudije bez obavezujućih objektivnih kriterijuma, postoji narušavanje vladavine prava, kao i prava građana na suđenje pred sudom osnovanim u skladu sa zakonom²⁰.

Kako bi se odredbe Zakona o Visokom savetu Turske usaglasile sa međunarodnim standardima neophodno je prilikom budućih izmena zakonskog okvira uzeti u obzir odredbe stavova 8. i 12. Mišljenja br. 10 Konsultativnog veća evropskih sudija:

8. *Savet pravosuđa mora težiti da bude garant kako nezavisnosti pravosudnog sistema tako i nezavisnosti sudija kao pojedinaca. Postojanje nezavisnog i nepristrasnog suda je strukturni zahtev države koja se zasniva na vladavini prava.*
12. *Osim upravljačke i administrativne uloge u pravosudnom sistemu, pravosudni savet bi trebalo da predstavlja samostalnu upravu nad pravosuđem, koja omogućava da sudija vrši svoju funkciju van uticaja izvršne ili zakonodavne vlasti, i bez nedozvoljenog uticaja unutar samog pravosuđa.*

Takođe, Preporuka 2010/12 predviđa u stavovima 26 i 46:

26. *Pravosudni saveti su nezavisna tela, osnovana u skladu sa zakonom ili ustavom, koja teže da budu garanti nezavisnosti pravosuđa i sudija i tako promoviše efikasno funkcionisanje pravosudnog sistema.*
46. *Telo koje odlučuje o izboru i karijeri sudija mora biti nezavisno od izvršne i zakonodavne vlasti. U cilju garancije nezavisnosti, najmanje*

²⁰ V. Monetti, C. Strecker, Report on a visit in Turkey, MEDEL, 2014

polovinu članova ovog tela moraju činiti sudije koje su izabrale njihove kolege.

Izmenama zakona usvojenim 2014. godine kojim su preneti ovlašćenja na ministra pravde da odlučuje o raspoređivanju sudija, prenošenje na ministra odlučujućeg uticaja nad Inspekcijskim odborom Saveta i isključivanje Visokog saveta iz organizovanja kontinuirane obuke, predstavljaju zanemarivanje gorenavedenih preporuka. Prenošnje značajnog uticaja na ministra pravde u procesu donošenja odluka u Savetu imaće veliki uticaj na druga ovlašćenja²¹ koja ministar ima u okviru Saveta u Prvom, Drugom i Trećem veću²².

Odredbe Ustava Turske²³ kojom se ministar pravde određuje kao predsedavajući Saveta je u suprotnosti sa preporukama Saveta Evrope. Izmenama zakona iz 2014. godina ministru je dato ovlašćenje da utiče, odlučuje ili blokira sve odluke Saveta, što znači da će rad Saveta u potpunosti zavisiti od ministra, uključujući i regrutovanje kadrova, čak i sudija izvestilaca i inspektora. Niko neće moći da se zaposli u Savetu bez saglasnosti ministra pravde, koji ima ovlašćenje da predlaže kandidate, a Savet bira uspešnog kandidata sa liste koju predlaže ministr. Ministar pravde izmenama zakona postaje *de facto* šef Inspekcijskog odbora, s obzirom da nadzire rad Odbora, a Odbor podnosi izveštaj ministru. Moguće je da se inspekcijski sistem zloupotrebi čak i kada je osnovan u okviru pravosudnog sistema, ali se rizik povećava kada su inspektori pod uticajem i kontrolom izvršne vlasti.

Prestanak funkcije svih članova i zaposlenih u Savetu i Pravosudnoj akademiji je radikalno zadiranje ovlašćenja države u centralne institucije pravosudnog sistema i predstavljaju ugrožavanje nezavisnosti pravosuđa.

Visoki sudski i tužilački savet je centralni stub pravosudnog sistema Turske. Ima značajnu ulogu u napredovanju i premeštanju nosilaca pravosudnih funkcija, disciplinskim postupcima protiv sudija i tužilaca, uključujući i razrešenje. Valjano funkcionisanje Saveta je nužno za nezavisnost, nepristrasnost i efikasnost pravosuđa Turske. Iz tog razloga neopodno je ne samo da bude nezavisan i nepristrasan, već i da štiti i promoviše nezavisnost i nepristrasnost pravosuđa kao celine. U navedenim okolnostima, Visoki savet ne može da štiti i promoviše nezavisnost pravosuđa. Važeći propisi omogućavaju ministru pravde

²¹ Član 9. Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom savetu.

²² CCJE-BU(2014)2, Bureau of Consultative Council of European Judges, Comment on the draft law to amend the Law on High Council of Judges and Prosecutors and related laws, Strasbourg, 12 February 2014.

²³ Član 159 Ustava Turske

da kontroliše i upravlja Visokim savetom, što stvara zabrinutost za nezavisnost i nepristrasnost pravosuđa, kao i za poštovanje načela podele vlasti u Turskoj.

Marina Matić, LL.M

Research associate

Institute of Comparative Law

HIGH COUNCIL OF JUDGES AND PROSECUTORS IN TURKEY AND COMPLIANCE WITH EUROPEAN STANDARDS

Summary

In this paper, in an attempt to develop an overview, the author strives to present international standards on judicial councils and in line with the standards to assess legal framework in Turkey after amendments of the Law on High Judicial Council. Amendments to the Law on High Judicial Council were adopted in 2014. However, Dutch Judges for Judges Association, MEDEL (European association of judges and prosecutors for liberties and democracy, as well as Consultative Council of European Judges raised objections on specific articles and solutions in the Law that violated independence of judiciary and Council and Judicial Council subordinated to the executive branch. Having that in mind, author referred to the remarks and pointed international standards and models of regulating these issues in line with those standards.

Key words: separation of powers, judicial independence, judicial councils, Council of Europa recommendations.

PORNOGRAPHY AND LAWS: A COMPARATIVE STUDY OF INDIA & USA

Abstract

Pornography is an evil which prevails in our society and destroy our society. This paper is an attempt to study & analyse law & rules relating to the pornography & try to do a comparison between the laws in India & United States of America (One of the world strongest country in almost every aspect.

Key words: Pornography, obscene, technology, law.

1. Introduction

In the present era of globalization and information technology the word cyber space is gaining great importance and is in the knowledge of each and everybody ranging from young to old. The extensive uses of internet have resulted in speedy flow of information from one side of globe, thus reducing the world to a small village (globalized village)². In the earlier days, computers were extensively used to store confidential data. The uses of computer increased with the passage of time and also lead to increase in the number of internet users. The rapid increased of the technology give new dimension to the crime called by the name pornography.

2. Pornography and Obscenity

Technology and its increase usage expanded the ambit of the crime of obscenity. Today, pornographic material is freely available on the

¹ Head School of Law, IEC University Baddi; e-mail: soodgeetika6@gmail.com

² V.Tayal, *Cyber Law Cyber crime Internet & E-Commerce*, Edn. 1st, Bharat Law Publication, Jaipur 2011, ix

internet thus bringing the flood of such material to the common vision with great ease and for no value. The term pornography when used in relation to an offence is not defined in any statute in India but the term obscenity has been explained in two statutes in India and these legislations depicts that obscenity in certain circumstances constitutes an offence. These legislations are Indian Penal Code, 1860 and the Information Technology Act, 2000. Although neither the Indian Penal Code, 1860 nor the Information Technology Act, 2000 defines what is obscenity.

3. Indian Penal Code, 1860 and the Information Technology Act, 2000.

Section 292 of Indian Penal Code, 1860 and the Information Technology (Amendment) Act, 2009 has regarded obscenity as an offence. Traditional Indian law of obscenity is contained in sections 292-294 of Indian Penal Code, 1860. However, though the unamended Information Technology Act, 2000 was deficient in dealing with this crime but it was amended in the year 2009 in respect of obscenity and sex-related offences committed online. New sections were inserted thus including obscenity relating crimes in relation to the cyber crimes. Earlier, section 67 was the only section dealing with it which was insufficient to deal with the offence of obscenity. The wording of the section was like this that it was not doing any distinction between child pornography and mainstream pornography and regarded that the obscenity in any form on the internet is illegal. The Information Technology (Amendment) Act, 2009 has reformed the law of obscenity in India to a greater extent. The combined effect of Sections 66E, 67, 67A and 67B is that online obscenity has been brought within the legal regime and it also differentiates between child pornography and mainstream pornography. Section 67 which provides punishment for publishing obscene material in electronic form is punishable under section 67B. In section 292 of Indian Penal Code, 1860 as in relation to the offence of obscenity, to have the knowledge of an objectionable matter is not regarded as an ingredient of crime. The mens rea is required to prove in case of selling or keeping the objectionable matter. Regarding the possession of obscene material in India almost similar view was expressed by various High Courts and distribution thereof³.

Regarding the Possession of obscene material in United States of America's Supreme Court in 1969 has held that State laws making mere

³ High Court of Bombay, Rajasthan and Madras. See for details: V.Sundarajan v. State of Madras Cri.P.C.No.379 of 1978 decided on 28.11.1979., Jagdish Chawla's (1999 Cri.L.J 2562)

private possession of obscene material a crime are invalid at least in absence of an intention to sell, expose or circulate the material. In United States, the Communications Decency Act, 1996⁴ (CDA) differentiates between the mainstream pornography and child pornography. In United States of America pornography specific legislation, the Communications Decency Act, 1996 broadly aims at protecting children from exposure to indecent material and is the most successful and controversial effort so far⁵. Thus, the Communications Decency Act, 1996 prohibits a person in interstate or foreign communications who uses a telecommunication device⁶ from knowingly making, creating or soliciting any comment, request, suggestion, proposal, image or other communication which is obscene or indecent, knowing that the recipient of the communication is under age of 18 years, regardless of whether the maker of such communication placed the call or initiated the communication⁷. However, in *Ranjit D. Udeshi vs State Of Maharashtra*⁸ on 19 August, 1964 it was stated that to escape liability, the accused will have to prove his lack of knowledge. Under Section 4(1) of the Obscene Publications Act, 1959 of United States of America and under exception clause of Section 292 of Indian Penal Code, 1860 of India publications for public good are exempted from the mischief of the respective sections. Thus traditional obscenity laws, whether in India or United States of America, circumscribe the guilt to an area where the objectionable matter is not aimed at achieving public good or where it is not a piece of art, etc. None of the laws come up with a definite definition of the term obscenity.

4. Child pornography

Every human being below the age of 18 years is known as child according to Indian Law⁹. Child Pornography refers to images or films depicting sexually explicit activities involving a child, as such, child pornography is a visual record of child sexual abuse. Abuse of the child occurs in the production of child pornography when sexual acts are

⁴ 1996 (United States of America)

⁵ 18 USC S. 1343, 185

⁶ According to the government, “whatever meaning is encompassed by the term [telecommunication device]; it specifically ‘does not include an interactive computer device’ “. *ACLU v. Reno*, Civ. No. 96-963, Defendant’s opposition to plaintiff’s motion for a temporary restraining order (E.D. Penn. 14-2-1996); 47 USC S. 223(a)(1)(B). *Ibid.*

⁷ *ACLU v. Reno*, Civ. No. 96-963, Defendant’s opposition to plaintiff’s motion for a temporary restraining order (E.D. Penn. 14-2-1996); 47 USC S. 223(a)(1)(B). *Ibid.*

⁸ 1965 AIR 881, 1965 SCR (1) 65

⁹ *Implementation Hand Book for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 1, www.wcd.nic.in/crcpdf/crc-2.pdf

photographed and the effects of the abuse on the child are by the wide distribution and lasting availability of the abuse. In both common usage and for research purposes, the word child in the phrase child pornography refers to prepubescent children, does not refer to post -puberty teenagers.

Child pornography is the consequence of the exploitation or sexual abuse committed against a child. It can be defined as any means of depicting or promoting sexual abuse of a child, including print or audio, centred on sex acts or the genital organs of children¹⁰.

5. Legal position of child pornography in India

In India, there is no enactment which directly deals with the problem of child pornography. The law governing the issue of child pornography is same as for pornography and cyber pornography. The newly inserted section 67B of the Information Technology Act, 2000¹¹ covering depiction of children in sexually explicit act or conduct, etc. Not only the creation and transmission of child pornography is illegal in an electronic form but even browsing is also considered as illegal. A first offence of publishing, transmitting, creating, collecting, seeking, browsing, downloading, advertising, promoting, exchanging or distributing material, in any e-form depicting children in obscene, indecent or sexually explicit manner can interact up to five years in jail and a fine up to rupees five lakh and up to seven years in jail and fine up to rupees ten lakh in case of second offence.

Section 67 of the existing act deals with publishing obscene information in an electronic form. Earlier, the section specifically defines pornography or make it an offence and does not mention child pornography at all. But after the amendment, section 67B proposes specifically to punish involvement in sexually explicit online or electronic content that depict children. It is a non- bail able crime under the new act.

6. Legal position of child pornography in the United States of America

In the United States of America, the first Amendment of Constitution laid emphasis on protection of right to privacy within four walls not affecting others. Title 18 of United States of America Code, section

¹⁰ M.Narayan Bhatt, "Child Pornography: A potential Threat to the Future of Globe- A Global Overview" in V.Tayal, *Cyber Law Cyber Crime and E commerce*, 358

¹¹ Inserted by Act 10 of 2009 (w.e.f. 27-10-2009).

2252(a)(2)(A) defines child pornography as any visual depiction of sexually explicit conduct involving children. In 1994, Federal Bureau of Investigation (FBI) started preventive and controlling measures in the name of innocent images and arrested several people after search of 120 homes in 1995. There are several statutes in United States of America, which prohibits internet or online child pornography and are as follows: the Communication Decency Act, 1996; the Child Pornography Prevention Act, 1996; etc., under Title 18 of United States of America Code, section 2256 and the Child Online Protection Act, 1998; the Protection of Children from Sexual Predators Act, 1998 under Title 18 United States of America Code, section 302, etc.

In *Free Speech Coalition v. Reno*¹² a Circuit Court concluded that the definition of child pornography under the Act of 1996 is vague and too broad and also inconsistent with the first amendment. The Supreme Court upheld the Act of 1998 to protect minors from internet pornography in 2001 and the Congress adopted the Child Obscenity and Pornography Act, in 2002.

7. Child Pornography Prevention Act, 1996

The Child Pornography Prevention Act, 1996 was signed by the United States President. It was passed by the United States of America on September 30, 1996. It has been amended thereof with small changes. The new legislation expands the definition of child pornography. Section 3 of the 1996 Act adds a new sub-section to 18 U.S.C. 2256(8) which has redefined child pornography¹³. Section 2 of the 1996 Act includes important findings related to pseudo-photography and explains why it should be illegal.

The Children's Internet Protection Act, 2000 is one of the number of bills that the United States of America Congress has proposed in an attempt to limit children's exposure to pornography and explicit content online. President Bill Clinton signed it into law on 21 December 2000 and it was upheld by the Supreme Court of the United States of America on 23 June 2003. Children Internet Protection Act, 2000 (CIPA) is a federal law enacted by the United States of America. It is applicable over the Internet on school and library computers. Children's Internet Protection Act, 2000 (CIPA) imposes certain types of requirements on any school or library that receives funding for Internet access or internal connections

¹² No. 97-16536 (9th Cir. Dec. 17th, 1999). See also <http://www.cyber crime.gov>

¹³ See for details S. 18 U.S.C. 2256(8) of Child Pornography Prevention Act, 1996.

from the e-rate program which means - a program that makes certain communications technology more affordable for eligible schools and libraries. In early 2001, the FCC issued rules implementing Children's Internet Protection Act, 2000 (CIPA)¹⁴.

In United States, child accessibility to porn sites is prohibited. In India, the browsing and downloading child porn images are also made punishable. In India the law relating to children came in Information Technology (Amendment) Act, 2009 but in the United States the privacy laws enacted specifically for the internet, the Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) 1998.

CYBER PORN	<p>a. No such difference exists under Section 292 of Indian Penal Code, 1860. All types of pornography are illegal.</p> <p>b. Mere possession is not an offence.</p> <p>c. Publication or transmission under Section 67 of the IT Act is an offence.</p> <p>d. Under the IT (Amendment) Act, 2008, under Section 67-B, child pornography, its browsing, downloading, etc. has been also declared as an offence.</p>	<p>a. The Communications Decency Act of 1996 differentiates between mainstream pornography and child pornography.</p> <p>b. Possession of obscene material is not an offence.</p> <p>c. Publishing or transmission of obscene material is an offence.</p> <p>d. Child accessibility to porn sites is prohibited.</p>
---------------	---	--

8. Conclusion

The pornography and obscenity are buzz words in the today's era because the monetary aspect of this market is valued in Billions of Dollars. The Indian laws neither Information Technology Act, 2000 nor Indian Penal Code, 1860 categorise the pornography or obscenity. Every type of pornography is illegal in India but according to Information

¹⁴ N. Kamath, *A Guide to Cyber Laws*, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd. New Delhi 2004

Technology Act, 2000 merely possession of pornographic and obscene material is not an offence. Publication or transmission under section 67 of the Information Technology Act, 2000 is an offence. After the amendment in the Information Technology Act, 2000 under section 67B, child pornography, its browsing, downloading, etc. has been also declared as an offence. On the other hand there are different categories of Pornography in United States of America. The Communications Decency Act of 1996 differentiates between mainstream pornography and child pornography. Similarly as in India the mere possession of obscene material is not an offence in United States of America and publishing or transmission of obscene material is an offence. In United States of America the Child accessibility to porn sites is strictly prohibited. The penalties under the Communications Decency Act, 1996 include fines up to \$1,00,000 and two years imprisonment. In India, the Information Technology Act, 2000 imposes the penalties for the offence under this on first conviction with imprisonment upto three years and fine up to five lakh rupees and on second or subsequent conviction with imprisonment up to five years and fine up to ten lakh rupees. In addition to this a special act Child Obscenity and Pornography Act, in 2002 was passed in United States of America.

Prof. dr Geetika Sood¹⁵

Deakn Pravnog fakulteta, IEC Univerzitet Baddi, Indija

PORNOGRAFIJA I ZAKONI: UPOREDNOPRAVNA STUDIJA: INDIJA & SAD

Rezime

Pornografija je zlo koje preovladava u našem društvu i koje uništava naše društvo. U ovom radu se čini pokušaj da se prouče i analiziraju pravo i zakonske odredbe koje se odnose na pornografiju, a, isto tako, i da se uporedi zakonodavstvo Indije i SAD u ovoj oblasti.

Ključne reči: pornografija, opscenost, tehnologija, zakon.

15 Head School of Law, IEC University Baddi; e-mail: soodgeetika6@gmail.com

НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ НЕОСНОВАНЕ ОСУДЕ И ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ

Апстракт

У раду је анализиран институт накнаде штете због неосноване осуде и неоснованог лишења слободе у англосаксонском праву. Указано је на основну разлику у приступу англосаксонских и европскоконтиненталних законодавстава овом питању, где је режим англосаксонског права знатно рестриктивнији. Анализиране су специфичности правила о накнади штете у англосаксонском праву, која имају неповољан утицај на могућност остваривања права на накнаду штете неосновано осуђених лица. Посебно је истражено под којим условима је могуће право на накнаду штете због неосноване осуде остварити у односу на државу, по правилу у режиму правно необавезујућих исплата, те, изузетно, у посебним правним режимима одређеним законом.

Кључне речи: неосновна осуда, неосновано лишење слободе, накнада штете, англосаксонско право

1. Неоснована осуда и неосновано лишење слободе у упоредном праву

Различита законодавства дају различите одговоре на проблем неосноване осуде и неоснованог лишења слободе, односно на питање одговорности државе за штету која тиме може бити проузрокована. Ти одговори крећу се у широком луку, од потпуног непризнавања

¹ Аутор је судија Уставног суда Републике Србије и докторанд Универзитета Привредна академија у Новом Саду; e-mail: milan.markovic@ustavni.sud.rs.

обавезе државе да ту штету накнади, преко успостављања механизма за обештећење од стране државе у одсуству постојања њене правне обавезе, па до успостављања посебних правних основа одговорности државе за накнаду те штете, у ограниченом или у пуном обиму.

До средине XX века велики број држава није познавао институт накнаде штете због неоснованог лишења слободе и неосноване осуде, а тамо где је он и постојао углавном је имао ограничене домете. Права лица неосновано лишених слободе и неосновано осуђених лица најчешће су била ограничена на право на накнаду штете по општим правилима грађанског права о деликтној одговорности, дакле само у случајевима када је до неоснованог лишења слободе или неосноване осуде дошло услед противправних и скривљених радњи државних службеника или трећих лица. Међутим, ни у тим случајевима право на накнаду штете најчешће није могло бити остварено према држави, што због непостојања посебних правних основа за одговорност за штету од стране правних лица, односно за одговорност без кривице или без обзира на кривицу, што због грађанскоправног судског имунитета државе, који је раније имао знатно шире дејство. То право се тада евентуално могло остваривати само у односу на одговорног државног службеника или у односу на трећа одговорна лица. Дакле, право на накнаду штете било је ускраћено у свим оним случајевима у којима је до неоснованог лишења слободе или неосноване осуде дошло без ичије кривице или када се кривица не би могла доказати, што су у пракси и најчешћи случајеви у којима долази до неоснованог лишења слободе и неосноване осуде.

Међутим, у току друге половине XX века ситуација се у битном изменила, па је већ дуже време у већини држава признато право на накнаду штете због неоснованог лишења слободе и неосноване осуде, у већој или мањој мери. То право се сада често гарантује и као уставно право грађана².

У правним системима у којима држава традиционално ужива широко дефинисан судски имунитет, право на накнаду штете због неоснованог лишења слободе или неосноване осуде темељи се на примарној одговорности државних службеника који штету проузрокује својим незаконитим поступањем. Накнада за случај неоснованог лишења слободе и неосноване осуде оштећени може остварити по општем правном режиму, тако што ће пред грађанским

² Н. Мрвић Петровић, З. Петровић, „Накнада штете због неоснованог лишења слободе или неосноване осуде у страним законодавствима“, Страни правни живот 3/2010, 11.

судом покренути парницу против државног службеника или другог одговорног лица које му је својим скривљеним радњама штету причинио, а од државе може остварити обештећење по посебном режиму, као *ex gratia* (доробољно, без признавања одговорности и субјективног права)³ обештећење из нарочитих фондова. Овај систем је својствен, пре свега, англосаксонским законодавствима⁴.

Насупрот томе, у европском континенталноправном систему, право на накнаду штете због неоснованог лишења слободе и неосноване осуде регулише се, по правилу, као субјективно грађанско право у корист оштећеног, чему, са друге стране, одговара обавеза државе да накнади штету. Ово право произилази из законских, а често и уставних одредби, којима се прописују услови и опсег признавања овог права, који се разликује од општег грађанскоправног режима⁵.

Ипак, последњих деценија ова подела све више губи на значају, јер и у англосаксонска законодавства све више продиру идеје и конкретна законска решења која оштећенима пружају субјективно право на накнаду штете због неоснованог лишења слободе и неосноване осуде.

2. Правна правила о деликтној одговорности у англосаксонском праву

Англосаксонски правни систем, односно систем прецедентног права, развио се из енглеског права, које се заснивало, пре свега, на општем (обичајном) праву – *common law*, заједничким обичајима енглеског краљевства, израженим, односно протумаченом кроз судске одлуке – прецеденте⁶. Насупрот логичкој уређености права, хијерархији његових извора и дедуктивном закључивању, који одликују европско континентално право, у англосаксонском систему извори права имају упоредну вредност, а конкретна решења доносе се на основу познавања чињеница – *a posteriori*, у контрадикторном судском поступку који одликује заштита личних права уопште⁷. Постојала су мишљења да је овај правни систем сувише заснован на традицији, крут, конзервативан и застарео, те да у савременом друштву не може задовољити потребе друштвеног развоја, чак и упркос интервенцији законодавца (*statute law* – као други извор права,

³ Law Commission (New Zealand), Compensation for Wrongful Conviction or Prosecution - A discussion paper, <http://www.nzlii.org/nz/other/nzlc/pp/PP31/PP31.pdf>, 10.01.2015, vii fn 2.

⁴ Н. Мрвић Петровић, З. Петровић, 9.

⁵ Ibid., 9-10.

⁶ Р. Лукић, Увод у право, Научна књига, Београд 1972, 405.

⁷ Р. Васић, К. Чавошки, Увод у право II, Издавачка кућа „Драганић“, Београд 1999, 116.

после општег права)⁸, међутим, данас преовладава мишљење да је, и поред историјског континуитета, као основне одлике овог правног система, судска пракса кроз векове успешно урвнатежавала нове идеје и старе прецеденте, и тако обезбеђивала праву које примењује (и ствара) потребну еластичност и ефикасност⁹. Ово право развило се независно од традиције римског права, које је представљало извор права на европском континенту. Најзначајнији представници овог правног система су Велика Британија и Сједињене Америчке Државе, а ту су и друге земље – бивше британске колоније и земље које су се развијале под утицајем ових земаља.

Одговорност за штету проузроковану деликтом познато је у англосаксонском праву под називом *tort*¹⁰. Иако англосаксонска права, за разлику од европских континенталних права, не познају законом задате опште услове за покретање одређеног режима одговорности, односно иако им је страна идеја о општим условима одговорности за које би био везан општи појам грађанскоправног деликта¹¹, ипак можемо рећи да се и у тим правима за штету одговара по основу кривице¹². Право на накнаду штете припада лицу које докаже постојање узрочно-последичне везе између деликтне радње штетника и настале штете и кривицу штетника.

Међутим, англосаксонска права разликују различите тужбе, са различитим нивоима доказивања, усредсређеним на различите елементе штетних радњи или штете. Оштећени оптира коју ће тужбу поднети према околностима самог случаја. Избор тужбе повезан је са различитим правилима доказивања, прецедентима и дискреционим правом суда при одлучивању, па се различите тужбе могу теоријски класификовати у три врсте¹³. Прва врсту чини тужба за намерно скривљене деликте (*intentional tort*). У парницима по тој тужби, намера штетника да причини штету мора бити доказана. Потребно је доказати да је штетник знао да ће његово понашање или пропуштање извесно довести до штете. Следећу врсту представља тужба због нехатно скривљеног деликта (*negligence*). У парницама по

⁸ Р. Лукић, 405.

⁹ Р. Васић, К. Чавошки, 117.

¹⁰ Деликтивна (вануговорна) одговорност за штету у англосаксонском праву представља посебну грану права. Уговорна одговорност за штету у англосаксонском праву потпуно је изван правила о деликтној одговорности, и део је уговорног права, као посебне правне гране.

¹¹ М. Караникић Мирић, Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2009, 44.

¹² Н. Мрвић Петровић, З. Петровић, 12.

¹³ *Ibid.*, 17.

тој тужби довољно је доказати да је штета проузрокована непажњом, односно да је штетник својим несмотреним понашањем или пропуштањем створио ризик за другог члана друштва па је дошло до штете. Последња врста тужби, која се појавила у знатно каснијој фази развоја англосаксонског права, односи се на објективну одговорност (*strict liability*). Ради се о различитим тужбама које заправо немају основ у кривици лица које се позива на одговорност за штету, већ у преузимању ризика за опасне радње и опасне делатности. Поред терета доказивања, од избора између ових врста тужби зависи и обим одговорности, односно облик накнаде коју оштећени може остварити.

Наиме, специфичност англосаксонског правног система у односу на европскоконтинентални представља и разликовање врсти тужби за накнаду штете према облику накнаде која се тужбом захтева. Основни облик представља компензациона тужба за накнаду штете (*compensatory damages*), којом се тражи накнада претрпљене или будуће имовинске штете. Оштећени у поступку накнаде штете доказује узрочно-последичну веза између радње или пропуштања штетника и настале штете. Други облик тужбе је она која треба да обезбеди накнаду која превазилази стварно претрпљену штету, која треба да послужи као пример, односно као казна (*exemplary damages / punitive damages*)¹⁴, а досуђује се у случају окрутног, произвољног или поступања којим се крше основна људска и уставна права оштећеног, при чему је штетник испољио намеру да тако делује и у будуће. У праву Енглеске и Велса позната је још и тужба која је усмерена на пооштрену накнаду (*aggravated damages*) и може се захтевати онда када је поступање штетника представљало нарочито грубо кршења прва личности оштећеног¹⁵. Ови облици накнаде који превазилазе стварну штету и имају за сврху кажњавање штетника и стога представљају квазикривичну санкцију. Као и друге форме кажњавања, оне потенцијално могу да униште углед, посао и личност туженог. У последње време у државама англосаксонског правног система расте забринутост због раста броја поступака у којима се досуђују казнене накнаде штете. У Сједињеним Америчким Државама постоји тренд да ограничавања износа казнене накнаде, како у законодавствима појединих држава и федерације, тако и ставовима Врховног суда¹⁶. Сличне тенденције постоје и у другим државама.

¹⁴ Термини *exemplary damages* и *punitive damages* користе се као синоними, с тим да се термин *punitive damages* користи у праву Сједињених Америчких Држава.

¹⁵ I. Mitchel, *Claiming Compensation for Police Misconduct (a Guide to your Rights)*, Birmingham 2007, 9-10, према: Н. Мрвић Петровић, З. Петровић, 13.

¹⁶ V. Behr, *Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, *Kent Law Review*, 78/2003, 115, према: Н. Мрвић Петровић, З. Петровић, 18-19.

Још једна битна одлика англосаксонских права је и имунитет државе од подношења тужбе у парници и од кривичног гоњења, у складу са правном доктрином имунитета суверена (*Sovereign immunity*). Ово правно правило је настало у доба апсолутизма у Енглеској, где је власт суверена - владара („Круне“), са којим се, како тада, тако и данас, поистовећује држава у англосаксонском правном систему, без обзира на облик државног уређења, правно била неограничена, односно није се могла ограничити имовинском одговорношћу за штету, јер „*King can not do wrong*“¹⁷. Због тога, држава не може одговарати за деликтне радње својих службеника, осим ако је имунитет за одређену врсту спора отклоњен законом или ако се држава одрекне имунитета у конкретној парници.

3. Накнада штете због неоснованог лишења слободе и неосноване осуде проузроковане неправилним поступањем државних службеника

Дакле, према општим правним правилима *common law* држава не може бити позвана на одговорност за штету проузроковану деликтним радњама, па ни за штету насталу неоснованим лишењем слободе или неоснованом осудом. У оквиру тог правног режима неосновано осуђено лице или лице неосновано лишено слободе право на накнаду штете може остварити, пре свега, под општим условима грађанског права за накнаду вануговорне штете¹⁸. Ово подразумева да се захтев усмерава према одговорном физичком лицу, односно према лицу које је својом скривљеном радњом проузроковало неосновано лишење слободе или неосновану осуду. Међутим, случајеви у којима је једно лице било ухапшено и(или) притворено а потом није правноснажно осуђено или које је било правноснажно осуђено и лишено слободе а потом ослобођено од оптужбе, најчешће нису последица скривљеног незаконитог или неправилног поступања државних службеника или трећих лица¹⁹, па у свим таквим случајевима оштећени не може остварити захтев за накнаду штете у општем правном режиму. Но, чак и када је у конкретном случају постојало скривљено противправно понашање државних службеника или трећих лица, за оштећеног који би

¹⁷ A. Brown-Graham, *Civil Liability of the Local Government and Its Officials and Employees*, <http://www.sogpubs.unc.edu/cm/g/cm12.pdf>, 10.01.2015, 6.

¹⁸ Наташа Мрвић Петровић, Здравко Петровић, 17.

¹⁹ Innocence Project Report, *Making up for Lost Time: What the Wrongfully Convicted Endure and How to Provide Fair Compensation*, http://www.innocenceproject.org/docs/Innocence_Project_Compensation_Report.pdf, 10.01.2015, 12.

захтевао накнаду штете од тих штетника је веома тешко да докаже постојање њихових противправних радњи и кривицу²⁰, па је и тада тужба оштећеног лица често осуђена на неуспех.

Поред наведених, на путу остварења захтева за накнаду штете стоји и препрека у виду околности да судије и јавни тужиоци у англосаксонском праву имају апсолутни имунитет за све поступке предузете у вршењу својих функција (чак и када су ти поступци противправни)²¹, те да су и сви други државни службеници заштићени доктринарним правилом о квалификованом имунитету, широко прихваћеним у судској пракси, који подразумева да они могу бити одговорни за штету коју проузрокују само када су то учинили намерно, односно када су злоупотребили своја овлашћења или када су поступали ван вршења службене дужности²². Судска пракса одређује квалификовани имунитет на начин да захтева да оштећени у парници докаже, између осталог, да би разуман (просечан) службеник у конкретном случају морао знати да се конкретним понашањем крше јасно успостављена права оштећеног²³. Дакле, ако је неосновано лишење слободе или неоснована осуда последица радњи судије или јавног тужиоца оштећено лице не може остварити право на накнаду штете, а ако је ово последица радњи неког другог државног службеника (најчешће полиције), оштећени ће најчешће остати ускраћен за накнаду јер су стандарди према којима би се радње државних службеника квалификовале као неосноване постављени исувише високо²⁴.

У случајевима када су испуњени сви услови под којима лице које је било неосновано лишено слободе или неосновано осуђено може остварити право на накнаду штете у парници према штетнику, државном службенику који је скривио штету, англосаксонска права познају следеће облике штетних радњи за које је могуће остварити то право: незаконито хапшење (*False Arrest*) и незаконито затварање (*False Imprisonment*), намерно неосновано кривично гоњење (*Malicious Prosecution*), дискриминаторно кривично гоњење из освете (*Retaliatory Prosecution*), фалсификовање доказа (*Fabrication of Evidence*), прикривање доказа који би користили одбрани осумњиченог (*Suppression*

²⁰ M. Avery, „Obstacles to Litigating Civil Claims for Wrongful Conviction: An Overview“, *Public Interest Law Journal* 18/2009, 439-451.

²¹ Innocence Project Report, 12.

²² A. Brown-Graham, 12.

²³ M. Avery, 440 fn 5.

²⁴ J. Shaw, „Exoneration and the Road to Compensation: The Tim Cole Act and Comprehensive Compensation for Persons Wrongfully Imprisoned“, *Texas Wesleyan Law Review* 17/2011, 602.

of *Exculpatory Evidence*), неправилно изведено препознавање од стране сведока (*Suggestive Eyewitness Identification Procedures*), изнуђено признање (*Coerced Confessions*), необезбеђена одговарајућа одбрана осумњиченог (*Ineffective Assistance of Counsel*)²⁵. Ради се о радњама државних службеника којима се крше уставне и(или) законске гаранције права окривљеног у кривичном поступку.

4. Одговорност државе за неправилно поступање државних службеника

Англосаксонско право у оквиру објективне одговорности (*strict liability*) познаје одговорност за другог (*vicarious liability - imputed liability*), према којој послодавац или налогодавац одговара за штету коју трећим лицима може нанети запослени или налогопримац који ради у његовом интересу. Међутим, овај облик одговорности не може довести и до одговорности државе за деликте државних службеника, јер је држава, за разлику од других послодаваца и налогодаваца, заштићена имунитетом.

Ипак, у циљу адекватне заштите оштећених, али и јавног интереса уопште, савремена англосаксонска права законима одређују у којим случајевима имунитет државе неће имати дејство у парници за накнаду штете. Дакле, систем субјективне одговорности је од краја Другог светског рата допуњен законским одредбама о одговорности државе у случају да је поступком државног службеника грађанину причињена штета, а и даље се развија уз тенденцију успостављања што пуније објективне одговорности државе уместо искључиве субјективне одговорности државног службеника²⁶.

Тако, у Енглеској је 1947. године донет Закон о поступцима према Круни (*Crown Proceedings Act*), према коме се држава у погледу имовинске одговорности подвргава општим правним прописима, што значи да се против ње може покренути парница на исти начин као и против грађана у погледу штета које причине службеници Круне, односно лица која је заступају. Држава је овим законом, уз одређене изузетке, прихватила одговорност за пропусте у раду сваког државног службеника²⁷. У Сједињеним Америчким Државама је 1946. године донет сличан закон, Закон о захтевима за накнаду штете од

²⁵ М. Avery, 439-440.

²⁶ Н. Мрвић Петровић, Н. Михаиловић, З. Петровић, Вануговорна одговорност државе за штету причињену њеним грађанима, Војноиздавачки завод и Институт за упоредно право, Београд 2003, 91-92.

²⁷ И. Крбек, Одговорност државе за штету, Југославенска академија знаности и умјетности, Загреб 1954, 179.

федерације (*Federal Tort Claims Act*), којим је омогућено грађанима да пред савезним судовима подносе тужбе против савезне државе за деликте извршене од стране лица која делују у њено име, с тим да је истим законом одређен велики број изузетака у којима се тај закон не примењује. Такође, САД су Законом о тужбама због ускраћивања права (*42 USC 1983: Civil action for deprivation of rights*) из 1979. године омогућиле подношење тужбе за накнаду штете због кршења уставом зајемчених права и против држава чланица федерације и свих јавних агенција и служби. Слични прописи постоје и у другим англосаксонским законодавствима²⁸.

Дакле, у овом правном режиму, лице које је било неосновано осуђено или неосновано лишено слободе, када је то била последица скривљеног кршења права гарантованих уставом или законом од стране државних службеника, може у парничном поступку против државе остварити право на накнаду штете. Међутим, у пракси је често веома тешко доказати кривицу државног службеника, с обзиром да је у сваком случају потребно доказати да је постојала намера државног службеника да се неправилним поступањем причини штета. Стварне препреке које стоје на путу доказивања намере, као апстрактне чињенице, заједно са често инфериорним положајем оштећеног (због немогућности да обезбеди одговарајућу правну помоћ за вођење парнице) и широко дефинисаним стандардима који одређују неправилно поступање државних службеника, на начин који традиционално конзервативна судска пракса по правилу тумачи на штету оштећеног, јасно указују да овај режим одговорности државе не представља адекватну заштиту неосновано осуђених лица, односно лица неосновано лишених слободе. Такође, у свим осталим случајевима неосноване осуде и неоснованог лишења слободе, дакле у случајевима када штета није проузрокована неправилним поступањем државних службеника, овај режим оштећеним лицима не пружа било какву заштиту.

5. Обештећење *ex gratia*

У свим случајевима у којима није могуће успоставити правну обавезу државе да накнади штету због неосноване осуде и неоснованог лишења слободе, англосаксонска права нуде могућност

²⁸ Канада је питање одговорности државе за штету уређено важећим законом из 1985. Године (*Crown Liability and Proceedings Act*), Нови Зеланд Повељом о правима из 1990. године (*Bill of Rights Act*).

да штета буде надокнађена *ex gratia* – добром вољом, односно милошћу државе²⁹. Често се овај вид обештећења означава као извршење моралне обавезе државе према оштећеном. То нарочито важи управо за случајеве обештећења жртава неосноване осуде и неоснованог лишења слободе³⁰.

Постоје различити механизми за остваривање обештећења кроз *ex gratia* исплате. Најчешће одлуку о таквом обештећењу доноси влада, на препоруку надлежног министарства, по спроведеном поступку провера испуњености услова за обештећење од за то посебно одређених административних тела³¹. Услови под којима може бити донета одлука о обештећењу, као и у ком обиму обештећење може бити одређено по правилу су ближе одређени интерним актима владе³². Међутим, у Сједињеним Америчким Државама одлуку о обештећењу *ex gratia* може донети само законодавац, кроз посебну врсту „приватних закона“ (*private bill*)³³. Ради се заправо о појединачним правним актима, јер се односе на појединце или групе појединаца за које се у конкретно одређеним ситуацијама може одредити ослобођење од неке опште законске обавезе, повољнији третман или ослобођење од одговорности.

Овај необавезујући механизам обештећења неосновано осуђених лица доста је критикован у земљама које га користе³⁴. Како не постоји правна обавеза државе да у свим истоветним случајевима призна право на обештећење, у овом режиму долази до неједнаког поступања према лицима која се налазе у истој ситуацији, што ствара нову неправду. Такође, остварење права често зависи и од вештине оштећеног да свој проблем наметне влади и јавности, што често представља несавладиву препреку за оштећеног, нарочито у Сједињеним Америчким Државама где је потребна широка јавна подршка како би био донет посебни закон о обештећењу за сваки појединачни случај.

²⁹ Овај начин обештећења не односи се само на штету због неосноване осуде и неоснованог лишења слободе, већ на тај начин држава може обештетити било коју жртву било ког штетног догађаја, укључујући и жртве природних катастрофа, увек када нађе да је то целисходно и изводљиво.

³⁰ Innocence Project Report, 7.

³¹ Law Commission (New Zealand), 16.

³² На пример, у Канади су савезни и покрајински министри правде 1988. године заједно утврдили смерница које се односе на накнаду штете за неосновано осуђена лица која су била лишена слободе (Federal-Provincial Guidelines on Compensation for Wrongfully Convicted and Imprisoned Persons).

³³ Innocence Project Report, 13.

³⁴ Ibid.

Такође, режимом обештећења кроз *ex gratia* плаћања за неосновано осуђена лица не испуњавају се ни стандарди које у погледу права неосновано осуђених лица одређује члан 14. став 6. Међународне конвенције о грађанским и политичким правима, чији су чланове и државе англосаксонског правног система³⁵. Наиме, ова конвенција изричито захтева да државе чланице законом уреде право неосновано осуђених лица на накнаду штете. Изостанак одговарајуће законске заштите неосновано осуђених лица често је био предмет критика појединих држава од стране Комитета за људска права Уједињених Нација³⁶.

Упркос критикама, законом уређени режими за накнаду штете неосновано осуђеним лицима још увек су ретки у земљама англосаксонског правног система. Данас одговарајуће законе имају само Велика Британија, те делимично Сједињене Америчке Државе.

6. Посебан законски режими за накнаду штете због неосноване осуде у Великој Британији

У Великој Британији неосновано осуђено лице може остваривати захтев за накнаду штете управним путем, обраћајући се одговарајућој комисији Владе. Искључена је могућност кумулације захтева по општем (грађанском) и специјалном (управном) режиму. На остваривање накнаде штете у управном поступку овлашћена је искључиво лично особа која је била неосновано осуђена и због тога лишена слободе. Накнада по овом основу се може исплатити у једном од две врсте програма по којима је могуће остварити накнаду штете³⁷.

У Великој Британији се од 1957. године примењује давање јавног обештећења жртвама неосноване осуде и лишења слободе из државних средстава у управном поступку. Од 1985. године овакав правни пут је и законом регулисан. Не ради се о општем основу за накнаду штете, него о појединачним случајевима поправљања тешких полицијских грешака и судских заблуда, нарочито када су још и сензационалистичка хапшења и суђења била пропраћена у штампи. Оштећени подноси одговарајући захтев Секретару за унутрашња питања (*Home Secretary*), који разматра овај захтев и у споразуму са оштећеним, у складу са околностима случаја, опредељује износ обештећења³⁸.

³⁵ Law Commission (New Zealand), 16-17.

³⁶ Ibid.

³⁷ *Northern Ireland Human Rights Commission*, „*The Rights of People who have been Arrested*“, *A Review of the Law in Northern Ireland, Belfast 2004*, 29-31, према Н. Мрвић Петровић, 3. Петровић, 14.

³⁸ Ibid.

Други начин обештећења установљен је *Criminal Justice Act*-ом из 1988. године (члан 133). Право на накнаду штете има лице у односу на кога је уместо осуђујуће донета ослобађајућа пресуда и то пошто је искористило право на жалбу. По овом основу не може остварити право на накнаду штете особа која је пуштена после хапшења, а да потом није уследила формална оптужба, или је била оптужена, али није дошло до суђења, сем уколико није било других штетних последица тог хапшења (на пример, повреде у телу, оштећење здравља и слично). Такође, ни лице које одбије коришћење својих права нема могућности да истиче захтев за накнаду штете. Поступак за накнаду штете по овом основу примењује се од 1985. године. Личним захтевом подносилац се обраћа Влади, под условом да није искористио друге могућности за накнаду штете по истом основу. Потребно је да је претрпљена штета у непосредној вези са хапшењем. Накнада се одмерава у фиксном износу, по истим критеријумима као и када би захтев био поднет у парничном поступку. Првенствено се надокнађује претрпљена материјална штета у виду губитка издржавања, трошкова неопходних лечења, болничких услуга и медицинске неге, путних трошкова (нарочито због посета породице окривљеном током трајања притвора или казне затвора) као и трошкова за неопходну правну помоћ. Поред тога признају се и будуће материјалне штете у виду смањења капацитета за будуће издржавање или губитка пензије. За разлику од материјалне штете, чији је обим релативно лако доказати и признати, теже се остварују захтеви за накнаду нематеријалне штете, који се обично скупно означавају као претрпљени емоционални поремећаји. Ипак, критеријуми комисије нису увек јасни, тако да има указивања на драстичне разлике у висини добијене накнаде од случаја до случаја³⁹.

7. Посебан законски режими за накнаду штете због неосноване осуде у Сједињеним Америчким Државама

У Сједињеним Америчким Државама закон о праву на накнаду штете због неосноване осуде постоје на федералном нивоу за лица неосновано осуђена за кривично дело из федералног закона, док на нивоу држава чланица федерације такви закони постоје у само 27 држава, док 23 државе нису донеле закон којим би то право било признато⁴⁰.

³⁹ Ibid., 15-16.

⁴⁰ Innocence Project Report, 3.

Први закони у обој области донети су још 1913. године (у Калифорнији и Висконсину), док је на савезном нивоу први закон донет 1938. године. Међутим, ти ранији закони нису пружали одоварајућу заштиту, јер су постављали веома рестриктивне услове а висина накнаде је била ограничена на веома ниске износе (највише 5.000 долара према савезном закону из 1938. године). Нови замањ у законском уређењу права неосновано осуђених лица постигнут је 2004. године, усвајањем новог савезног закона (*Innocence Protection Act*), као и низа нових државних закона, којима су по први пут призната или значајно унапређена права неосновано осуђених лица⁴¹.

Тим законима су прописани различити механизми остваривања права неосновано осуђених лица⁴². Тако, у једној групи држава (нпр. у Њујорку) ово право ће се остваривати у парничном поступку пред редовним судом, у другој групи у посебном судском поступку (нпр. у Лујзијани, као и на федералном нивоу), док у трећој групи држава о том праву одлучују посебне административне комисије, па чак и само законодавно тело, у коначној фази (нпр. у Калифорнији). Такође, у већини тих закона утврђени су и максимални износи накнаде који оштећени може остварити, који се такође разликују од државе до државе. Тако, на федералном нивоу је одређена горња граница висине накнаде од 50.000 долара за сваку годину неоснованог лишења слободе, односно 100.000 долара за сваку годину неоснованог лишења слободе током чекања на извршење смртне казне. У већем броју држава ти максимални износи су нешто нижи (у просеку око 24.000 долара за сваку годину неоснованог лишења слободе)⁴³, а прописана је и исплата накнаде на рате преко одређених износа. Међутим, поред права на новчану накнаду штете, често законодавства признају и нека друга права (здравствено осигурање, плаћена обука у циљу запошљавања, плаћање школарине, финансирање основних трошкова живота у одређеном периоду и слично).

Иако постојање ових закона представља позитиван искорак, нарочито у поређењу са државама које нису донеле сличне законе, са правом се указује да и постојећи режим посебних закона има битне недостатке⁴⁴. Нарочито се указује на неуједначене и прениско одређене максималне износе накнаде (у појединим државама је прописан максималан износ за једну годину боравка у затвору од 5.000 долара), те на искључивање права на накнаду за лица која су лажно

⁴¹ Ibid., 14.

⁴² Ibid., 27-31.

⁴³ Ibid., 15.

⁴⁴ Ibid., 15-19.

признала извршење кривичног дела (без обзира на разлоге зашто су тако поступили) или која су раније била осуђивана за неко друго кривично дело. Такође, веома су критиковани и захтеви да неосновано осуђена лица у поступку остваривања права на накнаду штете докажу своју невиност, иако је осуда у кривичном поступку стављена ван снаге⁴⁵.

8. Закључак

Државе које припадају англосаксонском правном систему припадају групи најразвијенијих земаља, са моћним економијама и достигнутим високим нивоом заштите људских права и слобода. Због тога су Велика Британија, Канада, Аустралија и Сједињене Америчке Државе на много начина узор за друге државе.

Међутим, када се ради о заштити неосновано осуђених лица и лица неосновано лишених слободe, ове земље значајно заостају за европским стандардима. Ако права која су лицима неосновао лишеним слободe и неосновано осуђеним лицима призната у Републици Србији упоредимо са положајем лица која се у истој несрећној ситуацији затекну у некој од држава англосаксонског правног система, видећемо да Република Србија пружа заштиту знатно ширем кругу лица која су била под ударом кривичног гоњења (не само неосновано осуђеним лицима и лицима незаконито лишеним слободe, већ и свим лицима која су неосновано лишена слободe), да је поступак за остваривања права једноставнији, те да је позитиван исход тог поступка за оштећеног сасвим изванредан.

Виши ниво заштите права лица неосновао лишених слободe и неосновано осуђених лица у Европи последица је бољих инструмената контроле примене стандарда заштите које предвиђају различите међународне конвенције. Европа је, кроз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и праксу Европског суда за људска права, те кроз институције Европске уније и процес придруживања Европској унији од стране држава које нису чланице Уније, развила делотворне механизме за примену и стално унапређивање стандарда у заштити људских права. Земље англосаксонског права, изузев Велике Британије, нису део тог процеса хармонизације правних стандарда, а надамо се да ће у будућности бити створени услови да се и на универзалном нивоу створе делотворнији механизми који ће допринети унапређењу

⁴⁵ Ibid., 4-5.

заштите људских права, укључујући и права лица неосновано лишених слободе и неосновано осуђених лица.

M.Sc. Milan B. Marković

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

Doctoral candidate at the University Business Academy in Novi Sad

COMPENSATION FOR WRONGFUL CONVICTION AND DEPRIVATION OF LIBERTY IN COMMON LAW LEGAL SYSTEMS

Summary

The paper analyses the institute of compensation for wrongful conviction and deprivation of liberty in the common law legal systems. It points to the basic difference in approach between common law legal systems and civil law legal systems laws on this issue, where the common law regimes are much more restrictive. It analysed the specifics of the rules on compensation for damages in common law, which can have a negative impact on eligibility for damages to wrongfully convicted persons. The paper specially investigated under which conditions it is possible to achieve compensation for wrongful conviction from the state, as a rule, in the regime of non-legally binding payments, and, exceptionally, in a separate legal regime established by law.

Key words: wrongful conviction, wrongful deprivation of liberty
Compensation for damages, common law legal systems.

NEMAČKI GRAĐANSKI ZAKONIK Od pravnog partikularizma do kodifikacije građanskog prava

Apstrakt

Nemački rajh, u istoriji nazivan i Drugim nemačkim carstvom, formiran je 1871. godine. Uprkos skoro hiljadugodišnjem postojanju, prethodno Sveto rimsko carstvo, nikada nije imalo čvrstu i jasnu konturu koja bi odgovarala savremenom pojmu države. Nemački rajh se zato označava kao prva moderna država nemačkog naroda, iako se Nemačka (organizovana kao Nemački rajh) u poređenju sa zapadnoevropskim nacionalnim državama smatra „zakasnelom državom“, a nemački narod „zakasnelom nacijom“ [die verspätete Nation]². Nasleđe proisteklo iz viševjekovnog usitnjavanja nemačkih državica [Kleinstaaterei] konačno okupljenih u jednu državu bilo je pravni partikularizam. Iz nacionalnog jedinstva nemačkog naroda proisteklo je političko jedinstvo Nemačke, a iz političkog jedinstva moralo se stoga uspostaviti i jedinstvo prava. Cilj ovog rada jeste pokušaj da se osvetli proces kodifikacije nemačkog građanskog prava, kako s pravnog tako i s političkog stanovišta. Analizom je obuhvaćen rad stručnih komisija (s posebnim osvrtom na značaj Bernharda Vindšajda) zaduženih za pisanje nemačkog građanskog zakonika [Bürgerliches Gesetzbuch- BGB], kao i uopšte razvitak ideje o potrebi kodifikacije građanskog prava u Nemačkoj, s početka XIX veka. Najzad, rad se bavi i pitanjem uticaja već postojećih evropskih kodifikacija, u prvom redu francuskog građanskog zakonika [Code civil].

Ključne reči: Nemački rajh, Nemački građanski zakonik, pravni partikularizam, kodifikacija, pravni transplant, Vindšajd.

¹ Student master studija (LL.M.) na Univerzitetu u Kelnu. e-mail: lazar.glisovic@hotmail.com

² Tvorac ove poznate kovanice je nemački filozof i sociolog Helmut Plesner.

1. Promene pravno političkog okvira kao preduslov kodifikacije

U pogledu zakonodavne nadležnosti, Ustav Nemačkog rajha (Deutsches Kaiserreich) iz 1871. godine, poznatiji kao Bizmarkov ustav, određivao je u članu 4, tačka 13 nadležnost Rajha u oblasti obligacionog prava, krivičnog prava, trgovinskog prava i sudskih postupaka³. Relativno uski okvir zakonodavne nadležnosti može se objasniti činjenicom da je Nemački rajh (1871-1919), po uređenju savezna ustavna monarhija, bio sačinjen od dvadeset pet federalnih jedinica. Uprkos težnji ujedinjenja svih nemačkih država, na planu nadležnosti i uopšte organizacije savezne države, isprvasem aloradilo. Kao najžešći protivnici proširenja zakonodavne nadležnosti savezne države stajali su Saksonija, Bavarska i Virtemberg⁴.

Poimanje kodifikacije građanskog prava kao temelja državnosti, ali s njom i nacije nije predstavljalo dovoljno čvrst argument u prilog njenoj izradi. Nevoljnost odricanja nadležnosti od strane federalne jedinice u korist savezne države, kao usud stvaranja svake federalne države i u slučaju Nemačkog rajha bila je jedna od glavnih prepreka na putu ka kodifikaciji građanskog prava. Konstelaciju političkih snaga uslovljavao je jak položaj teritorijalnih kneževa u odnosu na Rajh, koji bi u slučaju prenošenja nadležnosti na Rajh bio u velikoj meri oslabljen. Otuda i ne čudi što su kneževine u svom otporu istrajale sve do 1874. godine, kada su najzad morale da se odreknu nadležnosti u oblasti privatnog prava.

Zbog atipičnih ustavnih ovlašćenja, i složenosti raspodele zakonodavne nadležnosti organa Rajha, pažnju zavređuje, barem u kratkim crtama, zakonodavni postupak u Rajhu. U pogledu ovlašćenja, zamišljen kao centralni politički organ, bio je Bundesrat (Gornji dom), sastavljen od suverenih kneževa, koji je delom predstavljao i upravnu i zakonodavnu vlast. Iako Ustav nije predvideo vladu kao organ izvršne vlasti, na čelu Bundesrata je stajao kancelar Rajha, a tu je funkciju, od 1871. do 1890, u godinama odlučujućim za nastanak kodifikacije, obavljao Oto fon Bizmark, istovremeno kancelar Pruske⁵. Rajhstag (Donji dom) sačinjen od 397 poslanika⁶, odlučivao je o predlozima zakona proisteklih iz Bundesrata.

³ Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871:

<http://dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassungskai/index.html>, 29.04.2014.

⁴ W. Schubert, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Walter de Gruyter, Berlin- New York, 1978., 28.

⁵ Time je i formalno potvrđena "hegemonija Pruske" u novostvorenom Nemačkom Rajhu"

⁶ Upor. M. Schmoekkel, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung*, Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien, 2005., 379 i dalje.

Prvi korak ka kodifikaciji predstavljao je predlog dvojice poslanika Nacionalno liberalne partije (Nationalliberale Partei), po broju mandata najveće partije prvog saziva Rajhstaga, o proširenju zakonodavne nadležnosti Rajha⁷. Predlog je prvi put razmatran na sastanku Odbora za ustavna pitanja i pravosuđe Bundesrata 9. decembra 1871. godine. O težini dobijanja saglasnosti svih federalnih jedinica i mukotrpnom procesu koji mu je prethodio govori podatak da je od pomenutog sastanka pa do odluke Gornjeg doma od 4. decembra 1873. godine, na kojoj je potvrđeno formiranje “Pretkomisije” za izradu građanskog zakonika prošlo skoro pune dve godine⁸. Formalnoppravno, ovlašćenje za rad na kodifikaciji građanskog prava, federalna država stekla je izmenama Ustava decembra 1873. godine. Ove izmene poznate su kao “Lex Miquel/Lasker”⁹.

Rukovođenje radom na kodifikaciji povereno je Odboru Bundesrata za ustavna pitanja i pravosuđe. Kasnije će tu ulogu preuzeti Pravna služba Rajha (Reichsjustizamt), čijem će radu i uticaju, kasnije u radu biti posvećeno više pažnje.

2. O zakonodavnoj politici Nemačkog rajha

Nemački rajh je, poput mnogih mladih (federalnih) država XIX i s početka XX veka¹⁰ bio suočen s problemom pravnog partikularizma. Od svog formiranja pa sve do izmene Ustava iz 1873. godine, nije se radilo na ujednačavanju prava u oblastima u kojima je to bilo moguće, izuzev krivičnog prava. Ovu tvrdnju potkrepljuje činjenica da u tom periodu nije donet nijedan zakon koji je za cilj imao unifikaciju privatnog prava. S druge strane, to vreme obeležila su politička previranja koja će za ishod imati izmenu Ustava, kojom bivaju otvorena vrata kodifikaciji prava.

Na širem zakonodavnom planu, dakle, van građanskog (civilnog) prava, učinjeno je dosta u pogledu ujednačavanja prava. Tako je Krivični zakonik, koji zahvaljujući brojnim izmenama i danas važi u SR Nemačkoj (kada je donet nosio je naziv Reichsstrafgesetzbuch, a danas bez prefiksa carski, samo Strafgesetzbuch) donet već 15. maja 1871. godine, a stupio

⁷ Upor. W.Schubert, 27.

⁸ V.W. Schubert 28, kao i T.Vormbaum, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1977., XXIX

⁹ Naziv potiče od imena dvojice poslanika Nacionalno liberalne partije: Johannes Miquel i Eduard Lasker. Pre izmene Ustava, član 4, tačka 13: glasio je: „zajedničko zakonodavstvo u oblasti obligacionog prava, krivičnog prava, trgovačkog i meničnog prava kao i procesnog prava“; nakon izmene, pak, isti član glasi: „zajedničko zakonodavstvo u oblasti celokupnog (podvukao L.G.) građanskog prava, krivičnog prava i procesnog prava” (RGBl. str. 379).

¹⁰ Poput Kraljevine SHS, kasnije i Kraljevine Jugoslavije.

na snagu 1. januara 1872. Nešto kasnije, 1. februara 1877. donet je Zakonik o krivičnom postupku (Reichsstrafprozessordnung) koji se počeo primenjivati 1. oktobra 1879. godine.

Treći značajan zakonik koji je važio na čitavoj teritoriji Carstva bio je Opšti nemački trgovački zakonik. Isti Zakonik, donet još u okviru Nemačkog saveza (Deutscher Bund), „unet“ je u pravni poredak novog Rajha, ipak sa suženom primenom samo na oblasti meničnog i obligacionog prava¹¹.

Ovaj Zakon(ik) će se primenjivati sve do donošenja novog Trgovačkog zakonika koji je stupio na snagu zajedno s Nemačkim građanskim zakonikom 1. januara 1900. godine. Baš kao i Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku i Trgovački zakonik zajedno s Građanskim zakonikom i danas su na snazi u SR Nemačkoj. Uprkos kritici, pre svega Građanskog zakonika koja će dalje u tekstu biti analizirana, teško je odupreti se divljenju da četiri velike nemačke kodifikacije, među kojima i Građanski zakonik, donete pre više od sto godina i danas predstavljaju izvor pozitivnog prava.

Na polju ostalih grana prava, a pre svega građanskog, i dalje je vladao pravni partikularizam (nem. Rechtszersplitterung). Nepostojanje kodifikovanog prava nadomešćeno je običajnim pravom - recipiranim rimskim (kanonskim) pravom sadržanim u *Corpus iuris* - prožetim germanskim običajima, koje se kao takvo razvijalo u XVI i XVII veku. U istorijskopravnoj literaturi govori se o “carskom pravu” ili “gemeines Recht” (lat. *Ius commune*)¹², koje predstavlja pravne norme koje su nastale, bile primenjivane i razvijane za vreme trajanja Svetog rimskog carstva nemačkog naroda.

Iako je u pojedinim državama Nemačkog carstva, izvršena kodifikacija prava, zasnovana na dotadašnjem običajnom pravu, ona nije doprinela istovremeno i ujednačavanju prava. Naprotiv, kodifikacija prava čija se mesna nadležnost proteže samo na teritoriji, u ovom slučaju kneževina, ni u kojoj meri nije koristila kasnijoj težnji ka ujednačavanju prava na celokupnoj teritoriji Nemačkog carstva. Tako je Bavarska imala svoj “Maksimilijanov građanski bavarski zakonik” [Codex Maximilianeus bavaricus civilis“ - CMBC (1756)], Pruska “Opštezemaljski zakonik” [AllgLandR für die Preußischen Staaten” (1794)], Baden “Zemaljski zakon” [Landesgesetz (1809)], stvoren na osnovama Code civil¹³ itd.

¹¹ Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, München, 2013., 2 (autor glave Hartwig Sprau).

¹² Palandt, 2.

¹³ Prema tvrdnjama nekih autora „prepisan Code civil”: Sergio Fernandes Fortunato, Vom Römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, *ZJS* 4/2009., 328.

Francuski građanski zakonik naročito je, pak neujednačeno, primenjivan u oblastima Carstva istočno od Rajne¹⁴. I dok se tokom prve decenije XIX veka činilo da će kodifikacija biti izvršena upravo na osnovama ili barem po ugledu na Code civil, porazi francuske vojske tokom 1812. i 1813. godine doprineli su slabljenju uticaja Francuskog građanskog zakonika. Pravnopolitički zahtev za stvaranje jednog nemačkog građanskog prava karakteristao je naglašen nacionalni patos, „vreme nacionalnog romantičarskog buđenja nemačkog naroda, tako da je reakcija u odnosu na francuski uticaj i školu prirodnog prava bila neminovna“¹⁵.

Code civil kao simbol „jedne i nedeljive nacije“¹⁶ za konzervativne i nacioanlističke snage u Nemačkoj nije bio prihvatljiv. Takav stav jasno je izložen 1814. godine u delu Avgusta Vilhelma Reberga [August Wilhelm Rehberg] „O Napoleonovom zakoniku i njegovom sprovođenju u Nemačkoj“ u kome se protivi poređenju Francuskog građanskog zakonika s Justinijanovim kodeksom¹⁷, ujedno pozivajući na borbu protiv „filosofskih sanjara“ (philosophische Schwärmer) koji se zalažu za sprovođenje potpune slobode i jednakosti među ljudima¹⁸. Od buđenja ideje za potrebom jedinstvenog građanskog zakonika, preko perioda njegovog stvaranja, pa čak i nakon što je stupio na snagu Zakonik je uvek u izvesnoj meri učvršćivao, često uzdrmani, nacionalni identitet Nemaca. Otuda i ne čudi sledeća rečenica prvog posleratnog saveznog ministra pravde SR Nemačke, izgovorena na svečanosti povodom 50 godina Zakonika, 1. februara 1950. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kelnu: „Jedinstveno građansko pravo je obruč i telo celog Nemačkog naroda“¹⁹.

3. Rasprava o kodifikaciji iz 1814. godine. Tibo vs. Savinji

Prethodno Rebergovo delo moglo bi se uzeti za polaznu tačku diskusije o potrebi kodifikacije građanskog prava u Nemačkoj. Odmah nakon Rebergovog, usledilo je delo Antona Fridriha Justusa Tiboja [Anton Friedrich Justus Thibaut] „O potrebi Nemačke za opštim građanskim zakonikom“. Zastupajući tezu o neophodnosti kodifikacije građanskog

¹⁴ Upor. Palandt, 2.

¹⁵ S.Avramović, V.Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, 8. izdanje, Beograd 2012., 23.

¹⁶ M.Schmoekkel, J.Rüchert, R. Zimmerman, *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, tom I, 2003., uvod 4. pasus (autor uvoda R. Zimmerman).

¹⁷ A.W.Rehberg, *Über den Code Napoleon und seine Einführung in Deutschland*, Gebrüder Hahn, Hannover 1814., 10

¹⁸ A.W.Rehberg, IV.

¹⁹ Obraćanje ministra pravde dr. Thomasa Dehlera, zabeleženo u: *Hans Carl Nipperdey, Fünfzigjahrfeier des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Verlag J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1950., 11.

prava u Nemačkoj, Tibo iako s kritičkim pogledom na Code civil nije, za razliku od Reberga, smatrao da se kodifikacija može i mora izvršiti uz potpuno zanemarivanje uticaja i značaja Francuskog graškanskog zakonika. Tako je u recenziji Rebergovog dela, njemu prebacio jednostranu i nejasnu argumentaciju²⁰. Naročito se protivio stavu Reberga da bi u slučaju nepostojanja drugog rešenja, pre trebalo zadržati pravni partikularizam nego što bi trebalo dopustiti važenje francuskog prava²¹. Prilikom kodifikacije nemačkog građanskog prava, smatra Tibo, trebalo bi uzeti u obzir iskustva Code civil, naročito njegove recepcije u Pruskom i Austrijskom građanskom zakoniku²².

Postojanje pomenutih kodifikacija Tibo je tumačio kao olakšanje budućim tvorcima opšte nemačke kodifikacije. Primećuje, premda pomalo naivno, da bi oslanjanje na dosadašnja iskustva nekih nemačkih država, kodifikacija mogla biti izvršena za svega dve, tri do četiri godine²³. U pogledu sadržaja, budući građanski zakonik trebalo bi da karakteriše preglednost propisa odgovarajući time ujedno na potrebe modernog građanskog društva²⁴. Pravni partikularizam, kao i veliki broj, na latinskom jeziku korišćenih, pravnih izvora označavao je kao prepreku povezivanja pravne teorije i pravne prakse, čija bi sprega u mnogome bila od značaja prilikom stvaranja buduće kodifikacije²⁵. Iste godine, osvanulo je novo, tada već treće po redu delo zahvaljujući kome se 1814. godina može s pravom nazvati „godinom rasprave o kodifikaciji“. Ako su prva dva rada, Rebergov i Tiboov zagovarali potrebu kodifikacije Nemačkog građanskog prava, to svakako nije bio slučaj s trećim. Udarivši „knjigom na knjigu“ Fridrih Karl fon Savinji [Friedrich Carl von Savigny] predstavio je svoje „protivkodifikaciono političkopravno opredeljenje“²⁶, oličeno u delu pod naslovom „O izazovu našeg vremena zakonodavstvu i pravnoj nauci“. Misaona nit koja prožima delo Savinjija karakteriše stav da nemačka pravna nauka, a posebno nemački zakonodavac, nisu u stanju da iznedre zakonik kako ga je zamislio i kakav je zagovarao Tibo. Za razliku od Tiboia koji je smatrao da će dotad već ostvarene pruska, austrijska i posebno francuska kodifikacija biti od koristi zakonodavcu prilikom donošenja sveopšteg nemačkog kodeksa, Savinji je upravo na nedostacima pomenutih gradio tvrdnju da bi na temelju tih kodifikacija

²⁰ Fortunato, 328, fn.18.

²¹ Upor. A.W.Rehberg, 34.

²² A.F.J.Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Mohr & Zimmer, Heidelberg, 1814., 12.

²³ A.F.J.Thibaut, 34-35, 65.

²⁴ A.F.J.Thibaut, 24 i dalje.

²⁵ Upor. Fortunato, 329.

²⁶ G.Wesenberg, G.Wesener, *Neuere Privatrechtsgeschichte*, Böhlau, Wien, 2. Auflage, 1985., 172.

sačinjavanje nemačke kodifikacije bilo praćeno brojnim nedostacima i stoga unapred osuđeno na neuspeh. Činjenicu da su Pruska i Austrija već ostvarile kodifikaciju za njega je samo bio argument u prilog tome da bi ih se one teško odrekle u korist jedne sveopšte nemačke kodifikacije privatnoga prava²⁷ (Austriju navodi smatrajući da je i njoj mesto u budućoj državi nemačkog naroda). Sačinjavanje kodifikacije ne zavisi (samo) od zakonodavca, već pre svega, od „pravne misli i razvijenosti pravne nauke jednog naroda“, ili kako je sâm Savinji tridesetak godina kasnije formulisao, pravo je odraz „narodnog duha“ (*Volksgeist*)²⁸, te tako „izvor prava jesu najpre običaji i verovanje naroda, a tek potom jurisprudencija....dakle kroz unutrašnju, tiho delujuću snagu, a ne samovoljom zakonodavca“²⁹.

Pravo svake države je, dakle, plod „narodnog duha“. Ono što je, pak zajedničko svim državama, tačnije pravu (ili pravima) svih država, jesu nužne etape razvoja kroz koje pravo nužno prolazi u svom nastajanju. Prva faza je nastanak običajnog prava kod svakog naroda ili zajednice. Druga etapa predstavlja dugotrajno pravničko preispitivanje običajnog prava. I na kraju, tek kada pravna pravila prođu vekovima dugo i uporno pravničko „sito“, one norme koje izdrže probu vremena i one koje pravnici modifikuju bivaju kodifikovane³⁰. Na prvi pogled, predstavljena evolucija pravnog poretka jednog naroda - od običaja do kodifikacije -, ostavlja utisak prihvatljive teze. No, ipak, previđa se jedan nedostatak - do kraja nerazjašnjen pojam „običajnog prava“ -, jer pojam „običajno pravo“ onako kako je predstavljen u delu „O izazovu našeg vremena zakonodavstvu i pravnoj nauci“ navodi na zaključak da se radi o pravu proisteklom iz običaja. Tek će Georg Fridrih Puhta [Georg Friedrich Puchta], istaknuti pandektista i tvorac „pojmovne jurisprudencije“ na pravi način obikovati pojam običajnog prava, jer će njegovo viđenje u delu „Običajno pravo (1828)“ kasnije preuzeti i sâm Savinji u svoj osmotomni „Sistem današnjeg rimskog prava“ (1840-1849). Ovaj momenat najbolje beleži Jakobs: „Poput crvene niti provlači se kroz ovu knjigu [,Običajno pravo“- istakao L.G.] viđenje da se u običaju uverenje naroda prepoznaje; običaj je tako samo način, put kojim se pravo kroz običaj ispoljava, te stoga običaj nije konstitutivan element nastanka prava”³¹.

²⁷ F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Hildelsheim (1814) reprint 1967., 161.

²⁸ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin 1840., 14.

²⁹ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 79.

³⁰ Viđenje istorijskopravne škole o fazama nastanka prava preuzeto iz: S.Avranić, V. Stanimirović, 23.

³¹ H.H. Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, Ferdinand Schöningh, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1983., 64-65.

Svoj ugled Savinji je najpre stekao delom „Pravo državine“ (1803), u kome na nov način analizira jedan pravni institut, ne vodeći se samo istorijskim tumačenjem razvoja instituta, već sagledavanjem njegovog cilja, dakle teleološki, u datom pravnom poretku. Dâ se zapaziti da srednjovekovnu recepciju rimskog prava, zahvaljujući kojoj su brojni rimski pravni insituti ušli u primenu, ocenjuje kao manjkavu, te stoga teži da dopre do čistog izvornog rimskog prava³². Dostupne izvore recipiranog prava sagledava kroz prizmu savremenih potreba ne želeći da se bavi istraživanjem pojedinačnih pravnih pravila klasičnih pravnika, već pokušava da osvetli njihovu metodu stvaranja prava, kako bi se ta pravila mogla oploditi u svom vremenu³³. Savinjijeva metoda izučavanja prava postavljena je na dva koloseka, kako na istorijski tako i na sistematski. Na tragu tog pristupa on iznosi još jednu važnu tvrdnju kojom osporava mogućnost kodifikacije nemačkog prava u tom periodu. Smatra, naime, da pravo još uvek nije među Nemce istorijski prodrlo, te da stoga ne postoji onaj za zakonik potrebni snažni i izvorni jezik, kakav su posedovali rimski pravnici.

4. Istoriskopravna škola i dve struje unutar nje - dva pravca ka istome cilju

Vođena idejom da u osnovi svakog nacionalnog prava leži običaj, istoriskopravna škola biće suočena s podelom, zahvaljujući različitim viđenjem o tome koje to tačno običajno pravo odgovara duhu nemačkoga naroda. Klica podela zametnuta je još 1815. godine u “Časopisu za istorijsku pravnu nauku”³⁴, koji je predstavljao plod zajedničkog uređivanja s jedne strane Savinjija kao romaniste i s njim ili spram njega, profesora istorije ustavnog prava i nemačkog privatnog prava, Karla Fridriha Ajhorna [Karl Friedrich Eichhorn]³⁵. Razlika se ogledala u tome što je romanistička grana bila posvećena izučavanju rimskih pravnih izvora, dok se germanistička grana koncentrisala na srednjovekovne, izvorno nemačke, izvore prava. Naizgled, konačan raskol škola je doživela četrdesetih godina XIX veka, zahvaljujući pre svega delom Karla Geoga Kristofa Bezelera [Carl Georg Christoph Beseler] “Narodno pravo i pravničko pravo”, koji zastupa stav da bi na recepciju rimskog prava trebalo gledati kao na “nacionalnu nesreću”³⁶. Premda po broju

³² Upor. Fortunato, str 330.

³³ Fortunato, 330. fn. 46.

³⁴ „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ čiji je pravni sledbenik „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.

³⁵ V. Fortunato, 331.

³⁶ G.Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidman, Leipzig, 1843., 42 i dalje.

predstavnik manja, germanistička grana delovala je organizovano. Prvi skup germanista održan je u Frankfurtu na Majni 1846. godine, s Jakobom Grimmom [Jacob Grimm] kao predsedavajućim. Među gostima našli su se najugledniji profesori nemačkog jezika, prava i istorije. Drugi, ujedno i poslednji, put germanisti su se obreli u Libeku 1847. godine. Ovog puta pozvani su bili i predstavnici romanista³⁷. Iako se činilo da je jaz između dve grane isuviše dubok, protekom vremena rasprava je izgubila na oštini. Kao moguće objašnjenje Volfgangag Zelert [Wolfgang Sellert] nudi sledeću konstrukciju. Kako je rasprava potrajala skoro dvadeset godina, teško je odrediti ko je kojoj grani zaista i pripadao, budući da su se stavovi vremenom menjali. Naročito važno čini se zapažanje da su ipak svi pravници toga vremena svoje osnovno pravničko obrazovanje sticali na temelju rimskog prava³⁸. Paradoksalno je, ističe Zelert, da su se mnogi od onih koje bismo mogli svrstati među germaniste zapravo bavili rimskim pravom, poput Karla Jozefa Antona Mitermajera [Carl Joseph Anton Mittermaier], profesora rimskog prava³⁹. Da odstuje od svojih udaljenih stavova i krenu putem kompromisa, na istaknute nemačke pravnike svako je delovala, pravna praksa. Proces industrijalizacije društva, a kao njegova posledica pojava novih i složenijih društvenih i privrednih odnosa, teško je mogla imati koristi od podele istorijskopravne škole na germanističko “narodno pravo” i rimsko “naučeno pravo”.

5. Pretkomisija, Prva komisija i Prvi nacrt

Izmenama Ustava krajem 1873. godine, poznatijim kao Lex Miquel-Lasker, omogućena je šira zakonodavna nadležnost Nemačkog rajha. Usvojivši predlog izmene Ustava, Bundesrat je istovremeno zadužio Odbor za pravosuđe da oformi komisiju zaduženu za izradu zakonika. Kako, međutim, nisu bili poznati niti metod izrade, niti broj članova komisije⁴⁰, Odbor je došao do zaključka da bi stvaranje okvira postupka kodifikovanja građanskog prava valjalo poveriti “pretkomisiji”. Odlukom donetom na sastanku februara 1874. godine, oformljena je petočlana

³⁷ Na primedbu da skupu u Frankfurtu ne prisustvuju predstavnici romanista, profesor Mitermajer je odgovorio da su pozvani svi oni koji se interesuju za nemačko pravo, navodeći time na zaključak da romaniste ionako ne interesuje nemačko već rimsko pravo. W.Sellert, 93.

³⁸ W. Sellert, *Der Beitrag der Germanisten zur Kodifikation des Zivilrechts: 1814- 1849, Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)*, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 2000., 83.

³⁹ W.Sellert, 83.

⁴⁰ V. W.Schubert, 27.

komisija⁴¹. Rezultat rada⁴² ove Komisije bio je izveštaj podnesen Odboru za pravosuđe. Pretkomisija je uspela da utaba stazu kojom će se kasnije kretati Komisija za sačinjavanje nacрта BGB-a. Glavna odlika bilo je usmerenje da se istraže sve u okviru Nemačkog rajha važeće pravne norme, a koje su deo materije građanskog prava (s izuzetkom trgovinskog prava) i da buduća komisija nužno bude sačinjena kako od teoretičara prava tako i od pravnih praktičara. Ideja da se sprovede istraživanje svih važećih normi građanskoga prava, nije, pak, za cilj imala stvaranje jedne kompilacije pravnih pravila, kao što je to bio slučaj s „Pruskim opštezemaljskim zakonikom“, već dalji razvoj postećeg prava izborom najprikladnijih rešenja kako bi se na taj način ispunio osnovni cilj donošenja kodifikacije, naime prevazilaženje pravnog partikularizma. Stvorena za “jednokratnu upotrebu”, jer s usvajanjem izveštaja biva raspuštena, Pretkomisija daje veliki doprinos budućoj kodifikaciji.

Komisija koja suštinski počinje rad na kodifikaciji s ciljem stvaranja nacрта, a koja je brojala 11 članova⁴³ ustrojena je na predlog Bundesrata 17.9.1874. godine, a predsedavanje biva povereno tadašnjem Predsedniku Višeg trgovinskog suda Rajha, Hajnrihu Eduardu fon Papeu [Heinrich Eduard von Pape]⁴⁴. Jezgro grupe predstavljali su redaktori kojima je shodno instrukciji Komisije bio poveren zadatak da na redovnim sastancima raspravljaju o formi i sadržaju rada u svojim oblastima, i da težeći iscrpnim obrađivanjem materije dođu do konačnih, usaglašenih rešenja⁴⁵. Redaktora je ukupno bilo pet, što je odgovaralo petodelnoj pandektnoj podeli prava. Tako je za opšti deo bio zadužen Gebhard [Gebhard], za obligaciono pravo fon Kibel [von Kübel]⁴⁶, za stvarno pravo Johov [Johow], za porodično pravo Plank [Planck] i za nasledno pravo Šmit [Schmitt]. S političke tačke gledišta posmatrano, Komisija je predstavljala svojevrsan kompromis federalnih jedinica. Naime, imajući u vidu već pomenutu „prusku hegemoniju“ u novostvorenom Nemačkom rajhu, ostale članice federacije strahovale

⁴¹ Članovi pretkomisije bili su: Levin Goldschmidt, Franz Kübel, Ludvig von Neumayr i Herrmann Schelling i Anton von Weber. Biografije članova pretkomisije, ali i potonjih komisija zaduženih za izradu BGB-a sadržane su u spisu „*Kurzbiographien der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs*“ Rosemarie Jahnel, objavljenom u W. Schubert, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Walter de Gruyter, Berlin- New York, 1978., 69-124.

⁴² W.Schubert, 170-183.

⁴³ Pored Papea, Komisija je brojala još 10 članova: Gustav Derscheid, Albert Gebhard, Reinhold Johow, Franz von Kübel, Karl Kurlbaum, Gottlieb Planck, Paul von Roth, Wilhelm von Rümer (od 1888. kada zamenjuje Antona von Webera), Gottfried von Schmitt, Anton von Weber i Bernhard Winscheid. O biografijama članova Prve komisije v. Schubert, 72-87.

⁴⁴ V. W.Schubert.40.

⁴⁵ V. W.Schubert, 41.

⁴⁶ Nakon smrti 1884. zamenjuje ga Gustav von Mandry.

su od „prusifikacije“⁴⁷, pravnog poretka Carstva, a time i svojih sopstvenih pravnih poredaka. Tako su ostali članovi Komisije pored Vinšajda [Windscheid]⁴⁸ koji će 1883. godine napustiti Komisiju, i Papea kao predstavnika nauke, bili predstavnici prakse ili državne uprave, među kojima je od devet članova bilo tri predstavnika Pruske čime je osigurano da Pruska ipak bude „u manjini“⁴⁹. Krajem 1885. privedeni su kraju pojedinačni nacrti Zakonika, tačnije njegovih poglavlja. Tako je nakon usaglašavanja mišljena članova Komisije došlo do sačinjavanja objedinjenog Nacrta zakonika koji je brojao 2164 člana i koji je kao takav od strane predsedavajućeg Papea prikazan kancelaru Bizmarku 27. decembra 1887. godine, da bi početkom 1888. Nacrt stigao u Bundesrat⁵⁰.

Time Nacrt biva dostupan široj (i) stručnoj javnosti. Ovakva formulacija prosiće iz saznanja da je rad Komisije bio pretežno tajan. Tajnost rada Komisije, kao što će se videti u poglavlju koje predstoji, bila je samo jedna osnova oštre kritike kojoj je bio izložen prvi Nacrt nemačkog građanskog zakonika kao plod, sada već skoro trinaestogodišnjeg rada (ako se izuzme učinak Pretkomisije).

5.1. Bernhard Vindšajd kao najistaknutiji član Prve komisije

Bernhard Vindšajd [Bernhard Windscheid] bio je član Prve komisije od njenog formiranja sve do 1883. godine, kada napušta rad na kodifikaciji dakle, punih devet godina. Pre analize njegove uloge i doprinosa nastanku BGB-a, važno je razjasniti jednu, često spominjanu, nedoumicu. Iako postoje glasine da je razlog Vindšajdovog napuštanja Komisije neslaganje s njenim radom ili sukob s nekim od saradnika, to čini se, nije tačno⁵¹. Pravi razlog je, po svojoj prilici, njegova želja da se, kako je već zašao u pozne godine života (66 prilikom istupanja iz Komisije) vrati profesuri na Univerzitetu u Lajpcigu, na kome je počeo predavati 1874. godine⁵² i na kome je i njegova karijera okončana, smrću 1892. godine.

⁴⁷ Zapažanje o „prusifikaciji“ preuzeto iz: H.Schulte-Nöltke, *Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs NJW*, 1996., 1705.

⁴⁸ Bernhard Vinšajd kao vrsni poznavalac rimskog pandektnog prava, uživao je daleko najveći uticaj u Komisiji. Njegovo usmerenje u pogledu nastanka kodifikacije najbolje opisuju sledeća misao: „Možemo se opredeliti ili za prečišćeno rimsko pravo ili za neprečišćeno rimsko pravo. Da li želimo ili ne želimo rimsko pravo, to nije pitanje izbora. Zadatak je pravnika da prečiste rimsko pravo, to je naučna delatnost.“ F.Wieacker, *C. Wollschläger, Jherings Erbe*, Göttingen, 1970., 228.

⁴⁹ H.Schulte-Nöltke, 1705. i Fernandes Fortunato 335.

⁵⁰ Uporedi: Fortunato, 336, W.Schubert, 49.

⁵¹ Upor. G. Planck, *Windscheid als Mitarbeiter am Bürgerlichen Gesetzbuche*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Nr. 15/16, 1909, 953.

⁵² Pre Lajpciga Vindšajd je predavao na Univerzitetima u: Bonu, Bazelu, Grajfsvaldu, Minhenu i Hajdelbergu. V. F. Wieacker, *Gründer und Bewahrer*, *Vandenhoeck & Ruprecht*, Göttingen, 1958. 181-182.

Ako se zna da je Komisija formirana iste godine kada je Vindšajd stekao profesuru u Lajpcigu, onda je jasno da ga je boravak u Berlinu sprečavao da obavlja svoj poziv. No, to što je iz Komisije izašao pre okončanja njenog rada, samim tim i pre nego što je bio izrađen Nacrt, ne umanjuje njegov značaj u donošenju Zakonika. Naprotiv, kao najcenjeniji član Komisije, Vindšajd je uživao izuzetan ugled. Otuda i ne čudi što je na pomen Komisije BGB-a, prva asocijacija upravo Vindšajd, a ne, recimo, predsedavajući Pape. Njegov uticaj proizilazi iz vrhunskog poznavanja pandektnog prava, iskazanog, u trotomnom udžbeniku pandektnog prava kome je posvetio skoro 30 godina života, objavljujući ga u 7. izdanja⁵³. Ovaj udžbenik nije bio namenjen samo studentima. Daleko značajnije ovo delo je koristilo praksi, sudijama, advokatima i tužiocu u vremenu kada Nemačka još uvek nije imala svoj građanski zakonik. Zbog svoje izvanredne sistematike, odabira najprikladnijih insituta rimskog prava i njihove obrade kojom su bili prilagođeni potrebi prakse, ova je knjiga kako to lepo opisuje Franc Vieker [Franz Wieacker] u isto vreme bila zakon, komentar zakona i najzad, udžbenik⁵⁴. Pandektna podela prava koja je uočljiva u BGB-u najbolji je dokaz Vindšajdovog uticaja. S druge strane iznenađuje njegova spremnost da sasluša i prihvati tuđe mišljenje. Tako Plank navodi da je u raspravama oko Opšteg dela Vindšajd insistirao da se njegov udžbenik ostavi po strani, jer je smatrao da ni pola od onoga što je u njemu napisano nije od značaja za budući Zakonik⁵⁵. Ne sme se prevideti da je Vindšajd ujedno bio i sjajan poznavalac francuskog prava. Uostalom, kako u Diseldorfu, gde je rođen, tako i u Bonu gde je studirao i doktorirao, Code civil je predstavljao izvor pozitivnog prava. Najzad, prilikom govora na jednom skupu 1889. godine u Frankfurtu na Majni, šest godina nakon istupanja iz Komisije i godinu dana nakon što je Nacrt BGB-a objavljen, Vindšajd kaže „Nije cilj usaglasiti sva mišljenja. Svako se mora delom odreći svog, kako bi najzad bio stvoren BGB. Jedinствeno građansko pravo za jedinstveni nemački narod!“⁵⁶. Ovaj stav potvrđuje dve činjenice. Prvu da je Vindšajd bio čovek kompromisa, prilagodljiv različitim stavovima iznesenim u Komisiji. Drugu, da ipak postoji mogućnost da nisu baš svi članovi Komisije bili prilagodljivi poput njega, te da to, uz navedenu želju da se vrati profesuri, može predstavljati ipak najvažniji razlog zašto Vindšajd kao najznačajniji tvorac temelja BGB-a, nije želeo da dalje učestvuje u njegovoj izgradnji.

⁵³ U originalu delo glasi “Lehrbuch des Pandektenrechts“.

⁵⁴ F. Wieacker, 185.

⁵⁵ G. Planck, 953

⁵⁶ Zapis govora objavljen je u *Deutsche Juristen-Zeitung*, Nr. 15/16, 1909, 954.

6. Kritika Prvog nacrtu, rad Druge komisije i Drugi nacrt

Nakon što je predstavljen, nacrt biva izložen snažnoj kritici. O spoznaji razmere i intenziteta kritike može poslužiti sledeći „pogled sa strane“ Britanca Frederika Viliama Mejtanda [Frederic William Maitland]:

(...) „pokazalo se da narod može itekako biti zainteresovan za svoj pravni sistem. Nastao je tornado. Umesto kiše, padale su knjige i pamfleti. U to vreme, imao sam naviku da proveravam nedeljne liste objavljenih knjiga u Nemačkoj; iznenadilo me je da nijedan Nemačkin nije pisao ni o čemu drugom, do o Nacrtu zakonika... činilo se da se cela nacija pretvorila u veliki debatni klub u kome se, međutim, govorilo u glas”⁵⁷. Vieker navodi podatak da se o Nacrtu izjasnilo skoro šest stotina pojedinaca, pre svega praktičara, teoretičara i poslanika, kao i nemali broj različitih udruženja i saveza⁵⁸. U odbranu Nacrta stali su mahom predstavnici vlasti kao i pravnici praktičari, koji su po svaku cenu želeli kodifikaciju, Spram njih, stajala je grupa teoretičara koju je predvodio Oto fon Girke Otto von Gierke], a koga su podržali Franc fon List Franz von Liszt] i Anton Menger Anton Menger]. Svoje kritičko viđenje Girke je izneo aprila 1889. godine u Beču, obraćajući se Austrijskom udruženju pravnika, s ciljem da skrene pažnju Austrijanaca na nedostatke Nacrta, kao i da zatraži njihovu pomoć u borbi za jedan „socijalno“ pravedniji zakonik⁵⁹. Poput ostalih kritičara, Girke je napadao jezik Nacrta, odnosno nemogućnost prosečnog građanina da ga tumači, kao i složenu tehniku upućivanja na propise.⁶⁰ Kao zakleti germanista, bunio se i protiv preterane zasnovanosti nacrtu na rimskom pravu. Ipak, ono što ga je izdvajalo u odnosu na ostale kritičare bila je tvrdnja da su pravni odnosi unutar Nacrta tako uređeni da služe zaštiti bogatih i krupnog kapitala. Kvintesencija njegovog referata u Beču je zahtev da se „naše [nemačko – istakao L.G.] privatno pravo mora podmazati kaplju socijalističkog ulja”⁶¹. Šprau [Hartwig Sprau] s vremenske distance Nacrt (ali i usvojeni tekst Zakonika) ocenjuje kao: doktrinarnan, otuđen, nedovoljno nemački, jezički neelegantan i pre svega nedovoljno socijalan⁶².

⁵⁷ M. John, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany*, Oxford, 1989., 105.

⁵⁸ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1952, 280.

⁵⁹ O. von Gierke, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt am Main, (1889) reprint 1943., 2.

⁶⁰ I danas brojni pravnici osporavaju arhaični jezik kojim je BGB pisan.

⁶¹ O.von Gierke, 10.

⁶² Palandt, 2.

Nakon pretežno lošeg prijema Nacrta u javnosti, došlo je do zastoja u radu na kodifikaciji. Razlog stagnacije bile su političke prilike, pre svega smrt cara Viljema I (1888.), te autoritarno mešanje novoosnovane „Pravne službe Rajha“ (Reichsjustizamt)⁶³ u zakonodavni proces. Tek će odlaskom Bizmarka 1890. biti raskrčen put ka kodifikaciji⁶⁴.

Preuzevši kontrolu nad procesom izrade BGB-a, Pravna služba Rajha razvija plan za prevazilaženje krize koja je zahvatila izradu Zakonika. Za osnovu daljeg rada uzima postojeći Nacrt, uz uvođenje dve novine u zakonodavni proces. Prva je javnost rada nove komisije, a ne tajnost kao što je to bio slučaj s prvom komisijom. Druga novina se tiče personalnog sastava, tako da za razliku od prve koja je bila čisto stručna komisija, sastavljena uz vođenje brige o zastupljenosti federalnih jedicina, nova komisija biva sačinjena od pravnik iz više oblasti (sudije, advokati, visoki činovnici) kao i laika (predstavnici parlamentarnih stranaka⁶⁵, industrijalaca i predstavnika veroispovesti⁶⁶)⁶⁷. Druga komisija⁶⁸, brojala je poput Prve 11 članova. Biva sastavljena 1. aprila 1890. godine od strane Pravne službe Rajha čiji je sekretar ujedno bio i predsedavajući komisijom. Snažan uticaj Pravne službe Rajha dalje se može prepoznati i po formiranju još jedne „pretkomisije“ čiji je zadatak bio iščitavanje prvog nacrta i ispravljanje grešaka. Nadalje, pretkomisija se bavila i pripremanjem materijala glavnoj komisiji čime rad na izradi Zakonika biva znatno ubrzan. Poput Prve komisije, i Druga je imala svoje redaktore koji su obrađivali svih pet knjiga buduće kodifikacije⁶⁹. Kako se rad Komisije pretežno zasnivao na Nacrtu, odnosno prerađivanju Nacrta, očekivalo se da će novi nacrt biti gotov za kratko vreme. No, ipak rad Druge komisije protegao se sve do 1896. godine. Uprkos transparentnošću rada Komisije, interesovanje javnosti je izostalo, pretežno zato jer je bilo poznato da je reč samo o prepravljanju prvobitnog nacrta, a ne o suštinskim promenama. Tako je doista i bilo, s obzirom da promene u odnosu na Prvi nacrt nisu bile krupne, osim što je donekle izmenjena sistematika unutar pet knjiga, a sam tekst Zakona stilizovan.

⁶³ O strukturi i delovanju ovog organa, kao i njegovom uticaju na stvaranje BGB-a v: H.Schulte-Nöltke, *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Frankfurt am Main, 1995.

⁶⁴ Upor. H.Schulte-Nöltke Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, *NJW*, str. 1707.

⁶⁵ S izuzetkom Socijaldemokratske partije.

⁶⁶ Što je naročito bitno za Nemačku koja je podeljena na katolike, pretežno naseljene na jugu i protestante, naseljene mahom na severu Nemačke.

⁶⁷ H.Schulte-Nöltke, Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs *NJW*, 1707.

⁶⁸ U radu druge komisije, pored stalnih članova bili su prisutni i dopisni članovi, kao i predstavnici Reichsjustizamt-a, ukupno 29 osoba. O njihovim biografijama v: W.Schubert., 91-110.

⁶⁹ Opšti deo Gebhard, Obligaciono pravo Jacubezky, Stvarno pravo Küntzel, Porodično pravo i Nasledno pravo von Mandry (potom von Rüger).

7. Usvajanje i stupanje na snagu Zakonika

Oktoobra 1895. Drugi nacrt dospeva u Bundesrat, te biva dalje prosleđen Zakonodavnom odboru. Uz nadzor predstavnika federalnih jedinica članovi Druge komisije dorađuju postojeći tekst čime se može govoriti o Trećem nacrtu koji kao takav biva predstavljen poslanicima Rajhstaga. Rasprava o Nacrtu u Rajhstagu traje od 19. juna do 1. jula 1896. godine, kada se od 288 prisutnih 222 izjasnilo za, 48 protiv, dok je 18 poslanika bilo uzdržano⁷⁰. Dve nedelje kasnije, 14. jula 1896. godine, biva potvrđen od strane Bundesrata. Svoj potpis na Zakonik car Viljem II stavio je 18. avgusta 1896. godine, da bi Zakonik zvanično bio objavljen u Službenom glasniku Carstva 24. avgusta iste godine⁷¹. Kako bi praksi i nauci bilo ostavljeno dovoljno vremena za upoznavanje sa Zakonikom, kao datum stupanja na snagu simbolično je određen 1. januar 1900. S ukupno 2385 članova, BGB i danas predstavlja izvor pozitivnog prava Nemačke.

8. Uticaj Code civil na BGB

Ispitivanje uticaja stranih pravnih sistema oličenih pre svega u evropskim kodifikacijama građanskog prava koje su prethodile nastanku BGB-a, zahteva opsežnu uporednopravnu analizu. Otuda će u ovom odeljku biti samo, u grubim crtama, opisan uticaj Code civil, zasnovan, u prvom redu, na stavovima nemačkih autora o recepciji stranog prava u Nemačkoj. U tu svrhu najpre može poslužiti rad Fridriha Brokhausa [Friedrich Brockhaus] s upečatljivim naslovom „Uticaj stranog prava na razvoj nemačkog prava“ izložen 1883. godine, dakle, u punom zamajcu zamahu? rada Prve komisije. „Nemačka pravna istorija je velikim delom ništa drugo do prerađeno strano pravo koje je postalo izvor pozitivnog prava; čak i kada su strani pravni instituti u ovom dugom procesu recepcije prava prilično izmenjeni i u tom izmenjenom obliku postali naša svojina, time se ne može opovrgnuti činjenica da je ono [pravo- istakao L.G.] strano, da nije proisteklo iz intelektualne snage nemačke pravne svesti već da svoje postojanje duguje pravničkom mišljenju drugih naroda“⁷². Ako bi se svaka recepcija stranog prava opisala kao pobeda više kulture nad nižom, onda bi makar i jedan član BGB-a ispisan po uzoru na, primera radi Code civil, predstavljalo pobedu francuske kulture nad nemačkom. Kako brojne studije izrađene na ovu temu nedvosmisleno ukazuju na

⁷⁰ W.Schubert, 68.

⁷¹ T. Vormbaum, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1977., XLI.

⁷² F.Brockhaus, *Der Einfluss fremder Rechte auf die Entwicklung des deutschen Rechts*, Kiel, 1883., 12.

uticaj francuske kodifikacije na nemačku, onda se može zaključiti da je Nemačka, u određenoj meri, podlegla francuskom uticaju. Ali kako je to moguće, kada se zna da je BGB nastao na talasu nabujalog nemačkog nacionalizma? Kako su Nemci mogli da dopuste da u njihovu kodifikaciju građanskog prava bude recipiran makar i jedan pravni institut Francuskog građanskog zakonika, koji je do donošenja BGB-a u pojedinim oblastima Nemačkog rajha, pre svega levo od obale Rajne, bio deo pozitivnog prava, tu zapačen kao ostatak francuske okupacije tog područja? Odgovor proističe iz analize radova nemačkih pravnih historičara, kako onih koji su bili svedoci nastanka BGB-a, tako i naših savremenika. Lajtmotiv većine radova koji se bave uticajem CC-a na BGB jeste tvrdnja da su brojni instituti Code civil zapravo germanskog porekla. Otuda se ispitivanje uticaja francuskog prava na nemačko pravo, grubo rečeno, svodi na ispitivanje recepcije nemačkog prava u Francuskoj. Ako je BGB bio plod sazrelog narodnog duha Nemaca, onda i ne treba da čudi neobjektivnost u odnosu na ispitivanje uticaja BGB-a. U vreme kada je francusko građansko pravo bilo primenjivano u Nemačkoj, pre svega na teritorijama današnjeg Badena i Rajnskih zemalja, praćenje francuske pravne nauke i sudske prakse bilo je izuzetno poželjno. Time su se u prvom redu bavili nemački pravници okupljeni oko „Časopisa za francusko građansko pravo“⁷³, koji je izlazio od 1870. godine do 1909. godine. Proučavanje izvora recipiranog prava, kako razvoja pravne nauke tako i sudske prakse, odraz je naročite zrelosti i odgovornosti. Jer kako unaprediti preuzeti pravni institut, ako se ne prati pravna sudbina uzora preuzetog pravnog instituta?! Krunski dokaz savremene „iskrivljene percepcije recepcije francuskog prava u Nemačkoj“ jeste zapažanje Gustava Bemera [Gustav Boehmera] koji u radu na temu „Uticaj Code civil na razvoj prava u Nemačkoj“ (!) iz 1950. godine, nakon nabiranja nekoliko germanskih instituta u Code civil kaže „U suštini, teško bi se mogla opovrgnuti konstatacija da je u Code civil sačuvano više germanskih pravnih dobara, nego što je to slučaj sa, pod uticajem Istorijiskopravne škole nastalim, romanističkim BGB-om“⁷⁴. Ipak, pri kraju rada, pomenuti autor se ipak približava naslovu svog rada pa tako navodi konkretne primere uticaja Code civil poput između ostalih: „odgovornosti vlasnika životinja za štetu koju prouzrokuje životinja (čl. 833 BGB-a)“, „*la possession vaut titre*“ (čl. 932 i dalje BGB-a), „svojeručno, bez prisustva svedoka, sačinjeni testament (čl. 2247 i dalje BGB-a). Doživljaj Francuskog građanskog zakonika kao proizvod germanskog prava dostigao je svoj zenit, a iz perspektive današnje nauke svoju najnižu tačku u doba Trećeg rajha, pre svega

⁷³ „Zeitschrift für französisches Zivilrecht“.

⁷⁴ G. Bohmer, Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland, *Archiv für die civilistische Praxis*, 151. Bd., H 4 (1950/1951), 296.

u radovima Adolfa Ziha [Adolf Zycha] i Hajnriha Mitajsa [Heinrich Mitteis]⁷⁵.

9. Zaključak

Nastanak Nemačkog građanskog zakonika prati nastajanje moderne nemačke države. Šta više, Nemački građanski zakonik predstavlja sastavni deo države na čijoj teritoriji predstavlja izvor pozitivnog prava. Kodifikovanjem građanskog prava kao i drugih, s početka rada pomenutih kodifikacija, nemački zakonodavac i nemačka pravna nauka dokazali su postojanje zrele pravne misli, koja proističe iz „duha naroda“, onako kako je to s početka XIX veka Savinji opisao. Da ta sposobnost postoji i da nije kratkog daha pokazalo je i vreme buduću da sve kodifikacije nastale na talasu elana novoosnovanog Nemačkog rajha i danas, naravno uz mnogobrojne izmene i dopune, predstavljaju izvor pozitivnog prava današnje Nemačke. Ipak, da se ne radi o genijalnosti pravne nauke jednog naroda dokazuju brojni pravni transplantati koji se mogu uočiti u tekstu Zakonika, od kojih su neki prikazani u poglavlju koje govori o uticaju pre svega francuskog prava na kodifikaciju nemačkog građanskog prava. Ipak, obimnijih studija o uticajima na BGB nema mnogo. S druge strane se, kada je reč o uticaju koji BGB ostvaruje na strane pravne sisteme, tačnije na kodifikaciju građanskog prava u inostranstvu, daje veoma veliki publicitet u Nemačkoj. Među neke od država koje su preuzele pojedine insitute, pa čak i čitav niz insituta kao i sistematiku spadaju: Japan, Tajland, Južna Koreja, Kina, Letonija, Grčka, Brazil, Peru, pa čak i Američka država Luizijana.

Uprkos brojnim kritikama koje na račun BGB-a iskazuju generacije nemačkih pravnika, oni koji ga najbolje poznaju, može se zaključiti da te kritike ostaju u najvećem broju slučajeva, deo ličnih, odnosno unutrašnjih premišljanja. Otuda se u literaturi teško može naći kakva obimnija studija o boljkama BGB-a. Uglavnom se kao, kamen spoticanja, pre svega prosečnog građanina (kome je u prvom redu i namenjen (!) navodi arhaičan jezik i složena tehnika upućivanja na propise. Obe su kritike na mestu, s tim da se za prvu može ponuditi sledeće objašnjenje. Naime terminologiju BGB-a krase jedna osobina koja je inače skoro pa sveprisutna i u nemačkoj pravnoj nauci, od XIX veka do danas. Iznenađujuće je, da nemačka pravna nauka, kao i zakonodavstvo uopšte

⁷⁵ A.Zycha, *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit*, 1Auflage, Weimar 1937. i H.Mitteis, *Die germanische Grundlagen des französischen Rechts*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung*, Vol. 63, Nr.1, 1943., 137-213.

ne pretenduju na upotrebu latinskog jezika iako su tvorci BGB-a, redom svi do poslednjeg svoje osnovno pravničko obrazovanje temeljili na rimskom pravu. Ovaj, terminološki purizam može se uzeti za još jedan odraz duha vremena u kome se po svaku cenu težilo stvaranju nacionalne države⁷⁶. Druga, najčešće spominjana teškoća jeste složenost tehnike upućivanja na propise, koja se najlakše može ilustrovati na primeru najčešće upražnjavanog pravnog posla, naime ugovora o kupoprodaji⁷⁷.

Uprkos pomenutim nedostacima, BGB je, kako je to već navedeno, ostvario izuzetan uticaj na brojne pravne poretke, time što je recipiran ne samo na evropskom tlu, već i na drugim kontinentima. Osvetljavanje procesa njegovog nastanka, analiza metoda koje su korišćene prilikom njegovog sačinjavanja, prepreke na koje su njegovi tvorci nailazili, kako pravne tako i političke, i najzad nedostaci s kojima je rođen i kojima se i danas odlikuje, nemaju za cilj samo puki pregled istorije nastanka jednog modernog, evropskog građanskog zakonika. Naprotiv, iz ugla države koja još ne poseduje građanski zakonik, a u kojoj postoji komisija koja je zadužena za njegovu izradu, ovakva analiza može, nadamo se, biti od koristi, makar samo u vidu pravno-političkih refleksija kodifikacije građanskog prava.

⁷⁶ Trebalo bi napomenuti da se kao osnovni krivac za jezik BGB-a označava onaj koji je na njega najviše uticao, ili barem bio prvi među jednakima - Bernhard Vindšajd.

⁷⁷ Najpre se gleda Opšti deo počev od člana 116 (poglavlje o izjavi volje). Sledi deo koji uređuje obligacione odnose, npr. član 275 (poglavljje o obavezi činidbe), zatim Opšti propisi o ugovornim obligacionim odnosima npr. član 313 (o promenjenim okolnostima), te propisi o dvostrano obaveznim ugovorima npr. 323 i najzad sama prodaja npr. čl. 446 (o prenosu odgovornosti za propast stvari s prodavca na kupca). Možemo reći prilično komplikovano za prosečnog građanina.

Uprkos tome, ako ne dobro poznavanje, onda svakako posedovanje teksta BGB-a spada u osnovnu kulturu građanina Nemačke, što potvrđuje podatak da je BGB godinama unazad među deset najprodavanijih knjiga u Nemačkoj.

Lazar Glišović

LL.M. student, University of Cologne

GERMAN CIVIL CODE From Legal Fragmentation to the Codification of Civil Law

Summary

The German Reich, often *called* the Second German Empire, was formed in 1871. Despite its almost one thousand-year-long, the Holy Roman Empire, which preceded the German one, had never had a strong, clear shape to contain the modern concept of a state. The German Reich is therefore described as the first modern state of the German people, even though Germany (organized as the German Reich) is considered to be “a belated state”, and the German people “a belated nation” [die verspätete Nation]⁷⁸ compared with other western European nation states. The heritage, derived from centuries of fragmented German statelets [Kleinstaaterei] finally assembled in one country, was legal fragmentation. The national unity of the German people led to the political unity of Germany, which, in turn, inevitably resulted in the unity of law. This paper sheds light on the legal and political aspects of the process of codification of the German Civil Law. This analysis includes the work of expert commissions responsible for writing the German Civil Code [Bürgerliches Gesetzbuch-BGB], with special emphasis on the importance of Bernhard Windscheid, as well as the general development of the ideas related to the need for codification of civil law in Germany at the beginning of the nineteenth century. Finally, the paper deals with the influence of the existing European codifications, primarily of the French Civil Code [Code Civil].

Key words: German Civil Code, the legal fragmentation, codification, legal transplants, Bernhard Windscheid, German Reich.

⁷⁸ The maker of this term is Helmut Plesner, a German philosopher and sociologist.

DODD-FRANK ACT – REFORMA FINANSIJSKOG SISTEMA SAD

Apstrakt

Dodd-Frank zakonom o reformi Vol Strita i zaštiti potrošača iz 2010. godine predviđene su najznačajne regulatorne reforme finansijskog sistema od Velike depresije. Predlagači su smatrali da njegove glavne odredbe treba da pomognu u sprečavanju nove finansijske krize, dok su protivnici zakona smatrali da će zakon ugroziti budući ekonomski rast obzirom da previše ograničava finansijski sistem i predviđa kaznene odredbe za preuzimanje rizika.

Ključne reči: Dodd-Frank zakon, reforma finansijskog sistema

1. Uvod

Dve godine nakon donošenja Dodd-Frank zakon³ je samo delimično implementiran. Primena njegovih osnovnih odredbi je odložena, a sporenja o njegovoj efikasnosti su se nastavila. Republikanski zakonodavci su predložili zakone kojima bi se Dodd-Frank zakon ukinuo ili bi se ograničilo finansiranje regulatornih agencija. Drugi ukazuju da se zakon ne bavi dovoljno osnovnim problemima kao što je činjenica da su banke previše jake da bi propale i moralnim hazardima koji su posledica te činjenice⁴.

¹ Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad; e-mail:jovanovicvld@gmail.com

² Master pravnik, urednik Zavod za udžbenike, Beograd; e-mail:mira@zavod.co.rs

³ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, <https://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>, 15.7.2014.

⁴ Erik Wasson, New House spending bills target funding for Dodd-Frank financial reforms, <http://thehill.com/blogs/on-the-money/banking-financial-institutions/230921-new-spending-bills-target-dodd-frank-financial-reforms>, 15.07.2014.

Kriza na Vol stritu 1929. okončala je pomamu za trgovinom akcijama koja je vladala 1920-tih. Panika u finansijskim krugovima koja je nakon toga zavladała oslabila je mnoge banke koje su špekulisale na tržištu akcija, a njihov krah ubrzao je Veliku depresiju. Nju Dil predsednika Ruzvelta je doneo regulativu koja je imala za cilj da spreči i ograniči razmeru eventualne buduće finansijske krize.

Na osnovu Zakona o bankarstvu iz 1933.godine (*Glass-Steagall*) osnovana je Federalna korporacija za osiguranje depozita (*Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC*) i doneto je nekoliko podzakonskih akata, koji su između ostalog imali za cilj da spreče komercijalne banke da špekulišu akcijama. Godine 1934. osnovana je Komisija za hartije od vrednosti kako bi se regulisala trgovina hartijama od vrednosti. Kontrola nametnuta *Glass-Steagal* zakonom počela je da slabi 1960-tih, da bi predsednik Klinton potpisao *Gramm-Leach-Bliley* zakon iz 1999. godine kojim su izjednačene komercijalne i investicione banke.

Finansijski inovatori nastavili su da razvijaju finansijske derivate koji su se pojavili kao poljoprivredni fjučersi, a regulatorni status nekoliko vrsta finansijskih derivata nije bio jasan. Zakon o modernizaciji trgovine robnih fjučersa iz 2000. godine eksplicitno je propisao da vanberzanski derivati neće biti regulisani ugovorima, ali poslovanje dilera može biti regulisano propisima koji regulišu i poslovanje firmi. Banke su radije investirale u vanberzanske derivate nego u derivate kojima se trguje na berzama, kao na primer na Čikaškoj robnoj berzi. Vanberzanske transakcije su se mogle prilagoditi potrebama klijenata, te su često bile profitabilnije, a cene derivata kojima se trgovalo van berzi su bile neregulisane.

Cilj zakona je bio da se obezbedi transparentnost finansijskih transakcija u smislu skrivenih troškova i kazni, pojednostavljenje ugovora i obelodanjivanje više informacija o troškovima i rizicima u interesu potrošača.

Ovaj rad daje pregled osnovnih novina koje donosi Dodd-Frank zakon i predstavlja kratak rezime zakona koji u budućnosti može dati smernice zakonodovcu za donošenje regulative u Srbiji kako bi se izbegle greške finansijskog sistema SAD obzirom da finansijski proizvodi kojima se zakon bavi u Srbiji trenutno ne postoje.

2. Sistemski rizik

Uzroci nestabilnosti finansijskog sistema kao celine predstavljaju sistemski rizik. Iako je pre krize postojala regulativa koja se bavila ovim

problemom, a sam sistemski rizik se nikada ne može u celosti eliminisati, analitičari su ukazali na brojne očigledne slabosti regulative u sprečavanju , sistemskog rizika⁵.

Dodd-Frank zakon predviđa osnivanje Saveta za nadzor nad finansijskim uslugama (*Financial Services Oversight Council, FSOC*) kojim predsedava sekretar Trezora, i koji se sastoji od osam rukovodilaca federalnih regulatornih agencija (uključujući novoformiranu Kancelariju za finansijsku zaštitu potrošača) i ličnosti koju imenuje predsednik, eksperta za osiguranje. Zakon predviđa osnivanje Kancelarije za finansijska istraživanja koja treba da pruži podršku radu Saveta. Savet je ovlašćen da identifikuje sistemski rizik i savetuje regulatore o izvorima i problemima u vezi sa regulatornim prazninama, ali nema ovlašćenja da donosi propise i vrši nadzor. Savet treba da identifikuje finansijske firme od uticaja na sistem bez obzira na njihov pravni status, a Federalni sistem rezervi treba da obavlja strožiji nadzor nad njihovim radom i donositi regulativu, uključujući kratkoročna ograničenja zaduživanja, ograničenje koncentracije odgovornosti na 10%, izloženost druge strane do 25% ukupnog kapitala, zahteve u vezi rizičnog kapitala (koji se odnose na vanbilansne aktivnosti), godišnje „stress testove“ i granicu leveridža 15-prema-1. Zakon sprečava promenu pravne forme u cilju izbegavanja obaveza i propisuje mehanizme za ograničavanje rasta velikih firmi ili njihovo smanjenje u cilju sprečavanja sistemskog rizika.

Dodd-Frank zakon ograničava trgovinu kapitalom komercijalnih banaka i investicije u hedž fondove ili firme sa privatnim kapitalom. Takođe omogućuje da Federalni sistem rezervi reguliše mnoge aktivnosti od sistemske važnosti sistema za platni promet, poravnanja i kliring, izuzev ako su ti sistemi registrovani kod Komisije za hartije od vrednosti ili Komisije za trgovinu robnim fjučersima (*Commodities Futures Trading Commission, CFTC*), u kom slučaju rad sistema regulišu ovi organi. Savezna korporacija za osiguranje depozita (*Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC*) pripremila je regulativu⁶ u vezi sa programima likvidnosti za hitne slučajeve koji garantuju za dugovanja bankarskih holding kompanija.

⁵ M. Van Der Weide, "Implementing Dodd-Frank: Identifying and mitigating systemic risk", *Economic Perspectives*, QIII/2012, 108.

⁶ FDIC Initiatives under the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, <http://www.fdic.gov/regulations/reform/initiatives.html>, 15.07.2014.

3. Ovlašćenja Federalnog sistema rezervi u slučaju poremećaja poslovanja i nadzor Kongresa

Tokom finansijske krize Federalni sistem rezervi je kreditirao nebankarske finansijske firme u iznosima bez presedana na osnovu ovlašćenja iz Zakona o federalnim rezervama za neuobičajene slučajeve⁷.

Dodd-Frank zakon sadrži nekoliko odredbi koje se odnose na ovlašćenja Federalnog sistema rezervi za kreditiranje. Iako Federalni sistem rezervi može da ovlasti Banku federalnih rezervi da odobrava kolateralizovane zajmove u sklopu široko dostupnih kreditnih kapaciteta, on nije ovlašćen da odobri Banci federalnih rezervi zajam za određenog pojedinca ili pravno lice. U slučaju postupanja po ovlašćenjima za slučaj opasnosti, od Federalnog sistema rezervi će se zahtevati odobrenje sekretara Trezora. Pored toga, zakon omogućuje reviziju kapaciteta za kreditiranje i operacija Federalnog sistema rezervi na otvorenom tržištu od strane Kancelarije za odgovornost vlade (*Government Accountability Office, GAO*) radi provere internih kontrola i upravljanja rizikom, kao i reviziju aktivnosti Federalnog sistema rezervi od strane GAO tokom krize. Zakon nalaže odloženo obelodanjivanje podataka o korisnicima kredita Federalnog sistema rezervi i uslovima kreditiranja i zabranjuje firmama koje posluju na osnovu regulative koju donosi Federalni sistem rezervi da učestvuju u izboru direktora regionalnih banaka federalnih rezervi.

4. Donošenje odluka o nelikvidnim firmama

Dodd-Frank zakon uspostavlja novi sistem za određene finansijske kompanije čiji status je inače bio rešen postojećim propisima različitih federalnih regulatornih tela i koje mogu predstavljati opasnost za finansijski sistem SAD. Ovaj sistem odlučivanja formulisan je po ugledu na postojeći model konzerviranja ili prijema potraživanja u slučaju depozitnih institucija. Mnoge vrste finansijskih kompanija i kompanije čije su oni osnivači podležu ovom posebnom režimu odlučivanja, ali ne i one koje se bave osiguranjem, neki brokери-dileri i osigurane depozitne kompanije. Grupa regulatora, uključujući dve trećine Borda federalnih rezervi, mora da predloži pokretanje postupka na osnovu odredbi Dodd-Frank zakona. Nakon preporuke, sekretar Trezora uz konsultaciju predsednika mora doneti odluku kojom utvrđuje da “kompanija ne izvršava obaveze ili da postoji opasnost da neće izvršavati obaveze”, da bi donošenje odluke na osnovu drugih propisa moglo imati “ozbiljne negativne posledice po

⁷ Federal Reserve Act, <http://www.federalreserve.gov/aboutthefed/section13.htm>, 15.07.2014.

finansijsku stabilnost SAD; da ne postoji alternativa u privatnom sektoru”. Kompanija koja osporava odluku sekretara ima pravo žalbe Federalnom sudu u ograničenom broju slučajeva.

Iako je model kreiran na osnovu postojećeg modela FDIC, između njih postoje bitne razlike. Na primer, Dodd-Frank zakon naglašava da će kreditori i akcionari snositi gubitke finansijske kompanije, da će menadžment odgovoran za stanje finansijske kompanije biti otpušten, da će FDIC i drugi odgovarajući regulatori preduzeti neophodne i odgovarajuće mere kako bi sve strane odgovorne za stanje finansijske kompanije snosile troškove u skladu sa sopstvenom odgovornošću, uključujući nakanadu štete, restituciju, povraćaj naknada i drugih oblika dobiti koji nisu u skladu sa takvom odgovornošću.

Na osnovu Zakona sve finansijske kompanije koje su po ovom osnovu u statusu prijema potraživanja će biti likvidirane, a sredstva poreskih obveznika se neće koristiti za sprečavanje likvidacije bilo koje finansijske kompanije po ovom osnovu.

Mehanizmi finansiranja odlučivanja po Dodd-Frank zakonu se takođe razlikuju od režima konzerviranja ili prijema potraživanja u slučaju depozitnih ustanova. Neće se unapred odvajati sredstva za Fond sistemske likvidacije (*Orderly Liquidation Fund*), koji se na osnovu Dodd-Frank zakona osniva. Umesto toga, FDIC, nakon što se odredi za prijemnika potraživanja određene finansijske kompanije, ima ovlašćenja da pozajmljuje sredstva od Trezora koja su eksplicitno ograničena vrednošću konsolidovane aktive firme. Ako je neophodno vratiti dugovanja Trezoru, FDIC ima ovlašćenja da procenjuje poverioce kojima su plaćene veće naknade kroz postupak ustupanja potraživanja nego što bi dobili da je firma likvidirana zbog bankrotstva, kao i ovlašćenja da procenjuje određene velike finansijske institucije.

5. Sekjuritizacija i bankarstvo iz senke

Bankarstvo iz senke predstavlja finansijsku aktivnost pravnih lica koja nisu banke ili koju sponzorišu banke, a da ne ulaze u njihove bilanse. Sekjuritizacija podržava sistem bankarstva iz senke i rizici sekjuritizacije doprineli su finansijskoj krizi na razne načine⁸. Netransparentnost u bankarskom sistemu u senci je takođe prouzrokovala problem. Kada je došlo do neizvršavanja obaveza među onima koji su se zadužili za

⁸ M. Richardson, “Regulating Wall Street: The Dodd–Frank Act”, *Economic Perspectives*, 3/2012, 94.

kupovinu nepokretnosti za stanovanje, složenost hartija od vrednosti podržanih hipotekama (*mortgage-backed securities, MBS*) još više je otežala identifikaciju firmi koje su pretrpele najveće gubitke⁹. Pored vlasništva nad hartijama od vrednosti firmi koje su izdavale nebankarske neobezbeđene kredite na osnovu hipoteke, neke banke su takođe sponzorisale sopstvene kapacitete koji su finansirali hipoteke koje nisu ulazile u bilanse preko specijalnih namenskih preduzeća. Kada je opala likvidnost MBS, neke od banaka su morale da vrate aktivu iz takvih specijalnih namenskih preduzeća i prikažu je u spostvenim bilansima, i time priznaju veće gubitke. Studija uticaja Dodd Frank zakona na menadžere hedž fondova¹⁰ je pokazala da su odredbe o transparentnosti i zahtevi investitora da ime se predoči više informacija imali pozitivan uticaj utoliko što su pomogle menadžerima hedž fondova da lakše dođu do kapitala i povrate poverenje investitora¹¹.

Jedan od pristupa naknadama u sekjuritizaciji je da se zahteva od izdavalaca sekjuritizovanih hartija od vrednosti da zadrže deo dugoročnog rizika od neizvršenja obaveza. Prednost ovakvog pristupa je da se mogu očuvati standardi emisije među kreditorima koji se finansiraju kroz sekjuritizaciju. Druga prednost je da izdavaoci sekjuritizovanih hartija od vrednosti dele rizik suočeni sa investitorima kojima prodaju svoje hartije od vrednosti. Moguću manu predstavlja činjenica da se relativno mali rizik može preneti sa finansijskog sektora na investitore ako svaka karika u lancu sekjuritizacije mora da zadrži deo rizika. Koncentracija rizika u finansijskom sektoru može dovesti do njegovog urušavanja.

Dod-Frank zakon generalno zahteva od izdavalaca sekjuritizovanih hartija od vrednosti da zadrže deo rizika, pri čemu procenat rizika koji će se zadržati zavisi delimično od kvaliteta bazne aktive. Dodd-Frank zakon predviđa posebna pravila za zadržavanje rizika za različite klase aktive koja se sekjuritizuje. Regulatorna tela treba da objave regulativu o zadržavanju rizika, a izdavaocima sekjuritizovanih hartija od vrednosti je zabranjeno da hedžuju zadržani kreditni rizik. Regulatorna tela mogu da zahtevaju od emitenata da zadrže rizik aktive nakon što razmotre rizičnost aktive, zatim da li tržišta sekjuritizacije dovode do pada kriterijuma za odobravanje zaduživanja, kao i uticaj na mogućnost potrošača i preduzeća da dobiju kredite pod razumnim uslovima.

⁹ B. J. Keys, T. Mukherjee, A. Seru, V. Vig, "Did Securitization Lead to Lax Screening? Evidence from Subprime Loans", *Quarterly Journal of Economics*, 125/2010, 307-362.

¹⁰ Dodd-Frank Bill-A year and a Half Later Views From the Hedge Fund Industry, <http://www.eisneramper.com/Dodd-Frank-Bill-Hedge-Fund-0412.aspx>, 15.07.2014.

¹¹ EisnerAmper Accountants & Advisors, "Dodd-Frank Driving Investor Acceptance of Hedge Fund Model", *Financial Executive*, 28/2012, 10.

U slučaju rezidencijalnih hipoteka koje se sekjuritizuju, Dodd-Frank zakon dozvoljava potpuno izuzimanje od odredbi o zadržavanju rizika pri sekjuritizaciji ako su sve hipoteke u skladu sa standardima kvalifikovane rezidencijalne hipoteke” koju je definisao Biro za finansijsku zaštitu potrošača (*Consumer Financial Protection Bureau, CFPB*) u januaru 2010. godine¹², ali koji ne mogu biti širi od definicije “kvalifikovane hipoteke” u skladu sa Dodd-Frank zakonom. Predviđeni su izuzeci i u slučaju određenih kredita za finansiranje farmera i garancija u vezi sa njima, kredita za koje garantuju SAD ili neke agencije SAD, kao i opštinskih hartija od vrednosti. Treba primetiti da *Fannie Mae* i *Freddie Mac* hartije od vrednosti nisu a priori među izuzecima.

Zakon zahteva od izdavalaca sekjuritizovanih hartija od vrednosti „*due diligence*” u vezi sa baznom aktivom sekjuritizacije i obelodanjivanje informacija. Pored toga, investitori u hartije od vrednosti podržane aktivom treba da dobijaju više informacija o samoj aktivni.

6. Konsolidacija nadzora banaka

Komercijalne banke i slične institucije podležu kontroli regulatornih tela. Pre krize, zavisno od pravnog lica, komercijalne banke, štedne institucije i kreditne unije su kontrolisali OCC, Kancelarija za nadzor štednih institucija (*Office of Thrift Supervision, OTS*), Federalne rezerve, Nacionalna kreditna unija (*National Credit Union Administration, NCUA*) i državni organi. Kontrolori državnih banaka su često koordinisali rad kroz Konferenciju državnih bankarskih supervizora. Federalni kontrolori banaka često su zajedno donosili podzakonske akte i koordinisali svoj rad kroz Savet za kontrolu federalnih finansijskih institucija (*Federal Financial Institutions Examinations Council, FFIEC*). I pred toga neke firme su se bavile aktivnostima koje nalikuju bankarskim, ali nisu bile predmet nadzora regulatornih tela koja se bave radom banaka.

Dodd-Frank zakon ne predviđa potpunu konsolidaciju agencija koje vrše nadzor nad radom banaka, niti oslobađa regulatornih dužnosti Sistem federalnih rezervi. Njime je ukinuta Kancelarija za nadzor štednih institucija kao nezavisna agencija, a njena ovlašćenja su preneti na FDIC, OCC i Federalne rezerve. Federalni sistem rezervi reguliše rad holding kompanija, što je prethodno činila OTS. OCC reguliše rad depozitnih

¹² Home Mortgage Disclosure (Regulation C): Adjustment to Asset-Size Exemption Threshold, <https://www.federalregister.gov/articles/2013/12/30/2013-31223/home-mortgage-disclosure-regulation-c-adjustment-to-asset-size-exemption-threshold>, 15.01.2014.

institucija u slučaju štednih institucija koje posluju na osnovu federalnih zakona, a FDIC rad depozitnih institucija u slučaju štednih institucija koje posluju na osnovu propisa države. Federalni sistem rezervi i dalje je nadležan za regulativu u vezi sa poslovanjem banaka članica koje posluju po saveznim propisima.

7. Zaštita potrošača

Na osnovu Zakona osnovan je Biro za finansijsku zaštitu potrošača u okviru Federalnog sistema rezervi, koji ima ovlašćenja u vezi sa nizom finansijskih proizvoda i usluga, i koji podzakonske akte donosi uz prethodno pribavljanje mišljenja regulatora. Biro je u velikoj meri nezavisan od zakonodavne i izvršne kontrole, posebno zbog sopstvenih izvora prihoda¹³. Njegova ovlašćenja variraju zavisno od vrste kompanije. Zakon eksplicitno izuzima više različitih entiteta i finansijskih aktivnosti potrošača iz ovlašćenja za nadzor Biroa. Iako su ovlašćenja Biroa u odnosu na manje depozitne institucije ograničena, ona su zajedno sa ovlašćenjima u odnosu na veće depozitne institucije generalno predmet propisa u vezi sa zaštitom potrošača koje donosi Biro.

Nedepozitne institucije koje nude finansijske proizvode i usluge imaju obavezu da se registruju kod Biroa, njihovo poslovanje se proverava i preduzimaju se druge mere sa ciljem da se utvrdi da li posluju u skladu sa regulativom da li su sposobne da izvrše obaveze prema potrošačima.

Zakon ovlašćuje Biro da donosi regulativu, izdaje naredbe i objavljuje smernice. Takođe, na Biro su preneti ovlašćenja za donošenje podzakonskih akata za primenu mnogih postojećih zakona iz oblasti zaštite potrošača. Biro nema ovlašćenje da reguliše aktivnosti u vezi sa osiguranjem, ili da ograničava kamatne stope na proizvode i nema ovlašćenja za nadzor, donošenje podzakonskih akata ili regulisanje rada prodavaca automobila, agenata za prodaju nekretnina, prodavaca gotovih ili pokretnih kuća i računovođa, osim u smislu odredbi iz zakona o zaštiti potrošača.

8. Standardi za hipoteke

Dodd-Frank zakonom promenjen je Zakon o informisanom kreditiranju (*Truth in Lending Act*) kako bi se postavio minimum standarda za neke rezidencijalne hipoteke. Zajmodavci imaju obavezu

¹³ Consumer Financial Protection Bureau, <https://www.federalregister.gov/agencies/consumer-financial-protection-bureau>, 15.07.2014.

da utvrde da li hipotekarni dužnici imaju razumne mogućnosti da otplate hipotekarne kredite iz sopstvenih prihoda i na osnovu drugih faktora, a CFPB je usvojio regulativu na osnovu koje je zabranjeno odobravanje hipoteka potrošačima koji nemaju razumnu mogućnost otplate i u nekim drugim slučajevima, zabranjeno odobravanje hipotekarnih kredita koji se smatraju zloupotrebama, prevarnim ili predatorskim¹⁴. Penali za prevremenu otplatu dozvoljeni su u ograničenom broju slučajeva. Zakon zahteva obelodanjivanje većeg broja različitih informacija potrošačima.

9. Derivati

Predviđena je centralizacija kliringa i berzanske trgovine mnogim derivatima kojima se trgovalo van berze, s tim da postoje izuzeci u odnosu na određene tržišne učesnike. Federalna regulatorna tela (CFTC ili SEC) na osnovu Zakona određuju tipove svopova i svopova na bazi aktive za koje se zahteva kliring, s tim da postoje mišljenja da je ovo pitanje moralo biti rešeno samim zakonom¹⁵. Takođe se zahteva prijavljivanje pravnim licima koja posluju na osnovu regulative ili samim regulatorima svih svopova i svopova na bazi aktive, uključujući one koji ne podležu ili su izuzeti od kliringa. CFTC i SEC su na osnovu Zakona propisale zahtevanu visinu kapitala za dilere svopovima, svopovima na bazi aktive, velike učesnike u svopovima i velike učesnike u svopovima na bazi aktive¹⁶. CFTC treba da reguliše pitanje svopova, uključujući ugovore koji se zasnivaju na kamatnim stopama, valutama, fizičkoj robi, nekim svopovima za slučaj neizvršenja obaveza po kreditu, dok Komisija za hartije od vrednosti ima ovlašćenja u vezi sa svopovima na bazi hartija od vrednosti, uključujući svopove za slučaj neizvršenja obaveza po kreditima, i svopove na bazi kapitala. Obe agencije su ovlašćene da donose regulativu u cilju sprečavanja izbegavanja kliringa. Generalno, svopovi i svopovi na bazi hartija od vrednosti koji moraju proći kliring moraju se i prodavati na berzi ili u instituciji sa karakteristikama berze koja obezbeđuje transparentnost cene. Regulatorima su data značajna ovlašćenja da definišu forme trgovine u skladu sa time. Od kliringa su

¹⁴ 2012 Truth in Lending Act (Regulation Z) Mortgage Servicing, <https://www.federalregister.gov/articles/2012/09/17/2012-19977/2012-truth-in-lending-act-regulation-z-mortgage-servicing>, 15.07.2014.

¹⁵ C. Culp, "OTC-Cleared Derivatives: Benefits, Costs, and Implications of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act", *Journal of Applied Finance*, 2/2010, 122.

¹⁶ Final Rules Regarding Further Defining "Swap Dealer," "Major Swap Participant" and "Eligible Contract Participant", http://www.cftc.gov/ucm/groups/public/@newsroom/documents/file/msp_ecp_factsheet_final.pdf, 15.07.2014.

po želji izuzete transakcije u kojima je najmanje jedna strana „krajnji korisnik”, koji se definiše kao strana koja nije finansijski entitet i koristi svop za hedžing ili smanjenje rizika. Izuzeta strana mora obavestiti CFTC ili SEC zavisno od ugovora o tome kako generalno ispunjava finansijske obaveze prilikom transakcije.

Zakon zabranjuje federalnu pomoć bilo kom pravnom licu koje koristi svopove, sa izuzetkom velikih učesnika u svopovima koji su osigurane depozitne institucije. Depozitne institucije mogu da postupaju kao dileri svopova samo pod određenim okolnostima, ali ne i u odnosu na svopove za slučaj neizvršenja kreditnih obaveza. Pored toga, depozitne institucije mogu da osnuju pravno lice koji će se baviti svopovima ukoliko posluje pod nadzorom Federalnog sistema rezervi.

10. Agencije za kreditni rejting

Dodd-Frank zakon sadrži odredbe kojima se unapređuje regulativa Komisije za hartije od vrednosti. Zakon propisuje obavezu podnošenja novih vrsta izveštaja, obelodanjivanje informacija i obavezu preispitivanja Nacionalno priznatih statističkih rejting organizacija (*Nationally Recognized Statistical Rating Organizations, NRSROs*), postavlja nove standarde odgovornosti, obezbeđuje novi mehanizam za sprečavanje emitenata strukturisanih finansijskih hartija od vrednosti da biraju agenciju koja će odrediti inicijalni rejting, zahteva da se iz federalnih zakona i prodzakonskih akata brišu odredbe u kojima se poziva na NRSRO rejtinge.

Na osnovu Zakona osnovana je Kancelarije za kreditni rejting (*Office of Credit Ratings, OCR*) u okviru Komisije za hartije od vrednosti koja kontroliše rad rejting organizacija i objavljuje regulativu iz svoje nadležnosti. Između ostalog, predviđen je i zahtev da svaki kreditni rejting prati obelodanjivanje niza informacija koje se tiču pretpostavki i metodologija na bazi kojih je rejting određen. Komisija za hartije od vrednosti objavljuje informacije o inicijalnim kreditnim rejtingima i naknadnim promenama tih rejtinga. Nakon upozorenja i saslušanja, Komisija za hartije od vrednosti ima ovlašćenje da privremeno suspenduje ili trajno briše iz registra rejting organizaciju za određenu klasu hartija od vrednosti ukoliko utvrdi da ta organizacija ne poseduje odgovarajuće finansijske i menadžerske resurse za objavljivanje verodostojnih rejtinga.

Nacionalno priznate statističke rejting organizacije imaju obavezu postupanja u skladu sa identičnim standardima odgovornosti kao što su izjave registrovanih računovodstvenih firmi i analitičara hartija od vrednosti. U slučaju saznanja da rejting organizacija ne vrši analizu prilikom određivanja kreditnog rejtinga, sami investitori mogu da pokrenu odgovarajuće postupke pred nadležnim organima. Zakon nalaže Komisiji za hartije od vrednosti da zabrani da interesi rejting organizacija utiču na kreditne rejtinge koje objavljuju i ovlašćuje Komisiju za hartije od vrednosti da briše ili suspenduje registraciju rejting organizacije u slučaju kršenja ovih odredbi.

11. Zaštita investitora

Komisija za hartije od vrednosti je ovlašćena da nametne fiducijarnu dužnost brokerima-dilerima koji nude personalizovane investicione konsultantske usluge u vezi sa hartijama od vrednosti pojedinačnom klijentu. Brokери i dileri su dugo izbegavali fiducijarnu dužnost navodeći kao argument to da se njihov model poslovanja sa klijentima u značajnoj meri razlikuje od modela poslovanja savetnika za investicije, te da bi fiducijarna dužnost prouzrokovala troškove promene modela poslovanja i povećala troškove registracije. Osim toga su navodili da bi ovi uvećani troškovi doveli do smanjenja broja proizvoda koje nude investitorima i povećanja troškova investicija. Moguće je da će se prihodi brokera i dilera smanjiti, da će plaćati kazne ili naknadu štete ukoliko im interesi investitora ne budu ispred ličnih interesa, kao i da će im porasti troškovi pravnih usluga zbog fiducijarne dužnosti. Troškovi pravnih usluga mogu smanjiti neto zaradu brokera i dilera i naterati ih da promene profesiju¹⁷.

Komisija za hartije od vrednosti dobija provizije od transakcija hartija od vrednosti i taksi za registraciju. Budžet Komisije za hartije od vrednosti je često bio mnogo manji od godišnjih naknada koje naplaćuje, te je postojao interes da se agencija samofinansira, kao što je bio slučaj sa federalnim agencijama koje regulišu rad banaka. Na osnovu Dodd-Frank zakona neke naknade se koriste za finansiranje Komisije za hartije od vrednosti, dok druge idu u opšti fond Trezora. Budžet Komisije za hartije od vrednosti i dalje kontroliše Kongres, ali se zahtev za finansiranje iz budžeta podnosi direktno Kongresu, a sredstva za finansiranje Komisije za hartije od vrednosti su gotovo udvostručena.

Na osnovu Zakona osnovana je Kancelarije za pravnu pomoć investitorima (*Office of the Investor Advocate*) u okviru Komisije za hartije

¹⁷ J. Gold, J. Gramlich, D. Kerr, „How the Dodd-Frank Act Affects the Standard of Care Required of Brokers/Dealers“, *Journal of Financial Service Professionals*, 65/2011, 65-66.

od vrednosti, koja ima obavezu da pruža pomoć investitorima u rešavanju značajnih problema sa Komisijom ili samoregulatornim organizacijama, identifikuje oblasti u kojima se regulativa može unaprediti u interesu investitora, i identifikuje probleme koje investitori imaju sa pružaocima finansijskih usluga i investicionim proizvodima¹⁸.

U okviru Komisije za hartije od vrednosti je predviđeno osnivanje i Saveta za pomoć investitorima (*Office of Investor Education and Advocacy*)¹⁹, čija svrha je savetovanje sa Komisijom za hartije od vrednosti o regulatornim prioritetima, rešavanje problema u vezi sa regulativom vezanom za hartije od vrednosti, strategijama trgovine, strukturom naknada i efikasnošću obelodanjivanja informacija, inicijativama za zaštitu interesa investitora, inicijativama za unepređenje poverenja investitora i integritet tržišta hartija od vrednosti.

Zakonom je predviđeno osnivanje registra „opštinskih savetnika” u Kancelariji za opštinske hartije od vrednosti Komisije za hartije od vrednosti, na osnovu čega je doneta privremena regulativa koja će biti na snazi do 31.12.2014. godine²⁰. Posrednici koji obezbeđuju finansijske savete opštinama moraju se registrovati, a svoje poslovanje obavezni su da oragnizuju u skladu sa regulativom Odbora za regulatorna pitanja opštinskih hartija od vrednosti (*Municipal Securities Rulemaking Board, MSRB*). Predviđena je i njihova fiducijarna dužnost prema klijentima.

12. Hedž fondovi

Do sada je bilo nekoliko bezuspešnih pokušaja regulisanja hedž fondova. Dodd-Frank zakon predviđa značajne izmene u radu hedž fondova koje, između ostalog, finansijski sistem treba da učine transparentnijim²¹.

Dodd-Frank zakon ukida izuzeće „privatnih savetnika” po Zakonu o investicionim savetnicima i predviđa obavezu savetnika privatnih fondova, kao što su hedž fondovi sa aktivom u vrednosti od 150 miliona dolara i više, da se registruju kod Komisije za hartije od vrednosti i prezentuju informacije o investicionim portfolijima i strategijama u cilju nadzora nad sistemskim rizikom. Savetnici fondova kapitala nemaju

¹⁸ Office of the Investor Advocate, http://www.sec.gov/investorad#.U8vG0vl_uZs, 15.07.2014.

¹⁹ Office of Investor Education and Advocacy, http://www.sec.gov/oiea#.U8vH2vl_uZt, 15.07.2014.

²⁰ Extension of Temporary Registration of Municipal Advisors, <http://www.sec.gov/rules/interim/2013/34-70468.pdf>, 15.07.2014.

²¹ K. C. Sierra-Yanez, „Hedge Funds and Increased Regulatory Scrutiny Under Dodd-Frank”, *Banking & Financial Services Policy Report*, 30/2011, 17-18.

obavezu registracije, za razliku od fondovi privatnog kapitala. Podignuta je granica za registraciju kod Komisije za hartije od vrednosti na 100 miliona dolara, a mali savetnici će se registrovati kod države, s tim da je registracija kod Komisije za hartije od vrednosti obavezna ukoliko država u kojoj savetnik posluje nema regulativu koja se bavi pitanjem savetnika, ili ako je savetnik registrovan za obavljanje delantosti u više od 15 država.

Poslovanje hedž fondova je godinama nedovoljno regulisano. Iako se ne mogu smatrati krivcima za brojne probleme finansijskog sistema, svakako su im značajano doprineli. Više informacija o njihovom poslovanju može samo doprineti transparentnosti finansijskog sistema²².

13. Naknade rukovodilaca i korporativno upravljanje

Odredbe u vezi sa korporativnim upravljanjem i naknadama u Dodd-Frank zakonu mogu da utiču na bilo koju privrednu granu²³. Najmanje jednom u tri godine akcionari kompanija čije su akcije na berzi mogu da glasaju kako bi odobrili naknade rukovodilaca. Komisija za hartije od vrednosti ovlašćena je da usvoji regulativu kojom se predviđaju izuzeci u slučaju malih kompanija koje su na berzi. Komisija je takođe ovlašćena da donese regulativu kojom će dozvoliti akcionarima da nominuju kandidate za izvršne odbore, s tim da od ovih obaveza mogu biti izuzete male kompanije.

Zakon predviđa obavezu Komisije za hartije od vrednosti da promeni regulativu da bi predvidela obavezno obelodanjivanje dodatnih informacija o odnosu naknada za rukovodioce i finansijskih performansi korporacija prema promenama vrednosti akcija emitenta i distribuciji dividendi. Komisija za hartije od vrednosti mora da usvoji regulativu koja zabranjuje berzama akcija prodaju akcija kompanija koje ne usvoje politiku na osnovu koje će rukovodioci biti obavezani na vraćanje neopravdano isplaćenih bonusa.

Regulatorna tela treba zajedno da usvoje smernice kojima će finansijskim institucijama sa više od jedne milijarde dolara u aktivni zabraniti ugovaranje preterano visokih zarada na bazi bonusa koje bi mogle dovesti do gubitaka finansijske institucije rukovodiocima, zaposlenima, direktorima ili glavnim akcionarima.

²² *Ibid.*, 20.

²³ J. Rashty, "The Dodd-Frank Act Addresses Corporate Governance", *CPA Journal*, 4/2012, 40.

Očigledno je da je namera Kongresa bila da uvede ograničenja na naknade rukovodilaca, ali da nisu želeli da postave gornje limite naknada ili da propišu šta se smatra prihvatljivim naknadama. Zakon garantuje obelodanjivanje više informacija i predviđa više mehanizama kojima se povećava odgovornost direktora i transparentnije donošenje odluka o naknadama rukovodilaca. Primena regulative će pokazati koliko su ove odredbe zakona uspešnije od prethodnih pokušaja ograničavanja naknada i nametanja više odgovornosti rukovodiocima²⁴.

14. Osiguranje

Pitanjem dodatnog regulatornog nadzora nad radom osiguravajućih kuća na osnovu Dodd-Frank zakona bavi se Federalna kancelarija za osiguranje (*Federal Insurance Office, FIO*) u okviru Odeljenja za trezor. Federalna kancelarija za osiguranje prikuplja informacije o konsultantskim poslovima vezanim za pitanja osiguranja i ima ograničena ovlašćenja u vezi sa preventivnim postupanjem u slučaju da se osiguravači iz SAD stavljaju u manje povoljan položaj na osnovu postojećeg međunarodnog ugovora²⁵. Biro za finansijsku zaštitu potrošača nema ovlašćenja za nadzor nad radom osiguravača. Sistemski značajni osiguravači spadaju pod nadležnost Saveta za nadzor nad finansijskom stabilnošću, posluju na osnovu regulative Federalnih rezervi i odluka o posebnim ovlašćenjima po Zakonu, iako se odluke u slučaju nesolventnosti osiguravača mogu donositi na osnovu propisa kojima se reguliše rad osiguravajućih kompanija upisanih u registar države.

15. Zaključak

Dodd-Frank Zakon o reformi finansijskog tržišta i zaštiti potrošača iz 2010. godine se smatra najambicioznijim propisom iz oblasti finansija u Sjedinjenim Američkim Državama od 1930-tih godina²⁶. Zajedno sa drugim regulatornim reformama koje sprovode regulatorne agencije, cilj zakona je da okonča problem pravnih lica koja su suviše velika da bi propala, i od njega se očekuje da temeljno promeni strukturu finansijskih

²⁴ P. Schneider, „Dodd-Frank Financial Reform Legislation Addresses Executive Compensation”, *Journal of Financial Service Professionals*, 65/2011, 30.

²⁵ D. Lindberg, D. Seifert, „Enterprise Risk Management (ERM) Can Assist Insurers in Complying with the Dodd-Frank Act”, *Journal of Insurance Regulation*, 30/2011, 335.

²⁶ V. Acharya, “The **Dodd-Frank Wall Street** Reform and Consumer Protection Act: Accomplishments and Limitations”, *Journal of Applied Corporate Finance*. 23/2011, 43.

tržišta²⁷. Ovaj rad daje poređenje rešenja iz samog zakona i principa dosadašnjeg poslovanja finansijskog tržišta u odnosu na sistemski rizik koji svaka finansijska kompanija predstavlja zavisno od vrste transakcija kojima se bavi, kao i u odnosu na benefite koje Zakon donosi s obzirom na dosadašnje iskustvo američkog finansijskog tržišta.

Assist. prof. Vladimir Jovanović

Law Faculty of Economics and Justice, Novi Sad

Mirjana Misailović, M.A.

Editor in Agency of Textbooks, Belgrade

DODD-FRANK ACT – FINANCIAL SYSTEM REFORM OF USA

Summary

Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act passed in 2010 is among the most significant regulatory reform acts since Great Depression. Proponents contend that its main provisions should help in preventing new financial distress, while detractors argue that it will endanger future economic growth due to too many restrictions on financial system and penalization of risk taking.

Key words: Dodd-Frank Act, financial system reform.

²⁷ D. N. Lamson, G. L. Lozansky, "Developments in Asset-Backed Securitization since Dodd-Frank: An Assessment of the Regulatory Landscape", *Journal of Structured Finance*, 17/2011, 8.

УКЉУЧЕЊЕ ОПШТИХ УСЛОВА ПОСЛОВАЊА У УГОВОРЕ О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ²

Апстракт

Питање укључења општих услова пословања у међународној продаји веома је значајно у пракси, што потврђује и велики број судских и арбитражних одлука. Велики проблем је оскудна правна регулатива у овој области, и на националном и на међународном нивоу. Регулисање укључења општих услова у уговор обично се занемарује и ставља под оквир правних правила о понуди и тумачењу уговора.

Бечка конвенција о међународној продаји робе, један од најшире прихваћених извора права међународне продаје, иако сама по себи такође не прописује експлицитна правила, пружа широке могућности за интерпретацију својих одредаба. Могућност широког тумачења правила које Конвенција прописује представља основу теоријској анализи овог питања и можда нека генерална упутства која би требало да следи законодавац по питању регулисања укључења општих услова пословања.

Кључне речи: општи услови пословања, међународна продаја робе, Бечка конвенција, понуда, тумачење уговора.

1. Увод

Употреба општих услова пословања једног привредног друштва или предузетника широко је распрострањена у пракси, а ово

¹ Студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду; e-mail: vicicmarija90@gmail.com.

² Рад је награђен наградом Задужбине Миливоја Јовановића и Луке Ђеловића Универзитета у Београду 2014. године.

питање регулисано је на међународном нивоу одредбама Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (даље у тексту и фуснотама: Бечка конвенција или Конвенција)³ и UNIDROIT принципима чија је примена препоручена од стране UNCITRAL-а⁴. На националном нивоу, примена општих услова пословања регулисана је Законом о облигационим односима⁵ (даље у тексту и фуснотама: ЗОО), у члановима 142 и 143.

У излагању које следи биће размотрени услови за укључење општих услова пословања у уговорима о међународној продаји робе првенствено према одредбама Бечке конвенције. Прво, биће разматрана два општа услова – *сагласност, споразум уговорних страна* о укључењу и *обавештавање стране* која ће бити подвргнута општим условима о њиховом укључењу. Даље, биће разматрана могућност странке која је погођена општим условима да се и у случају изричитог пристанка на укључење општих услова у целини, супротстави ако се ради о тзв. „*изненађујућим*“ одредбама општих услова. Сматрамо да ће излагање које следи успети да укаже на тешкоће са којима се судови и арбитраже редовно сусрећу с обзиром на распрострањеност уговора који се закључују према општим условима, пре свега због бржег и ефикаснијег међународног промета робом.

2. Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе као правни оквир за регулативу општих услова пословања

Конференција УН о уговорима о међународној продаји робе, одржана у Бечу од 10. марта до 11. априла 1980. године, усвојила је Бечку конвенцију која је ступила је на снагу 1. новембра 1988. године⁶. Тадашња Социјалистичка Федеративна Република Југославија ратификовала ју је још 1984. године⁷. Циљ Бечке конвенције у тренутку њеног доношења, пре више од 30 година, можда је био постављен превише амбициозно – тежило се унификацији уговорног права у материји међународне продаје робе. Међутим, Бечка конвенција је данас постала једна од најшире прихваћених међународних конвенција у области

³ Оригинални назив: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

⁴ United Nations Commission on International Trade Law (Комисија УН за међународно трговинско право)

⁵ Закон о облигационим односима - ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, Службени лист СЦГ, бр. 1/2003.

⁶ CISG Legislative history, 1980 Vienna Diplomatic Conference (texts of proceedings), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/conference.html>, 11.01.2014.

⁷ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе, Сл. Лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 10-1/84.

међународног промета⁸. До данас ову Конвенцију је ратификовало чак 83 земље међу којима су готово све европске земље⁹, као и велики број ваневропских земаља које имају знатан утицај у обављању међународне трговине¹⁰. После неколико неуспелих покушаја да се изврши унификација у области међународне продаје¹¹, дугогодишњи рад представника земаља са различитих правних подручја под окриљем UNCITRAL-а завршио се успешно доношењем Бечке конвенције.

У уговорима у међународној продаји робе, Бечка конвенција се примењује по аутоматизму ако је уговор закључен између *страна које имају своја седишта на територијама различитих држава* уколико су ове државе уговорнице Бечке конвенције или уколико *правила међународног приватног права упућују на примену права једне државе уговорнице*¹². Аутономијом воље, странке могу искључити примену Бечке конвенције или одступити од било које од њених одредби или изменити њихово дејство¹³.

Питање укључења општих услова пословања није експлицитно регулисано ниједном одредбом Бечке конвенције. Правила о укључењу и услови за укључење општих услова пословања изводе се из правила о закључењу уговора (чланови 14 – 24) и правила о тумачењу уговора (члан 8). Иако је постојала идеја да се ово питање засебно регулише у Конвенцији, преовладало је већинско мишљење о непотребности засебне регулације с обзиром на то да су одредбе о закључењу уговора уз додатак одрадаба о тумачењу намера уговорних страна сматране довољним да се реши питање укључења

⁸ М. Ђорђевић, „Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси – искуства и перспективе“, *Анали Правног факултета* 2/2012, 256-258; Ј. Перовић, *Потреба унификације и хармонизације уговорног права*, <http://bs.scribd.com/doc/94899654/Jelena-Perovic-Unfikacija-Ugovornog-Prava-2011>, 2; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 415, 416.

⁹ Од европских земаља Бечку конвенцију до данас нису ратификовале само Ирска, Велика Британија, Португал и Лихтенштајн.

¹⁰ CISG by State, Countries that have adopted the CISG and information on its status and application, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html>, 11.01.2014.

¹¹ То је пре свега био случај са Једнообразним законом о међународној продаји робе из 1964. који је ратификовало свега девет држава, а и са Једнообразним законом о закључењу међународних уговора о продаји робе такође из 1964. године који је ратификовало осам држава.

¹² Бечка конвенција, чл. 1.1.а и 1.1.б.

¹³ *Бечка конвенција, чл. 6.*

општих услова¹⁴. Велики допринос у тумачењу ових одредби, јер се не ради о њиховој директној примени, већ тумачењу, дало је Саветодавно веће Бечке конвенције (*CISG Advisory Council*) издавањем својих мишљења која, иако нису обавезујућа, изузетно су корисна у тумачењу и примени Бечке конвенције. Њихово саветодавно мишљење број 13 бави се питањем укључења општих услова¹⁵.

3. Појам општих услова пословања и њихова улога у међународној продаји робе

Општи услови пословања јесу услови под којима ће се закључивати уговори одређене врсте са било којим заинтересованим лицем, унапред припремљени од стране једног привредног субјекта или неке друге трговачке асоцијације или коморе, а прихваћен од стране тог привредног субјекта¹⁶. Општи услови имају двоструку правну природу: до тренутка закључења уговора они представљају *генералну, општу понуду* за закључење уговора, а ако уговор буде закључен, они постају *саставни део уговора*¹⁷.

За разлику од Закона о облигационим односима који општу понуду дефинише као предлог за закључење уговора учињен *неодређеном броју* лица који садржи битне састојке уговора чијем је закључењу намењен¹⁸, Бечка конвенција такав предлог сматра само као *позив да се учине понуде*, изузев ако лице које чини такав предлог јасно не укаже на супротно¹⁹. Стога би требало закључити да

¹⁴ U. Schroeter, „Article 14“, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), ур. I. Schwenzer, треће издање, Oxford University Press, Њујорк 2010, 275; F. Ferrari, „Article 14“, The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), ур. Kroll/Mistelis/Viscasillas, Verlag C.H.Beck oHG, Минхен 2011, 233; P. Schlechtriem, „Article 14“, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), ур. Schlechtriem/Schwenzer, друго издање, Oxford University Press, Њујорк 2010, 200.

¹⁵ Саветодавно веће Бечке конвенције основано је под покровитељством Института за међународно трговинско право Пејс универзитета (Pace Institute of International Commercial Law) у Њујорку и Центра за студије из области међународног трговинског права Квин Мери Колеџа (Centre for Commercial Law Studies at Queen Mary College) у Лондону, в. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op.html>, 11.01.2014.

¹⁶ И. Јанковец, Привредно право, Службени преглед, Београд 1996, 226; З. Антонијевић, „Облигациони односи у привреди“, Уговорно и одштетно право по Закону о облигационим односима, Београд 1979, 55.

¹⁷ И. Јанковец, 227, М. Васиљевић, Трговинско право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 58, 59.

¹⁸ ЗОО, чл.33.

¹⁹ Више о томе вид. J. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, ур. M. Flechtner, Wolter Kluwer, Law&Business, Њујорк 2009, 203.

су општи услови пословања, а самим тим и општа понуда, у режиму Бечке конвенције одређени другачије него у српском националном праву. Наиме, према већинском ставу у правној теорији, општи услови пословања дефинишу се као *предлог за закључење уговора* који је упућен једном или више одређених лица који производи *дејство понуде* ако је довољно одређен и ако указује на намеру понудиоца да се обавезе у случају прихватања²⁰.

Уговори који се закључују уз коришћење општих услова називају се *формуларни уговори* (или уговори по приступу) јер се закључују уз употребу унапред припремљених текстова – *формулара*. Значај закључивања уговора путем општих услова у међународној продаји робе је вишеструк. Пре свега, уговоре о продаји робе у међународном промету одликује масовност у закључивању, те унапред припремљени општи услови значајно доприносе ефикасности и брзини обављања правног промета. Употреба општих услова нарочито погодује странкама које се налазе у сталном и дуготрајном пословном односу и закључују серије уговора о продаји робе одређене врсте²¹. Међутим, општи услови представљају и опасност по уговорну страну која приступа уговору јер је њена аутономија воље при том сведена на најмању могућу меру – могућност да изјави да прихвата или не прихвата закључење уговора под условима које јој је поставила друга уговорна страна²².

4. Услови за укључење општих услова пословања

Услови за укључење општих услова пословања у Бечкој конвенцији нису посебно прописани, али члан 8. нам допушта да изведемо закључак шта би једна уговорна странка требало да испуни да би се њени општи услови сматрали укљученим у уговор и обавезујућим за другу уговорну страну. Наиме, чл. 8.1. Бечке конвенције прописује да ће се све изјаве и друга понашања једне странке тумачити у складу са њеном ранијом намером када је друга страна за ту намеру *знала или јој та намера није могла остати непозната*²³. Дакле, члан 8.1. поставља *субјективан критеријум* за

²⁰ Више о томе вид. U. Schroeter, 275; F. Ferrari, 233; P. Schlechtriem, 200.

²¹ И. Јанковец, 226, 227; М. Васиљевић, Трговинско право, 58, 59.

²² Ово питање има много већи значај када су у питању портошачки уговори где је потрошач редовно економски слабија страна која пристаје да уговор закључи под понуђеним условима, али када су у питању уговори у привреди, треба узети у обзир да се ипак ради о равноправним странама код којих продаја робе спада у професионалну делатност.

²³ Бечка конвенција, чл. 8.1.

одређивање намере уговорне стране²⁴. У светлу укључења општих услова, овај критеријум ће бити задовољен ако је друга уговорна страна из изјава или понашања свог саговорника, могла основано да закључи да он има намеру да њихов будући уговор подвргне својим општим условима.

Уколико се субјективни критеријум не може применити, на питање да ли је постојала намера једне уговорне стране да другој наметне своје опште услове, одредиће *објективни критеријум* прихваћен у чл. 8.2. Бечке конвенције. Наиме, према чл. 8.2. изјаве и друга понашања једне стране тумачиће се онако како би их *разумно лице истих својстава као друга уговорна страна схватила у истим околностима*²⁵. Дакле, објективни критеријум се јавља као *допуна* субјективном јер уводи стандард разумног лица²⁶, којим се штити начело савесности и поштења²⁷.

Тумачењем одредби члана 8.1. и 8.2. Бечке конвенције да би се питање услова за укључење општих услова пословања разматрало према одредбама ове Конвенције, треба их поставити *кумулативно*: странке морају постићи споразум о укључењу општих услова пре, а најкасније у моменту закључења уговора, и, уговорна страна којој су наметнути општи услови своје саговорнице мора бити о њима благовремено обавештена на прописани начин.

4.1. Постојање споразума странака

Широко је прихваћено становиште да уколико је понудилац саопштио понуђеном своју намеру да у уговор укључи своје опште услове пословања, они ће се примењивати на тај уговор ако је понуђени прихватио понуду без јасне изјаве да се не слаже са укључењем општих услова²⁸. Дакле, прихватањем понуде чији

²⁴ F. Ferrari, „Comments on Article 8 of the CISG“, Remarks on the UNCITRAL Digest's, Journal of Law and Commerce, Vol. 6, 2005, 188-189; P. Schlechtriem, P. Butler, „Application and Ambit of the CISG Articles 7 – 13“, UN Law on International Sales – the UN Convention on the International Sales of Goods, Springer – Verlag, Berlin 2008, 55-57.

²⁵ Бечка конвенција, чл. 8.2.

²⁶ F. Ferrari, 188-189; P. Schlechtriem, P. Butler, 55-57.

²⁷ Ово начело предвиђено је и Бечком конвенцијом у члану 7.1.

²⁸ CISG Advisory Council Opinion No. 13, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html>, пара. 1.6 ; S. Eiselen, „The requirements for the Inclusion of Standard Terms in International Sales Contract“, Potchefstroom Electronic Law Journal, Vol. 15, No. 1, 2011, 8; U. Magnus, „Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG“, ур. С. В. Andersen, U. Schoeter, Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of the Eightieth Birthday, London 2008, 318.

су саставни део општи услови постигнут је споразум о њиховом укључењу²⁹. Тиме су испуњена и очекивања из члана 8. Бечке конвенције³⁰. Није релевантно да ли је упућивање било део понуде, преговора или можда чак претходне праксе уговорних страна уколико је то било довољно да понуђени схвати намеру понудиоца о укључењу општих услова. Штавише, то постаје неспорно од тренутка када странка почне да извршава своју уговорну обавезу³¹.

По мишљењу неких аутора, да би било речи о постизању споразума о укључењу општих услова, није неопходно да они буду садржани у понуди као њен саставни део³². Овај услов се сматра испуњеним ако понуда садржи само клаузулу која упућује на примену општих услова, а не и њихов текст у целини³³. Сматра се да је тиме створено објективно уверење код друге стране да ће у случају прихватања такве понуде, општи услови на које она упућује, постати саставни део уговора. Странци која је погођена општим условима омогућен је разуман приступ општим условима у понуди и она се може упознати с њима у било које време, те пристати или не пристати на њих³⁴. Неки аутори чак наводе да је за постизање споразума довољно да је странка у могућности да се упозна са њиховим садржајем, а да није неопходно да јој је омогућено да их у потпуности разуме јер је у пракси познато да уговорници ни не читају опште услове када приступају уговору који их садржи³⁵.

Сматрамо да само упућивање на опште услове путем клаузуле у понуди може бити довољно за постизање споразума о укључењу истих, али да се морају узети у обзир околности случаја. Свакако да не треба поступати исто када је у питању први уговор које странке међу собом закључују и када је реч о странкама које се налазе у сталном и

²⁹ F. Ferrari, 233; Oberster Gerichtshof Austria, 06.02.1996, http://www.cisg.at/10_51895.htm, 15.01.2014.

³⁰ Redtshbank Breda Netherlands, 27.2.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080227n1.html>, 15.01.2014; Oberlandesgericht Innsbruck Austria, 1.2.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050201a3.html>, 15.01.2014; Tribunal de Commerce Nivelles Belgium, 19.9.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950919b1.html>, 15.01.2014.

³¹ U. Magnus, 318; M. Schmidt-Kessel, „Article 8“, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), ур. I. Schwenzer, треће издање, Oxford University Press, Њујорк 2010, 175.

³² P. Schlechtriem, 200; M. Schmidt-Kessel, 175.

³³ Oberlandesgericht Dusseldorf Germany, 30.1.2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040130g1.html>, 15.01.2014; Oberlandesgericht Zweibrücken Germany, 31.3.1998; <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980331g1.html>, 15.01.2014; Landgericht Coburg Germany, 12.12.2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061212g1.html>, 15.01.2014

³⁴ F. Ferrari, 235.

³⁵ S. Eiselen, The requirements for the Inclusion of Standard Terms in International Sales Contract, 8.

трајном пословном односу и међу собом су закључиле више уговора. Такође, чини се неспорним да странка која није истакла приговор за време преговора или најкасније у тренутку закључења уговора, нема могућност да накнадно истиче да није везана општим условима нити може да се позива на своје незнање о њиховом укључењу. Ово важи тим пре ако су странке већ почеле да извршавају своје престације или у било којој каснијој фази уговора.

Међутим, чини се превише оштрим став да је за постизање споразума довољно странци омогућити да се само упозна са садржином општих услова и још више, позивати се на оно што је, истина, присутно у пракси – странке ретко поклањају велику пажњу општим условима, чак их и не читају. Али, то не би смео да буде став теорије – оправдање за другу страну која није на ваљан начин учинила доступним своје опште услове свакако не може бити скривљено понашање њеног саговорника.

4.2. Начин обавештавања саговорнице о општим условима који јој се намећу – преговори, понуда или пракса?

Опште је прихваћен став у доктрини и судској и арбитражној пракси да је други услов за укључење општих услова стварање могућности уговорници којој се општи услови намећу да буде обавештена о њиховом садржају³⁶. То обавештење може бити учињено на разне начине, зависно од околности конкретног случаја.

Странка може бити обавештена о укључењу општих услова још у току преговора и то усмено, на састанцима, или писмено путем размене писама о уговарању садржине и услова будућег уговора³⁷. Затим, странка може о укључењу бити обавештена у самој понуди³⁸. Велика је дилема у доктрини око начина на који општи услови морају бити укључени у понуду – да ли се они сматрају укљученим ако у понуди постоји само референца (клаузула) која упућује на њихов текст који није саставни део понуде или су они саставни део понуде, написани на полеђини или у посебном документу³⁹.

³⁶ CISG Advisory Council Opinion No.13, пара.2.5; I. Schwenzer/F. Mohs, „Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World“, *Internationales Handelsrecht* Vol.6, 2006, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-mohs.html>, 11.01.2014 241; U. Magnus, 319; Oberlandesgericht Celle Germany, 24.7.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090724g1.html>. 15.01.2104

³⁷ F. Ferrari, 235; U. Schroeter, 283-285.

³⁸ CISG Advisory Council Opinion No.13, пара.2.5.

³⁹ S. Eiselen, 7.

Конечно, општи услови ће се сматрати делом понуде ако су странци познати или јој нису могли остати непознати из претходне праксе уговорних страна⁴⁰. Шта је претходна пракса, колико дуго мора да постоји пословни однос између странака да бисмо могли говорити о пракси и колико интензиван тај однос мора да буде, зависиће од околности сваког конкретног случаја. Тумачење околности конкретног случаја треба се кретати у оквирима постављеним чл. 8.3. Бечке конвенције. Наиме, према том члану, приликом утврђивања намере једне стране или схватања које би имало разумно лице, водиће се рачуна о свим релевантним околностима случаја, укључујући њихове *преговоре, праксу* коју су стране међусобно успоставиле, *обичаје и свако доцније понашање странака*⁴¹. Дакле, уколико се то не може постићи на други начин, намера једне стране да у уговор укључи своје опште услове биће одређена и у односу на праксу коју су странке међу собом установиле.

4.2.1. Обезбеђивање доступности општих услова пословања

Доступност општих услова подразумева, пре свега, могућност странке која ће њима бити обавезана да им приступи и обавести се о њиховом садржају. То се најчешће постиже слањем самог текста општих услова странци којој се намећу⁴². Међутим, опште услове је могуће учинити доступним и на друге начине, нарочито узевши у обзир чињеницу све веће употребе електронске комуникације и све чешће закључење уговора овим путем.

Услов доступности општих услова може бити обезбеђен омогућавањем *приступа интернет страници* на којој су они објављени јер се од сваког разумног привредника очекује да има интернет везу⁴³. Поједини аутори ово становиште ограничавају чињеницом да је доступност општих услова путем интернета могућа

⁴⁰ F. Ferrari, 235; U. Schroeter, 283-285.

⁴¹ Бечка конвенција, чл. 8.3.

⁴² CISG Advisory Council Opinion No.13, пара.3.1.

⁴³ F. Lautenschlager, „Current Problems Regarding the Interpretation of Statements and Party Conduct under the CISG – The Reasonable Third Person, Language Problems and Standard Terms and Conditions“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol.11, No.2, 2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lautenschlager.html>, 12.01.2014; 282; A. Stiegele/R. Halter, „Nochmals: Einbeziehung von Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Rahmen des UN-Kaufrechts – Zuganglichmachung im Internet“, *Internationales Handelsrecht*, Vol.3, 2003, 2; Oberlandesgericht Hamm Germany, 31.3.1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980331g1.html>. 15.01.2014.

једино када странке уговор закључују такође тим путем⁴⁴. Нарочито се истиче да се од саговорника не може захтевати да претражује по интернету и сам проналази опште услове и да је странка које тежи да их у уговору наметне дужна да учини све како би их презентовала понуђеном пре закључења уговора⁴⁵. Такође, постоји опасност да општи услови објављени од стране једне саговорнице на њеној интернет адреси могу једностраном вољом те стране да буду измењени или чак и склоњени са ње одмах по закључењу уговора, што уводи правну несигурност у уговорни однос⁴⁶. Тако, да би се општи услови сматрали ваљано објављеним на интернет страници, мора бити омогућено њихово преузимање и штампање.

Сматрамо да је свакако најбољи начин за чињење доступним општих услова њихово слање понуђеном уз саму понуду. Међутим, објављивање на интернет страници понудиоца не може се експлицитно тумачити као недостатак намере понудиоца да о својим општим условима обавести супротну страну. То нарочито не би било исправно тумачење када је реч о електронској комуникацији између странака. Услови за размену понуда путем интернета одавно су испуњени и распрострањеност електронске комуникације већ дуго је на том нивоу, али ипак, поготово ако у обзир узмемо пословање у Србији, то још није постало обичајно правило и део свакодневице. Стога, само објављивање општих услова на интернет страници, а без претходног договора са саговорником или без претходне развијене праксе достављања општих услова тим путем, не би се сматрало довољним за обавештавање друге уговорне стране о намери укључења општих услова.

4.2.2. Језик општих услова пословања

Језик се често јавља као спорно питање када је реч о укључењу општих услова у међународној продаји. Прво, језик обухвата све

⁴⁴ P. Huber, „Standard Terms under the CISG“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol.13, No.1, 2009, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bib2.html>, 15.01.2014., 133; Schroeter, 284.

⁴⁵ CISG Advisory Council Opinion No.13, пара.3.4; U. Magnus, 323.

⁴⁶ S. Kriusinga, *Incorporation of Standard Terms under the CISG and Electronic Communication*, 76-77, <http://dSPACE.library.uu.nl/handle/1874/241956>; 12.01.2014; Bundesgerichtshof, Germany, 31.10.2001, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>; 15.01.2014; Oberlandesgericht Naumburg Germany, 13.02.2013, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130213g1.html>; 15.01.2014.; Oberlandesgericht Celle Germany, 24.07.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090724g1.html>; 15.01.2014.; Rechtbank Rotterdam, Netherlands 25.02.200, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090225n1.html>. 15.01.2014.

мане и недостатке у погледу *јасности и читљивости* написаних или одштампаних општих услова⁴⁷. Проблем се јавља када су, на пример, општи услови написани на полеђини уговора, затим када нису довољно читки јер су написани превише ситно, итд⁴⁸. Одвојено питање је *језик на коме су написани* – да ли је то језик уговора, преговора, матерњи језик понуђеног или језик за који се основано може очекивати да га понуђени разуме или можда неки од тзв. светских језика⁴⁹. Несумњиво је да се општи услови сматрају ваљано укљученим у уговор уколико су понуђеном достављени на језику на ком је сачињен и сам уговор или, у крајњем случају, на језику на ком су странке водиле преговоре, уколико је језик преговора различит од језика уговора. Не би требало да буде спорна ни ситуација када су општи услови достављени понуђеном на његовом матерњем језику или другом језику за који се основано може очекивати да га друга страна разуме. Проблем настаје код тзв. „светских“ језика где су мишљења о томе да ли у том случају долази до укључења, подељена⁵⁰.

Ако су општи услови написани на неком другом страном језику за који се не може основано очекивати да ће га друга страна разумети, општи услови се не могу сматрати валидно укљученим у уговор⁵¹. Међутим, неки аутори праве различита одступања у прилог укључењу општих услова ако су написана на за понуђеног страном језику, а реч је о дугим пословним односима између странака. Тада, сматрају, може се очекивати да ће сам понуђени ангажовати професионалног преводиоца или да има неког од запослених који говори језиком на коме су општи услови сачињени⁵². Такође, странка

⁴⁷ U. Schroeter, 285, 286; F. Ferrari, 236, 237.

⁴⁸ Oberlandesgericht Hamm Germany, 8.2.1995, <http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUid=1335>; 15.01.2014.; MCC-Marble Ceramic Case, Appellate Federal Court (11th Circuit), USA, 29.6.1998, <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/980629u1.html>. 15.01.2014.

⁴⁹ U. Schroeter, 285, 286; F. Ferrari, 236, 237; L. DiMatteo, „Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG“, The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review, No.3, 2011, 80.

⁵⁰ F. Lautenschlager, 285; . Huber, 134; CISG Advisory Council Opinion No.13, пара. 6.2; Schmidt-Kessel, 177.

⁵¹ Rechtbank van Koophandel Hasselt Netherlands, 02.06.1999, <http://www.unilex.info/article.cfm?pid=1&pos=78&iid=96&cid=27>, 15.01.2014; Oberlandesgericgt Düsseldorf Germany, 21.04.2004; <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040421g3.html>, 15.01.2014; Oberlandesgericht Hamm Germany, 06.12.2005; <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051206g1.html>, 15.01.2014; Landesgericht Memmingen Germany, 13.09.2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000913g1.html>, 15.01.2014; Landesgericht Heilbronn Germany, 15.09.1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970915g1.html>, 15.01.2014; Amtsgericht Kehl, 06.10.1995, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=163>, 15.01.2014.

⁵² I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, Global Sales and Contract Law, Oxford University Press, Њујорк 2012, 169.

не може приговорати укључењу општих услова уколико је постигнут споразум о томе, јер је тиме пристала да буде обавезана тим општим условима у случају закључења уговора⁵³.

Приклањамо се становишту да општи услови могу бити укључени у уговор једино ако је странка којој се намећу у могућности да их разуме. Дакле, они морају бити јасно и читко написани на језику за који се основано може тврдити да га понуђени разуме. У погледу тзв. „светских“ језика, с обзиром да је реч о привредном промету и да се пословање врши на језицима који су у употреби у великом делу света (нпр. енглески језик), можемо заузети став да се за овакве опште услове може сматрати да су ваљано укључени уколико је понудилац из претходне праксе и комуникације са понуђеним основано могао закључити да је овај у могућност да их разуме.

Прихватање става да је могуће укључење на неком другом језику који понудилац не разуме или се не може основано тврдити да га разуме, није у духу да чланом 8. Бечке конвенције. У том случају, понудилац би био обавезан да понуђеном без одлагања достави одговарајући превод или да му обезбеди превођење о свом трошку. Могућност ангажовања професионалног преводиоца или очекивање да ће неки од понудиочевих запослених бити у стању да преведе опште услове, не може надоместити недостатак њиховог превода, осим ако су се странке изричито споразумеле о таквом поступању.

Једина препрека коју понуђени може самом себи да створи, и услед чега ће бити обавезан општим условима на страном језику, и уопште, општим условима које није разумео, јесте његова изричита сагласност да на њих пристаје и пропуст да благовремено приговори понудиоцу на ту чињеницу.

5. „Изнанађујући“ општи услови пословања – да ли се услови за укључење сматрају испуњеним?

У правној теорији под термином „иззнанађујући“ општи услови пословања сматрају се општи услови који садрже једну или више

⁵³ CISG Advisory Council Opinion No.13, пара. 6.2; S. Eiselen, 10; Camera Nacional de Apelaciones en lo Comercial Buenos Aires, Argentina, 14.10.1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931014a1.html>, 16.01.2014; Rechtbank Arnhem Netherlands, 11.02.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090211n1.html>, 16.01.2014; Oberlandesgericht Innsbruck Austria, 01.02.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050201a3.html>, 16.01.2014; Netherlands Arbitration Institute, 10.02.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html>, 16.01.2014.

одредаба које понуђени *није очекивао или основано није могао очекивати*, а који су „изненађујући“ *по свом језику, садржају или презентацији*. Питање „изненађујућих“ услова није експлицитно регулисаном Бечком конвенцијом, али многи аутори сматрају да одредбе о њима произлазе из правила о тумачењу намере уговорних страна⁵⁴. Треба истаћи да нису у мањини ни аутори који сматрају да је питање „изненађујућих“ услова питање *валидности, а не тумачења уговора*, а с обзиром да су питања валидности уговора искључена из Бечке конвенције применом члана 4, сматрају да се ово питање треба решавати по националном праву⁵⁵.

Према тумачењима Бечке конвенције, да би се нека одредба из општих услова сматрала за „изненађујућу“, неопходно је да је она таква за понуђеног у погледу свог језика, садржине или презентације и да, иако је понуђени пристао на опште услове као такве, он није пристао да буде обавезан конкретном одредбом. Све док се он експлицитно не сагласи са сваком појединачном одредбом општих услова, може се позивати на чињеницу да је она за њега „изненађујућа“ и тиме одбити њену примену. Дакле, поред објективне карактеристике коју поједина одредба мора да поседује да би се сматрала изненађујућом, неопходан је и субјективни елемент – *пристанак* понуђеног на конкретну одредбу⁵⁶.

Уколико би се ипак прихватило становиште да питање „изненађујућих“ услова треба решавати према националном праву, наш Закон о облигационим односима садржи одговарајућу одредбу у члану 143. Наиме, дата одредба у ставу 1. прописује санкцију ништавости за одредбе општих услова које су противне *самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима*, чак и ако су општи услови који их садрже одобрени од стране надлежног органа⁵⁷. Затим, у ставу . прописује да *суд може одбити примену појединих*

⁵⁴ R. Koch, „Surprising Terms in Standard Contracts Under the CISG“, International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution: Festschrift for Liber Amicorum Eric Bergsten on the Occasion of his Eighteenth Birthday, Kluwer Law International, Xar 2011, 611; S. Volgenauer/J. Kleinheisterkamp, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Oxford University Press, Њујорк 318.

⁵⁵ Питање „изненађујућих“ општих услова експлицитно је регулисаном једним другим међународним инструментом - UNIDROIT принципима који су у мају 1994. донети од стране Управљачког савета UNIDROIT-а (Комисије за међународно трговинско право) који је препоручио најширу примену ових принципа у пракси. Последња верзија ових принципа изашла је 2004. године. Вид. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>. 12.01.2014.

⁵⁶ U. Schroeter, 225, 226; Schmidt-Kessel, 178, 179.

⁵⁷ ЗОО, чл. 143.1.

одредаба општинх услова које лишавају другу страну права да *стави приговоре*, или оних на основу којих она *губи права из уговора или губи рокове*, или које су иначе *неправичне или претерано строге* према њој⁵⁸. Као што видимо, регулатива коју даје ЗОО је много детаљнија од општинх принципа које поставља Бечка конвенција и чија ће интерпретација бити различита у сваком конкретном случају. Дакле, ЗОО не само што предвиђа санкцију ништавости за поједине одредбе општинх услова, већ и даје могућност суду да накнадно одбије примену појединих одредаба општинх услова.

Сматрамо да је значај правила о могућности накнадно санкционисања појединих „изненађујућих“ одредби општинх услова пре свега у томе да заштити странку, која је пристала на опште услове у целини, од примене поједине њихове одредбе која би је могла довести у неповољнији положај. Наиме, може се догодити да се неповољни ефекти поједине одредбе општинх услова појаве тек накнадно и да странка која је на њих пристала није могла те ефекте предвидети у тренутку закључења уговора, те би било неправично ускратити јој накнадну заштиту. Закон о облигационим односима иде још даље и проглашава аутоматску санкцију за поједине одредбе које се крше са фундаменталним начелима облигационог права – *ништавост* која наступа по самом закону. Поред тога, предвиђа и могућност накнадне судске суспензије поједине одредбе ради заштите странке којој је она наметнута.

Ипак, одредбе о санкционисању „изненађујућих“ одредби не смеју своју сврху изгубити давањем могућности погођеној странки, која је услед своје немарности и непажње пристала на опште услове (непажљивим читањем или нечитањем истих), да избегне примену истих. Стога треба бити веома пажљив при процени ситуација у којима ће се дозволити отклањање дејства појединих „изненађујућих“ одредби општинх услова.

6. Закључак

Дакле, два главна услова за укључење општинх услова јесу, према тумачењима Бечке конвенције, споразум странака о укључењу и могућност погођене странке да буде обавештена о намери саговорника да своје опште услове постави као саставни део њиховог будућег уговора.

⁵⁸ ЗОО, 143.2.

Када говоримо о обавештавању друге стране, наилазимо на препреке диктиране, углавном, технолошким развојем и језиком на коме су општи услови презентовани. Наиме, све већа употреба електронске комуникације и закључење уговора путем интернета сасвим је довољна да отвори питање валидности укључења општих услова објављених, тј. учињених доступним супротној страни тим путем. Затим, питање „изненађујућих“ одредаба у општим условима не само што је занимљиво за правну анализу, већ је у теорији и пракси у великој мери представљено као могућност накнадне заштите уговорне стране којој су наметнути општи услови и која је на њих пристала, а уочи неке неправилности у њиховом садржају у току примене.

Перспектива детаљније регулације укључења општих услова на националном и међународном нивоу свакако је велика, а до тада ће ово питање бити тумачено у оквирима које нам дају одредбе Бечка конвенција. Надамо се да ће то задовољити њихову прилично распрострањену употребу у уговорима о међународној продаји робе.

Marija Včić

PhD student, Faculty of Law, University of Belgrade

INCORPORATION OF STANDARD TERMS AND CONDITIONS IN THE CONTRACTS ON INTERNATIONAL SALE GOODS

Summary

The issue of incorporation of standard terms and conditions in international sales transactions is very significant in legal practice, as evidenced by the large number of judicial and arbitral decisions. The huge problem is insufficient legislation in this field, as well as on national and international level. The regulation of the incorporation of the standard terms in the contract is usually ignored and interpreted under the offer and contract interpretation provisions.

Vienna Convention on the International Sale of Goods, one of the widely recognized legal sources in international sales, although does not provide for explicit rules as well, is suitable for extensive interpretation of its provisions. The extensive interpretation of the Convention provisions is the legal basis for theoretical analysis of this issue and, perhaps it would be used as general guideline for the legislator regarding the question of inclusion of standard terms.

Key words: standard terms and conditions, international sale of goods, Vienna Convention, offer, interpretation of the contract.

СУДИЈСКА ЕТИКА – СРПСКИ, ЕВРОПСКИ И МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ

Апстракт

Професионална етика значајна је са аспекта сваке професије. Анализа правних извора професионалног етичког понашања показује да етички кодекс, као извор (радног) права и облик soft law регулативе, добија све више на значају. Поред историјског и традиционалног аутономног регулисања етичког понашања у одређеној професији, несумњив је значај етичког кодекса и као инструмента у процесу хармонизације националног права са европским и универзалним (радним) стандардима, захваљујући флексибилности, односно прилагодљивост његових норми савременим и брзим друштвеним и правним токовима.

Једна од најзначајнијих професија за друштвени и правни поредак једне земље је судијска. Тема овог рада је судијска етика. У раду ће се разматрати правни и етички аспекти релевантне домаће законске и аутономне регулативе и њихова усаглашеност са универзалним и европским кодексима и етичким стандардима, уз осврт на историјске корене судијске етике. Овај рад треба да покаже временски и просторни значај кодекса судијске етике кроз историју и у савременим условима, на нивоу наше државе, Европе и целог света, али и да укаже на нарочит значај судијске етике.

Кључне речи: судијска етика, професионална етика, етички кодекс, етички стандарди, радно право, аутономно право

¹ Судија Прекршајног суда у Београду; Докторант Правног факултета у Београду; e-mail: sremcevsanja@yahoo.com

1. Увод

Професионална етика значајна је са аспекта сваке професије и у том смислу етика представља суштински неодвојиви део професионалног понашања запослених и послодаваца, државних службеника, функционера, слободних професија и лиценцих занимања.

Анализирајући правне изворе етичког професионалног понашања, закључује се да етички кодекс, као извор (радног) права и облик *soft law* регулативе, добија све више на значају. За разлику од закона, који садржи трајније норме и за чије доношење и измене је предвиђена сложена законска процедура, етички кодекс карактерише флексибилност, односно прилагодљивост његових норми савременим и брзим друштвеним и правним токовима, које закон с обзиром на своју правну природу не може да прати. Захваљујући овим особинама, кодекс професионалног понашања данас има несумњив значај и као инструмент у процесу хармонизације националног права са европским стандардима. Међутим, не треба заборавити да је аутономна регулатива професионалног понашања позната још од давнина. Тако, на пример, *Хипократову заклетву*, која је настала око 4. века пре нове ере, лекари полажу и данас и она представља традиционални начин увођења лекара у праксу и обавезује их на етично обављање своје професије. Узимајући у обзир савремени, али и историјски и традиционални значај етичког кодекса, долазимо до закључка да осетљивим питањима професионалне етике и треба да буде место у једном „меком“ извору права. На тај начин се „меко“ право јавља као максимум морала на раду².

У односу на функцију и радни однос у државним органима, специфичност се огледа у посебној регулативи, као и у друштвеном и јавном значају. Једна од најзначајнијих професија за друштвени и правни поредак једне земље је судијска. *Judex est viva vox legis*.

Како је тема овог рада судијска етика, у њему ће се разматрати правни и етички аспекти релевантне домаће законске и аутономне регулативе и њихова усаглашеност са универзалним и европским кодексима и стандардима, уз осврт на историјске корене судијске етике.

² Б. Лубарда, „Кодекс професионалног и етичког понашања као извор (радног) права“, Право и привреда, 5-8/2009, 649-661.

2. Историјски осврт на настанак и развој судијске етике

Реч етика потиче од старогрчке речи *ethos* која је најпре означавала станиште, затим карактер, па обичаје. Потом од ове речи настаје реч *ethike* са значењем понашања, а Аристотел је први употребио синтагму *ethike theoria* која описује знање о начину понашања³. Овим путем долазимо до данашње речи етика као дела филозофије који проучава моралне вредности, порекло и начела моралности.

Историјске почетке европској цивилизацији и европским етичким системима донеле су хеленска етика, у којој настаје апстрактна мисао о етици и хеленска филозофија уопште, па се оне могу сматрати учитељицом наше духовне културе⁴.

Ако се осврнемо кроз историју и погледамо ко су биле прве судије, видимо да су то били најпре сами владари и лица која су они постављали. Ово је разумљиво имајући у виду да у старом веку није постојала подела власти, већ је власт, осим у Атини, била јединствена. Још од настанка првих држава функцију суђења обављали су најугледнији људи који су припадали највишој класи, што је било у складу са робовласничким карактером држава старог века. Ови људи су морали имати одређене моралне квалитете који су требали да обезбеде непристрасност суђења. Да је праведност и правичност морални идеал ком се тежи од најстаријих времена показује нам и Сократ у својој одбрани речима да су судије које су му изрекле смртну казну на град навукле срамоту. Он овим својим речима опомиње судије да је неправедна пресуда не само срамотна, већ и сама по себи злочин, с обзиром на то да је донета од стране оних који су позвани да деле правду. Неправедне судске одлуке од давнина су изазивале гнев грађана. Тако је једна од најгледанијих атинских комедија Аристофанове „Осе“ у којој Мрзиклеон настоји да покаже како су судије само играчке у рукама спретних демагога, а врхунац љуте пародије на тадашње атинско судство представља процес против пса који је украо комад сира⁵.

У српском средњовековном праву судије је постављао владар, а принцип законитости прокламован је Душановим закоником из 1349. године, тако што су судије биле дужне да суде по закону, а не у страху од владара. Као што можемо видети, српско средњовековно

³ Р.-П. Дроа, Етика објашњена свима, Београд 2011, 15.

⁴ М. Н. Ђурић, Историја хеленске етике, Београд 1997, 2.

⁵ И. М. Тронски, Повијест античке књижевности, Загреб 1951, 194.

законодавство указује на веома рано обликовану свест да је суђење идеал коме морају тежити сви, па чак и они који имају неограничену власт владара. Међутим, постављање судија од стране владара није било карактеристично само за српску средњовековну државу, већ за све европске земље до краја 18. века, односно до француске буржоаске револуције. Иако ограничење власти владара уведе још и *Magna carta libertatum* из 1215. и *Habeas corpus act* из 1679. године, једна од најзначајнијих тековина ове, за историју човечанства најзначајније, револуције је гаранција независности суда. Тек са афирмацијом система поделе власти и његовим уграђивањем у правне системе модерних држава, судијама је припала улога непристрасних делилаца правде. Аристотелова максима „Ићи судији значи ићи правди“ у пуном свом смислу одсликава улогу коју судија треба да има, као и очекивања грађана од суда.

Са развојем грађанског друштва развија се и јача свест грађана у погледу грађанских права и слобода, као и потребе њихове сигурне и ефикасне заштите. У том циљу је било потребно оформити такав механизам судске власти на коју извршна власт није могла да утиче или би тај утицај био сведен на минимум. Тако се дошло до закључка да је идеал правичног суђења могуће остварити ако се на судијску функцију бирају они који су стручни, морални, праведни и правични, јер *Justitia regnorum fundamentum*.

3. Универзални и европски кодекси судијске етике

Ако погледамо правну и *soft law* регулативу судијске етике универзалног дејства, Основни принципи о независности судства⁶ представља први међународни документ који садржи начела⁷ упућена државама чланицама у циљу обезбеђивања независног судства и једнаког права на правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом, што је предвиђено и Универзалном декларацијом о људским правима из 1948. године. Иако се начела садржана у овом документу не могу сматрати етичким стандардима поступања судија, јер су уопштена и њихови адресати су државе, његов значај је у томе што је он поставио темељ Бангалорским принципима судијског понашања из 2002. године⁸ који представља

⁶ Basic principles on the independence of the judiciary. Усвојени резолуцијама Генералне скупштине Уједињених нација бр. 40/32 и 40/146 из 1985. године.

⁷ Независност судства; слобода изражавања и удруживања; квалификације; избор и обука; услови службе и мандат; професионална тајна и имунитет; дисциплина; суспензија и удаљење са функције.

⁸ The Bangalore principles of judicial conduct. Усвојени резолуцијом Економског и Социјалног савета Уједињених нација бр. 2006/23.

први фактички кодекс судијске етике. Начела садржана у њему⁹ упућена су судијама и као такав овај документ представља упутство и оквир за успостављање стандарда етичког поступања судија.

Један од најважнијих докумената који садржи стандарде етичког поступања судија на нивоу Савета Европе је Препорука 12 Комитета министара државама чланицама о судијама: независност, ефикасност и одговорност из 2010. године¹⁰ која својим начелима¹¹ настоји да обезбеди примену члана 6. Европске конвенције о људским правима који гарантује право на правично суђење. Ова препорука предвиђа да кршење судијске етике може представљати дисциплинску одговорност, као и да етички стандарди судијског поступања треба да буду садржани у националним етичким кодексима. Оваква решења део су нашег правног система још од 1998. године. Те године је Друштво судија Србије, нешто више од годину дана након оснивања, усвојило први Кодекс судијске етике, који је садржао начела судијске етике и који су чланови Друштва прихватили као стандарде свог рада и професионалног понашања. Године 2003. Друштво судија је усвојило Стандарде судијске етике, који су за основу узели принципе садржане у поменутом кодексу, као ванвременска етичка начела. Стандарди су истовремено усклађени са међународним етичким начелима садржаним у Бангалорским принципима, што је представљало значајан корак у општој тенденцији усклађивања домаћих прописа са међународним стандардима. Овај кодекс је прокламовао начела независности, праведности, професионализма, слободе, храбрости, доличности, неподмитљивости, посвећености, аполитичности, оданости кодексу, непристрасности и интегритета. Како је наведено у самом уводном тексту, идеја је била да Стандарди судијске етике постану етички императив свих судија, јер судије треба да буду најквалитетнији слој друштва, са јаким стручним, људским и моралним квалитетима, правични и правдољубиви. Касније, од 2008. године, у тадашњем Закону о судијама предвиђена је обавеза судија да се придржавају етичког кодекса.

Наведеном Препоруком 12 Комитета министара предвиђено је и да би судије требале да траже савете о етици од посебних

⁹ Независност; непристрасност; интегритет; имовина; једнакост; стручност; надлежност и марљивост.

¹⁰ Recommendation CM/Rec (2010) 12 of the Committee of ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities. Усвојена од стране Комитета министара 17. новембра 2010. године.

¹¹ Спољашња и унутрашња независност судства; савети за правосуђе; независност, ефикасност и ресурси; статус судије; обавезе и одговорности; судијска етика.

правосудних тела. Међутим, поставља се питање да ли би постојање оваквог тела било уставно, законски и етички оправдано, ко би био стручно и морално подобан да чини овакво тело, а ко да бира његове чланове и да ли би овакво решење могло представљати кршење фундаменталних принципа судијске независности и интегритета. Даље би се могло поставити питање да ли етично поступање судије превасходно треба да буде последица прописа и норми, које по правилу садржане у етичким кодексима нису снабдевене санкцијом, а када јесу она најчешће представља само дисциплинску одговорност или етика и етичност суштински произилазе из саме личности судије и моралних вредности које су део и посебног друштвеног система. Ако је морал не само универзална категорија, већ и резултат садејства разних друштвених и обичајних норми, које се разликују од друштва до друштва, онда бисмо се могли запитати и да ли се питање етике и етичности може решавати на глобалном нивоу и каквог је димензија такво решење. Како се судијска етика налази у специфичном међупростору између поступања у складу са законом и личног морала судије, поставља се питање где се налази тај међупростор у појединим правним системима. У сваком случају, у иностраној литератури се истиче да се значај изучавања професионалне етике и одговорности огледа не само у учењу да се размишља као судија, већ и у учењу способности анализе етичких питања¹².

Консултативно веће европских судија Савета Европе усвојило је Велику повељу о судијама 2010. године која гарантује владавину права и правде, независност судства и судија, приступ правди и транспарентност, етику и одговорност, а предвиђено је да се ова начела примењују на судије свих европских и међународних судова¹³.

Европски суд за људска права донео је 2008. године Резолуцију о судијској етици која садржи начела која се односе на сталне, бивше и *ad hoc* судије, као и остале запослене у овом суду¹⁴. Заснована на принципима из члана 21. Европске конвенције о људским правима¹⁵ идеја је да ова резолуција обезбеди већу транспарентност и ојача поверење јавности у рад овог суда.

¹² J. M. Levy, „The Judge’s Role in the Enforcement of Ethics – Fear and Learning in the Profession“, Santa Clara Law Review 22 1/1982, 99.

¹³ Magna carta of judges 2010, Council of Europe.

¹⁴ Resolution on judicial ethics, European Court of Human Rights, 2008. Независност; непристрасност; интегритет; марљивост и стручност; слобода одлучивања; слобода изражавања; додатне активности; услуге и предности; ордење и почести.

¹⁵ Судије морају бити квалификоване, високог моралног угледа и признати правни стручњаци; током свог мандата не могу се бавити пословима који су неспојиви са њиховом непристрасношћу, независношћу или захтевима службе.

У Генералном извештају Савета Европе Програма сарадње за јачање владавине права из 2003. године¹⁶ став Савета Европе је да, за разлику од других професија, где примену етичких кодекса надзиру професионална тела која за случај повреде изричу дисциплинске санкције, дисциплинска одговорност судија треба да буде установљена законом и *case law*-ом. Државе чланице су у овом извештају позване да донесу етички кодекс поступања јавних тужилаца и етички кодекс судија, а предвиђено је и оснивање институције етичког одбора. У нашем праву институција етичког одбора, под тим називом, предвиђена је у другим професијама, док је кршење судијског етичког кодекса у већој мери, Законом о судијама¹⁷ санкционисано као дисциплински прекршај, а поступак се води пред Дисциплинском комисијом коју именује Високи савет судства. У овом извештају је наглашено и да је неопходно да етика буде саставни део обуке судија. Овакво решење би свакако било добро, али остаје спорно као осетљиво питање танке границе између нормиране етике и личног морала судије. Стога се намеће закључак да би етичка обука судија требала да буде првенствено усмерена на ширење свести и видика судије као појединца, који треба да буде свестрана личност која се стално образује и усавршава читањем, не само правничке, већ и филозофске, психолошке, историјске, религијске и социолошке литературе. Потреба за оваквим образовањем судије произилази из суштине и природе судијске функције, која захтева јаке и широке стручне, али и високе људске и моралне квалитете. Један од најважнијих аспеката судијских семинара је упознавање са етичким дилемама од стране старијих и искуснијих судија¹⁸.

У оквиру Европске Уније Извештај о судијској етици 2009-2010¹⁹, објављен од стране Европске мреже савета за правосуђе (*European network of councils for the judiciary*), предвиђа такође низ етичких начела, као и личне квалитете које судија треба да поседује²⁰.

¹⁶ General report of Council of Europe's co-operation programme to strengthen the rule of law.

¹⁷ Службени гласник РС, бр. 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - одлука УС, 121/2012, 124/2012 - одлука УС, 101/2013, 111/2014 - одлука УС и 117/2014.

¹⁸ H. T. Markey, „A Need for Continuing Education in Judicial Ethics“, Valparaiso University Law Review 28 2/1994.

¹⁹ Judicial ethics report 2009-2010, European Network of Councils for the Judiciary.

²⁰ Независност, интегритет, непристрасност, резерва и слобода одлучивања, марљивост, поштовање и способност за слушање, једнак третман, стручност и транспарентност заједничке су вредности које су суштинске за вршење судијске функције (I део). Судија демонстрира личне квалитете, као што су мудрост, оданост, осећај хуманости, храброст, озбиљност и опрезност, способност да ради, слуша и комуницира ефективно. Судија је свестан да његово професионално понашање, приватан живот и понашање у друштву утиче на слику о правосуђу и поверење јавности (II део).

Може се приметити да судијска независност, као један од најважнијих законских и етичких принципа судства, заузима обавезно место у свим напред наведеним документима и као таква предуслов је за законито остваривање права и слобода грађана, али и слободно вршење судијске функције. Европски суд за људска права је у једном предмету заузео становиште да је избор судија на одређено време гаранција независности²¹. Међутим, ова теза би се могла разматрати и у другом правцу. Наиме, избор судија на одређено време могао би представљати директно кршење принципа сталности судија, чија је сврха да судији пружи и обезбеди сигурност и слободу у вршењу судијске функције, а што га управо чини независним у односу на спољне утицаје и притиске. Насупрот томе, механизам контроле законитости и савесности рада судија у виду прописивања законских разлога и основа за престанак функције, историјски и традиционално посматрано, сматра се оправданим решењем, које уједно пружа и виши степен правне сигурности.

У литератури се поставља занимљиво питање – да ли правосуђе на националном и интернационалном нивоу тежи глобализацији кроз међународне стандарде, а што се може рећи и за сам етички кодекс, било на националном, било на наднационалном нивоу²². Са друге стране, неки аутори наводе и да је могуће да у појединим областима има превише регулативе у области судијског поступања, што резултира непотребним смањењем личне слободе²³.

Summa summarum, сва описана етичка начела – независност, непристрасност, интегритет, стручност и посвећеност, право на удруживање, дужност чувања пословне тајне, етика и одговорност треба да служе једном циљу – законитом, етичном, правичном и праведном вршењу судијске функције.

4. Етички кодекс судија и Закон о судијама Србије

Може се приметити да су описани универзални и европски етички стандарди судијског поступања увелико део нашег правног система. Етичко поступање судија императив је нашег законодавца, а његов пуни смисао остварује се кроз судијски етички кодекс.

²¹ *Le Compte v. Belgium* из 1981. године.

²² J. P. Terhechte, „Judicial Ethics for a Global Judiciary – How Judicial Networks Create their own Codes of Conduct“, *German Law Journal* 10/2009, 501-502.

²³ S. Lubet, „Judicial Discipline and Judicial Independence“, *Law and contemporary problems* 61 3/1998, 62.

У погледу домаћег законодавства, о избору судија који се први пут бирају на функцију одлучује Народна скупштина, на предлог Високог савета судства. Судије на сталну функцију бира Високи савет судства, који одлучује и о престанку судијске функције. Права из радног односа судије остварују у складу са Законом о судијама и прописима који уређују права из радног односа изабраних лица. За судију може бити изабран држављанин Републике Србије који испуњава опште услове за рад у државним органима, који је завршио правни факултет, положио правосудни испит и који је стручан, оспособљен и достојан судијске функције. После положеног правосудног испита потребно је радно искуство у правној струци. Остали услови за избор судије су стручност која подразумева поседовање теоријског и практичног знања потребног за обављање судијске функције, оспособљеност која обухвата вештине које омогућавају ефикасну примену специфичних правничких знања у решавању судских предмета и достојност која подразумева моралне особине које судија треба да поседује и понашање у складу са тим особинама. Ове особине су: поштење, савесност, правичност, достојанственост, истрајност и узорност. Понашање у складу са овим особинама подразумева чување угледа судије и суда у служби и изван ње, свест о друштвеној одговорности, одржавање независности и непристрасности, поузданости и достојанства у служби и изван ње и преузимање одговорности за унутрашњу организацију и позитивну слику о судству у јавности. Критеријуме и мерила за оцену стручности, оспособљености и достојности прописује Високи савет судства, у складу са законом. Пре ступања на функцију, судија полаже заклетву пред председником Народне скупштине која гласи: “Заклињем се својом чашћу да ћу своју функцију вршити верно Уставу и закону, по најбољем знању и умећу и служити само истини и правди.”

Законом о судијама установљена је обавеза судија да се у свакој прилици придржавају Етичког кодекса који доноси Високи савет судства. Етичким кодексом прокламовани су принципи којих судије треба да се придржавају у циљу очувања и унапређења угледа судија и судства – независност, непристрасност, стручност и одговорност, достојанственост, посвећеност, слобода удруживања и оданост принципима Етичког кодекса. Сходно етичким и законским начелима судијског поступања, судија је независан и слободан у вршењу судијске функције и у поступању и доношењу одлука потчињен је само уставу и закону. Независност судије успостављена је у односу на законодавну и извршну власт, медије, политичке партије и друге друштвене институције, друге судије и странке у поступку у ком суди. У свему о чему одлучује судија слободно утврђује чињенице

и примењује право и није дужан да икоме објашњава утврђено чињенично стање и своја правна схватања, осим у образложењу одлуке или кад је то законом посебно прописано – *Judex secundum allegata et probata judicare debet*. У страниј литератури се указује на етичку дилему судије да у одређеним случајевима пресуди по праву или по правичности²⁴. Било какви спољни утицаји и притисци на судију, као и било какво мешање од стране било кога, забрањени су. Судија промовише високе стандарде судијског понашања и придржава их се, а својим понашањем у суду и ван суда доприноси одржавању и јачању поверења јавности у независност и непристрасност судија и суда. У овом циљу законом су прописане службе, послови и поступци неспојиви са дужношћу судије. Забрањено је судији да учествује на јавним расправама политичке природе, осим ако се оне односе на питања која се тичу рада судова и независности судства. Судија не може бити на функцијама у другим државним органима, јавним службама, покрајинским и органима локалне самоуправе. Он не може бити члан политичке странке, нити политички деловати на други начин, бавити се било којим јавним или приватним плаћеним послом, нити пружати правне услуге или савете уз накнаду. Међутим, судија може бити члан органа управљања институције надлежне за обуку у правосуђу, на основу одлуке Високог савета судства. Са судијском функцијом неспојиве су и друге службе, послови и поступци који су опречни достојанству и независности судије или штете угледу суда, а Високи савет судства на основу Етичког кодекса одлучује који су то послови и поступци. Законом је утврђена и материјална независност судија, тако што судија има право на плату у складу са достојанством судијске функције и његовом одговорношћу. Плата судије гаранција је његове независности и сигурности његове породице.

Реализацији и заштити начела независности, забране спољних утицаја и притисака на судију, као и забрани сукоба интереса и неспојивости служби, послова и поступака са судијском функцијом, требало би да допринесе и Закон о Агенцији за борбу против

²⁴ A. Kozinski, „The Real Issues of Judicial Ethics“, Hofstra Law Review 32 4/2004, 1101.

корупције²⁵. У страној литератури се указује на то да судијска етика обухвата у себи читав низ области, почев од корупције и сукоба интереса, до личног достојанства²⁶.

Законом о судијама утврђен је принцип сталности судијске функције тако што функција траје непрекидно од првог избора за судију до навршења радног века, а може престати под условима предвиђеним овим законом. Изузетно, судија се бира на три године када се први пут бира на функцију.

Суштински неодвојиви део судијске функције је непристрасност, па је у том циљу Уставом Републике Србије²⁷ предвиђено да нико не може вршити државну или јавну функцију која је у сукобу са његовим другим функцијама, пословима или приватним интересима. Судија је дужан да непристрасно, дакле објективно, без наклоности, предубеђења и предрасуда према странама у поступку, заснованих на било каквим личним својствима, у складу са сопственом проценом чињеница и тумачењем права, води поступак по својој савести. Судија је дужан да обезбеди правично суђење, суђење у разумном року и поштовање процесних права странака гарантованих уставом, законом и међународним актима. Уколико у неком поступку постоје разлози који доводе у сумњу непристрасност судије, он је дужан да се уздржи од суђења у том поступку. Прописана је обавеза судије да се уздржи од давања изјава или коментара у јавности због којих би се у предметима у којима поступа могао створити утисак пристрасности и нарушити правичност суђења, као и од давања било каквих обавештења или коментара у медијима о конкретним предметима који би могли да утичу на исход поступка. Судија може да учествује у грађанским, добротворним и верским активностима, под условом да се те активности не одражавају негативно на обављање судијске функције. Ван суда судија је обавезан да у својим личним односима са припадницима правне професије избегава ситуације које би оправдано могле да изазову сумњу у његову непристрасност.

²⁵ Сл. гласник РС, 97/2008, 53/2010, 66/2011 - одлука УС, 67/2013 - одлука УС, 112/2013 - аутентично тумачење и 8/2015 - одлука УС. Агенција за борбу против корупције је надлежна да покреће и води поступак и изриче мере против функционера – изабраних, постављених или именованих лица, односно оних које бира Народна скупштина, због повреде закона у погледу сукоба интереса, пријављивања имовине и друго. Овим законом је прописано да функционер може да врши само једну јавну функцију, као и забрана примања поклона у вези са вршењем јавне функције. Функционери су дужни да приликом ступања на функцију поднесу извештај о имовини и приходима, као и да поднесу ванредни извештај у прописаном року уколико је дошло до битних промена у односу на претходни извештај.

²⁶ G. Edwards, „Commentary on Judicial Ethics“, *Fordham Law Review* 38 2/1969, 259.

²⁷ Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006.

Судија треба да поседује теоријско и практично знање и вештине потребне за одговорно, стручно и ефикасно вршење судијске функције. Предвиђена је и обавеза усавршавања кроз програм обуке. Судија је дужан да поштује рокове у поступку, као и правила о решавању хитних предмета. Дужност је судије да одржава ред у поступку пред судом и да се према странкама, адвокатима, другим учесницима у поступку и судским особљем опходи пристojно, обзирно и са поштовањем. Судија је дужан да развија и одржава добре колегијалне односе и стручну сарадњу са другим судијама. Поверљиве информације које је сазнао у току поступка судија не сме да користи или саопштава другим лицима, осим у сврхе обављања судијске функције.

У вршењу судијске функције и у поступцима ван суда судија је обавезан да развија стандарде понашања који доприносе очувању угледа и достојанства суда и судија. Положај судијске функције не сме да се користи ради остваривања личних интереса, интереса чланова породице или других лица, нити сме да се дозволи другим лицима да оставе утисак да се било ко налази у таквом посебном положају да може да утиче на рад судије. Судија и чланови његове породице неће тражити нити примати било какве поклоне или користи везане за поступање или пропуштање у обављању судијске функције, нити ће судија дозволити да то учини неко од судског особља. Кодексом је предвиђена и обавеза прикладног одевања, тако да се чува углед суда и лично достојанство. Судије током суђења на расправама, претресима и јавним седницама треба да носе службену одећу (тогу), међутим ово решење нажалост још увек није заживело у пракси. Вансудске активности не смеју ометати редовно и уредно обављање судијске функције. Судија се може бавити писањем, предавањем и учешћем у јавним расправама које се односе на право, правни систем и функционисање судства; може бити члан у владиним радним телима; учествовати у научном, литерарном и уметничком раду и слично, уколико то не утиче на обављање судијске функције. Судија може ван радног времена да се без посебног одобрења бави наставном и научном делатношћу уз накнаду. У случајевима одређеним законом судија може у току радног времена да обавља наставну и научну делатност у институцији надлежној за обуку у правосуђу. Он може примати накнаду за вансудијске активности, уколико таква накнада не оставља утисак вршења утицаја на судију у обављању судијске функције, с тим да висина накнаде не сме прећи износ који би друго лице које није судија примило за сличне активности.

Ради заштите својих интереса и очувања своје самосталности

и независности судије имају право да се удружују. Судије могу бити чланови и учествовати у раду струковног удружења или других организација које ће заступати њихове интересе и штитити независност и положај судијске функције.

Кршење описаних одредаба Етичког кодекса у већој мери представља дисциплински прекршај.

Како се законом штити имунитет судије, он не може бити позван на одговорност за изражено мишљење или гласање приликом доношења судске одлуке, осим ако се ради о кривичном делу кршења закона од стране судије. Исто тако, судија не може бити лишен слободе у поступку покренутом због кривичног дела учињеног у обављању судијске функције без одобрења Високог савета судства.

Етичко поступање судије налаже се и законским одредбама о поверавању предмета независно од личности странака и околности правне ствари, у складу са Судским пословником, према редоследу унапред утврђеним за сваку календарску годину, искључиво на основу ознаке и броја предмета. Од редоследа пријема предмета може се одступити само због оправдане спречености судије, у складу са Судским пословником.

Како закон штити и права судије, ако овим законом није предвиђен посебан поступак заштите, судија може Високом савету судства изјавити притужбу ако му је повређено неко право.

У погледу престанка судијске функције, она престаје на захтев судије, кад судија наврши радни век, кад трајно изгуби радну способност за обављање судијске функције, кад не буде изабран на сталну функцију или кад буде разрешен. Против одлуке о престанку судијске функције, коју доноси Високи савет судства, судија може изјавити приговор Високом савету судства. Судија се разрешава кад је осуђен за кривично дело на безусловну казну затвора од најмање шест месеци или за кажњиво дело које га чини недостојним судијске функције, кад нестручно врши функцију или због учињеног тешког дисциплинског прекршаја. Нестручним се сматра недовољно успешно вршење судијске функције, односно ако судија добије оцену „не задовољава.“ Иницијативу за разрешење судије може поднети свако лице. Поступак за разрешење покреће се предлогом председника суда, председника непосредно вишег суда, председника Врховног касационог суда, органа надлежних за вредновање рада судије и Дисциплинске комисије и на иницијативу Високог савета судства по службеној дужности. Високи савет судства утврђује

разлоге за разрешење, утврђује чињенице и одлучује у поступку затвореном за јавност. Против правноснажне одлуке Високог савета судства о престанку функције судија има право жалбе Уставном суду.

Дефинишући дисциплинске прекршаје, Закон о судијама наводи и кршење одредаба Етичког кодекса у већој мери. Дисциплински прекршај представља несавесно вршење судијске функције или понашање судије недостојно судијске функције. Сразмерно тежини учињеног дисциплинског прекршаја изриче се дисциплинска санкција која може бити јавна опомена, умањење плате до 50% до једне године и забрана напредовања у трајању до три године. Јавна опомена може бити изречена само када се први пут утврди одговорност судије за дисциплински прекршај. Када утврди одговорност судије за тежак дисциплински прекршај, Дисциплинска комисија покрене поступак за разрешење судије. Дисциплински поступак води Дисциплинска комисија на предлог Дисциплинског тужиоца, које органе именује Високи савет судства. Предлог за вођење дисциплинског поступка Дисциплински тужилац подноси на основу дисциплинске пријаве. Овај поступак је хитан и затворен за јавност, изузев уколико судија у односу на кога се поступак води не захтева да поступак буде јаван. Дисциплински тужилац може да одбаци дисциплинску пријаву као неосновану или да је прихвати и поднесе предлог за вођење дисциплинског поступка. Судија има право да одмах буде обавештен о предлогу Дисциплинског тужиоца, да се упозна са предметом и пратећом документацијом и да сам или преко заступника пружи објашњења и доказе за своје наводе, а своје наводе има право да усмено изложи пред Дисциплинском комисијом. Након спроведеног дисциплинског поступка Дисциплинска комисија може да одбије предлог Дисциплинског тужиоца или да усвоји предлог и изрекне дисциплинску санкцију. Против одлуке Дисциплинске комисије Дисциплински тужилац и судија против кога се води дисциплински поступак могу изјавити жалбу Високом савету судства. Одлучујући о жалби Високи савет судства може да потврди првостепену одлуку Дисциплинске комисије или да је преиначи. Високи савет судства је дужан да о жалби одлучи у року од 30 дана од дана достављања жалбе и ова одлука је коначна. Правоснажна одлука којом је изречена дисциплинска санкција уписује се у лични лист судије.

У погледу дисциплинског поступка поводом дисциплинских прекршаја судије због кршења одредаба Етичког кодекса у већој мери, пракса још увек изостаје.

5. Закључак

Поред историјског и традиционалног значаја, закључује се да кодекси професионалног етичког понашања уопште имају све већи значај с почетка 21. века под утицајем процеса хармонизације националних права са европским стандардима који се у значајној мери одвија и путем „меког“ права. Како *soft law* регулатива дотиче области радног права, људских права, управног права, али и домен филозофије и правне етике, поље њене примене веома је широко. Међутим, неодвојива дилема и вечито питање тиче се разграничења и преклапања права и морала. Несумњиво је да је *soft law* регулатива неизоставна у правној пракси савремених држава и у условима брзих друштвених и правних токова и процесу хармонизације и европеизације права она доприноси остваривању стабилног друштвеног и правног поретка. Са друге стране, поставља се и питање домена и граница правне регулативе професионалног понашања путем кодекса, односно питање моћи и немоћи државног и аутономног права. Размишљајући о овој дилеми, долази се до нужне повезаности права и морала. Аутономно право, које не располаже средствима принуде и правна природа етичког кодекса која условљава његово необавезујуће дејство и са друге стране нефлексибилност државног права, указују на нужност њиховог садејства. С обзиром на то да ни државно ни аутономно право није свемоћно, нужно је да се они допуњују.

Види се да је први фактички кодекс судијске етике универзалног дејства донет тек 2002. године, а најважнији документ који садржи стандарде етичког поступања судија на нивоу Савета Европе тек 2010. године. Међутим, наше државно и аутономно право се бавило етичким поступањем судија почев од првог Етичког кодекса Друштва судија из 1998. године, а од 2008. обавеза судија да се придржавају Етичког кодекса део је и законске регулативе. Не само што је наш правни систем указао пажњу морализацији права у овој веома важној области и пре него што је то учињено на међународном и европском нивоу, видимо и да етички стандарди поступања судија у нашем праву одговарају стандардима садржаним у универзалним и европским кодексима.

Овај рад је указао на временски и просторни значај кодекса судијске етике кроз историју и у савременим условима, на нивоу наше државе, Европе и целог света, али и на нарочит значај судијске етике, јер *In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.*

Sanja Sremčev Ilić

PhD Candidate, Faculty of Law, University of Belgrade

Judge of the Misdemeanor Court in Belgrade

JUDICIAL ETHICS – SERBIAN, EUROPEAN AND INTERNATIONAL STANDARDS

Summary

Professional ethics is an important aspect of each profession. When we take a look at the legal sources of the professional ethical conduct, we see that the ethical code, as a form of *soft law* regulation, is becoming increasingly important. Professional codes of ethics are important from historical and traditional perspective as a form of the autonomous regulation in the certain professions. However, they have progressively important role today as a legal instrument in the process of harmonizing national laws with the European and the international standards, due to the flexibility of its norms to the contemporary and rapid social and legal developments.

One of the most important professions in a society and a legal system of a country is judicial.

This paper examines legal and ethical aspects of the relevant domestic (Serbian) legislation and soft law and their compliance with the international and the European codes and ethical standards, with the reference to the historical roots of judicial ethics.

The article demonstrates temporal and territorial significance of the code of judicial ethics through the history and today, on the level of our country, Europe and the whole world, but also points out the particular importance of judicial ethics.

Key words: *judicial ethics, professional ethics, code of ethics, ethical standards, labour law, soft law*

Dr Predrag Vukasović¹

Prikaz knjige:

Prof. dr Jovica Trkulja

USPON I PAD IVANA IVANOVIĆA

Dosije, Beograd 2014. – 468 strana

*Kome zakon leži u topuzu
Tragovi mu smrde nečovještvom.*

Njegoš

Prof. dr Jovica Trkulja već duže vreme istrajava na jednoj temi od suštinskog značaja ne samo za kritičko preispitivanje prošlosti (tematsko određenje časopisa *Hereticus*, čiji je urednik od njegovog pokretanja), već i za svaki pokušaj demokratske rekonstrukcije društva u tranziciji. Reč je o onom što je Trkulja slikovito i tačno nazvao ostrakizmom intelektualaca – poprilično mračnim nasleđem titoizma. Još pre donošenja Zakona o rehabilitaciji (Sl. glasnik RS¹, br. 92/2011 od 7. decembra 2011.) profesor Trkulja doprinosi stvaranju društvene klime neophodne za donošenje i primenu jednog takvog zakona. Između autističkog odbijanja da se prihvati samoočiglednost da je Titova Jugoslavija proganjala intelektualce metodima antistaljinističkog staljinizma i nastojanja jurišnika u srednji vek koji bi da rehabilituju svaku antikomunističku šušu, bez obzira na to koliko su joj ruke ogrezle u krvi, Trkulja je neumorno dokazivao da postoji prostor za pravnu normu koja neće bitu ogoljeni diktat trenutnih ideoloških pobednika, već civilizacijska tekovina koja obavezuje sve buduće ideološke pobednike. Navodeći žalosno dug spisak pojedinaca stradalih ne

¹ Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd; e-mail: predrag.vukasovic2012@gmail.com

samo i ne toliko zbog svojih političkih uverenja, koliko zbog saopštavanja činjenica koje nisu godile ušima tadašnjih vlastodržaca, podsećao je one koji su izbegli progon da svoj imunitet duguju slučajnim idiosinkrazijama ili ne naročito laskavom nedostatku intelektualne hrabrosti i/ili poštenja. Takav nijansirani pristup problemima rehabilitacije žrtava komunističkih (i inih) progona nije mogao naići na razumevanje zarobljenika manihejskog pogleda na svet i sledbenika logike: „ko nije s nama, on je protiv nas“. Njegova poruka upućena je mimo još uvek duboko polarizovane scene tranzicijske Srbije, ka jednom pokolenju koje će o sopstvenoj prošlosti suditi staloženije, racionalnije i analitičnije, no što smo mi u stanju. Stoga, knjige Jovice Trkulje predstavljaju tukididovsku „poputninu za budućnost“ upravo u onom smislu koji je imao na umu atinski istoričar.

Sukob vlasti i intelektualaca u Srbiji mnogo je stariji od uspostavljanja komunističkog jednoulja; on seže do samih početaka moderne Srbije. Vlast je oduvek bila sklona instrumentalizaciji intelektualaca, kao što ni intelektualci nisu prezali od posezanja za sredstvima političke prinude u ostvarivanju sopstvenih vizija. Iz perspektive ukupne društvene dinamike, pitanje ko je prvi počeo deluje irelevantno; vlast snosi daleko veći deo odgovornosti prosto zato što je fizički jača. Odnosi između kneza Miloša, apsolutnog gospodara još poluautonomne Srbije, i Vuka Karadžića, njenog najvećeg – gotovo bi se moglo reći jedinog – predstavnika na evropskoj kulturnoj i intelektualnoj pozornici više je nego paradigmatičan. Ipak, u XIX veku progon intelektualaca ostao je u relativno umerenim granicama, svakako ne toliko zbog prosvećenosti vladajućih, koliko zato što intelektualci behu retka, dakle i skupa roba. Šikaniranja ni tada nije nedostajalo: setimo se zlehude sudbine Đure Jakšića u obrenovićevskoj Srbiji. Ali ta represija beše difuzna, decentralizovana; ona nije imala zastrašujuću snagu, neumoljivu efikasnost ni duboko antihumani karakter totalitarnih diktatura XX veka. Pa ni ovaj najmaligniji vid progona intelektualaca nije čedo komunizma; avangarda proletarijata samo je preuzela aparat prinude monarhističke Jugoslavije, obogaćen inovacijama građanskog rata i nacifašističke strahovlade. Suočeni sa zločinima počinjenim u ime revolucije, ne smemo zaboraviti prethodna stradanja njenih ideologa, baš kao što ni neizmernost žrtava palih za slobodu ne opravdava divljanje oslobodilaca nad svojim stvarnim ili izmišljenim neprijateljima. Intelektualna istorija moderne Srbije u tom pogledu slična je istoriji Rusije, gde je sloboda intelektualnog stvaralaštva bila moguća samo kao očajno kratak prelaz iz carističkog samodržavlja u boljševičku diktaturu. U slučaju Srbije zlatno doba političkog liberalizma trajalo je nešto duže, ali je i ovde propalo pod teretom naraslih socijalnih, političkih, ideoloških i nacionalnih

protivrečnosti znatno pre pobjedničkog defilea partizanskih jedinica na Terazijama. U uvodnim poglavljima knjige prof. Trkulja, nakon podsećanja na dvovekovnu tradiciju negativnog odnosa zvanične Srbije prema autonomnim i kritičkim intelektualcima, izlaže fenomenologiju progona pisaca publicista i naučnika u komunističkoj Jugoslaviji. On identifikuje četiri pojavna oblika u kojima se ovaj progon manifestovao: a) progon narodnih neprijatelja; b) suđenje za delikt mišljenja; c) zabrana knjiga, novina, časopisa, pozorišnih predstava, filmova i TV emisija i d) kulturnopolitički slučajevi. On, međutim, napominje da ova klasifikacija oblika progona nije savršena; u Ivanovićevom slučaju nalazi elemente sve četiri navedene kategorije.

Nije svaki progon intelektualaca njihov ostrakizam. Delikt mišljenja, ma koliko nespojiv sa postulatima demokratske države (Trkulja naglašava načelnu razliku između delikta mišljenja i verbalnih delikata koji postoje u svim modernim pravnim sistemima), odnosi se na *pojedinačno, konkretno određeno* autorsko delo; ostrakizam intelektualca *unapred* pogađa *sva buduća dela* zabranjenog autora, bez obzira na njihovu stvarnu sadržinu. Delikt mišljenja je pravni, ili bar kvazipravni institut, čija se primena – makar dormalno – zasniva na nategnutom, bezobalno širokom tumačenju krivičnopravne norme. Jadna li je država koja se oseća ugroženom od ispovesti jedne izmišljene fudbalske zvezde, ma koliko ta ispovest korespondirala sa stvarnim elementima njene nevesele nogometne zbilje! Ostrakizam intelektualca je vanpravni i protivpravni fenomen; on nema utemeljenje ni u najnakaradnije protumačenoj krivičnopravnoj normi zato što je suprotan elementarnom pojmu prava. Situacija je analogna onoj u kojoj bismo lopovu koji je ukrao nešto iz prodavnice doživotno zabranili kupovinu u bilo kojoj prodavnici. Ostrakizam intelektualca ne može se, stoga, ostvariti pravnim sredstvima; on mora ostati izraz ogoljene političke sile, akt nasilja ne samo prema ostrakiziranom intelektualcu, već i prema pravnom poretku koji je sama država uspostavila. Trkulja ukazuje na specifične društvene i psihološke mehanizme njegove implementacije: ostrakizam ne bi bio moguć bez egzistencijalne nesigurnosti, malograđanskog konformizma, karijerističkog oportunitizma i podaničkog mentaliteta većine kulturnih i javnih delatnika. Nijednom učesniku ovog sveopšteg bojkota dirigovanog odozgo nije pala na pamet šteta koju nanosi ne Ivanu Ivanoviću – preživeo je on i bez njihovog milodara – već srpskoj kulturi. Kao da talentovanih pisaca ima na svakom čošku, kao da oni nisu dragocenost koju treba čuvati brižljivije od trezora Narodne banke; njihovu bahatost reljefno je izrazio Petar Džadžić, tadašnji urednik u „Prosveti“, u pismu progonjenom autoru: „*Malo ti je što nisi u zatvoru; hoćeš još i knjigu da ti objavimo.*“

Pošto je čitaocu ukratko podsetio na širi istorijski okvir, opšte karakteristike i moguću periodizaciju progona intelektualaca u socijalističkoj Jugoslaviji, Trkulja pristupa Ivanovićevom životopisu mirno, analitički dokumentovano i nepristrasno, kao da nije u pitanju dugogodišnji prijatelj i saborac u nastojanju da se prevlada nasleđe autoritarne i totalitarne prošlosti. On opravdano ukazuje na dve okolnosti koje su položaj progonjenog Ivana Ivanovića činile težim, a progon nemilosrdnijim: porodično poreklo i sredinu u kojoj je radio. Pisac potiče iz najviđenije porodice u kraju, a otac mu se, kao aktivni oficir, za vreme Drugog svetskog rata pridružio Jugoslovenskoj vojsci u otadžbini. Klasičan primer nepodobnog porodičnog porekla u komunističkoj Jugoslaviji. U velikom gradu, gde porodično zaleđe igra ograničeniju ulogu u određivanju životnog puta pojedinaca, ta činjenica nije morala jednoznačno odrediti životni put budućeg disidenta; u uskoj, zatvorenoj i zagušljivoj palanačkoj sredini južne Srbije, gde se svi znaju, gde se porodične omraze i netrpeljivosti prenose s kolena na koleno i gde društveni mentalitet nije suviše odmakao od onog iz vremena krvne osvete, minulo bogatstvo i četnička prošlost porodice dobijaju težinu i neumitnost sudbine. Ovim činocima treba dodati nagonsko neprijateljstvo takvih sredina prema svim duhovnijim stremljenjima kao prema nečem što one ne razumeju niti mogu razumeti, jer leži daleko iza horizonta njima poznatog i pojmljivog iskustva. Trkulja uravnotežuje ove neideološke, gotovo bih mogao reći antropološke fenomene sa ukupnom atmosferom pojačanih napada na nezavisne intelektualce stvorenom posle obračuna s liberalnim krilom rukovodstva SK Srbije 1972. godine. On napominje da „slučaj Ivanović“ verovatno ne bi ni bio otvoren da je piščev prvi roman objavljen odmah po predaji rukopisa. Tragikomično deluje podatak da se u danima u nedeljama pre sudske zabrane *Crvenog kralja*, dok je u beogradskim knjižarama vladala prava jagma za ovim romanom, u Kuršumliji, Prokuplju, čak ni u Nišu knjiga uopšte nije nalazila u prodaji. Jesu li palanački knjižari bili politički obavešteniji od svojih kolega iz metropole? Ili su – što je daleko verovatnije – napadi na pisca i njegovo delo dolazili upravo iz njegovog zavičaja, iz sredine koja je „znala“ piščevu četničku pozadinu i preko sopstvenih veza u partijskom vrhu isposlovala njegov ostrakizam. Takav maćehinski odnos prema talentima svih vrsta nije specifičnost Kuršumlije; on bi se mirne duše mogao preneti na čitavu Srbiju. Kako je to sjajno primetio Milan Vlačić, tada novinar „Politike“, koga Trkulja s razlogom citira, *ako neko ne primećuje sopstvene vrednosti, nije ni zaslužio da ih ima*. U tom pogledu, Srbija, poput Rusije, ima bolju kulturnu produkciju nego što zaslužuje.

U svojim *lucida intervalla* komunisti su shvatali da se idejne borbe mogu dobiti samo idejama, nipošto batinom. Sećam se da je jedno vreme na takozvanom idejnom frontu bila aktuelna krilatica *knjigom na knjigu*. Divna, efektna parola. Što je najvažnije, zvuči tako demokratski. No, ima jedna začkoljica: knjiga-odgovor na neprijateljsku knjigu nekako neće sama da se napiše baš onog dana kad nam je potreban jasan i nedvosmislen odgovor klasnom neprijatelju; i za najtanju knjižicu potrebno je vreme. A revolucija ne čeka nikoga, posebno ne gospodu intelektualce da smisle nešto smislenije od napada neprijatelja naroda i države. Zar ne bi drugovi iz pravosuđa, DB, narodne milicije i ostalih bezbednosnih struktura mogli malko da pripomognu, samo dok ne zarezem olovku, umočim pero u mastilo, dok mi na um ne dođe neka spasonosna ideja kojom ću poraziti one što bi da nas skrenu s Titovog puta. Zbog takve arogancije političke moći i indolencije komunističkih ideologa komunizam beše idejno mrtav mnogo pre pada Berlinskog zida – režim se oslanjao samo na silu i rutinu navike, legitimizacijske osnove krajnje problematične u predinamičnom svetu s kraja XX veka. Zato, kad je kucnuo čas, okamenjene ideološke fraze bratstva – jedinstva, nacionalne ravnopravnosti i ekonomske demokratije nije imao ko da brani; kritički intelektualci, koji su do Drugog svetskog rata bili uglavnom naklonjeni političkoj levici, behu poslednji koji bi to sada činili. Po starom balkanskom običaju, sa prljavom vodom komunizma iz korita je izbačeno i dete svetovnosti, prosvetiteljstva i modernizacije. Usledilo je bezglavo srljanje u srednji vek. Ivanu Ivanoviću može služiti na čast što se nije nalazio među tim jurišnicima .

Knjiga prof. Trkulje nije delo o „slučaju Ivanović“, jednom od mnogobrojnih progona kritičkih intelektualaca koje je socijalistička Jugoslavija vršila u svim periodima svog postojanja; ona naprotiv, pruža celovit pogled na Ivanovićevo javno delovanje, pri čemu je njegov stvaralački opus s pravom shvaćen kao najvažniji vid tog delovanja. Zato se priča o Ivanovićevom životu i delu ne završava ni 1990. godine s formalnim uspostavljanjem višestranačja u Srbiji, ni 2000. godine s početkom prave tranzicije. Naime, Ivanović nije *samo* kritičar komunističkog jednonumlja; da je tako, njegova dela ne bi nadživela komunizam kao svoje izvorište i inspiraciju; aktuelnost njihove poruke istopila bi se na prvim zracima tek ogranulog sunca slobode brže no vosak na krilima heroja čijim je imenom nazvao glavni lik svoje prve objavljene knjige. Da bi se analiziralo društvo, moraš ga napustiti, usamiti se, stati nasuprot njemu, oceniti ga ne prema njegovom najčešće narcisoidnom mišljenju o sebi, već u neublaženoj svetlosti pogleda sa strane. Nisu li, dakle, progonitelji učinili uslugu progonjenome, veću no što je on sam spreman da prizna? Takav opozicioni stav prema društvu Ivanović je zadržao, u osnovi, i

posle petooktobarske revolucije; nije li već 6. oktobra napustio redove sada vladajuće Demokratske stranke? Ivanović – političar mogao se u jednom trenutku pridružiti vladi, postavši pomoćnik ministra kulture; Ivanović – pisac, međutim, nije hteo da ga na tom putu duže prati. Treba li se uistinu čuditi što su ga i u demokratskoj Srbiji (ili bar Srbiji koja kaže da želi biti demokratska) mimoilazila državna i književna priznanja? Istina, dobio je sudsku rehabilitaciju, ali je to – kao i većina drugih stvari u postpetooktobarskoj Srbiji – učinjeno traljavo, uz višak oklevanja i manjak entuzijazma, bez materijalnog obeštećenja, jer je, zaboga, država siromašna. Siroti, mali Levijatan! Kad se poigrava sudbinama svojih najdarovitijih državljana, prisiljavajući ih da se ilegalno ili polulegalno bave književnošću, tada je bogata i moćna; kad treba da nadoknadi bar deo štete koju je pričinila sopstvenom bahatošću i nerazumom, postaje puki prosjak. Prof. Trkulja voli da kaže kako je rehabilitacija potrebija nama – njihovim nemim ili bar nedovoljno glasnim sunarodnicima – nego kritičkim intelektualcima proganjanim u komunističkom režimu; njih je već rehabilitovao sud istorije, onaj isti tribunal koji besprizivno osudi onog što priznavaše samo sud svoje Partije.

Posebnu vrednost Trkuljine knjige čini „Dokumentarna hronika“ – zbirka dokumenata koji se odnose na progon Ivana Ivanovića. Ne ograničavajući se na sudske spise iz dva krivična postupka protiv pisca – onog u Pančevu i Prokuplju, ona pruža potpunu i autentičnu sliku kritičke recepcije *Crvenog kralja* u dnevnoj, nedeljnoj i periodičnoj štampi, kao i u elektronskim medijima. Najvažnije karike u Ivanovićevom ostrakizmu, postupke koji su ugrozili piščevu fizičku egzistenciju, predstavljaju njegovo isključenje iz radnog odnosa u kuršumlijskoj gimnaziji i faktička (a posle odlaska u invalidsku penziju i pravna) zabrana njegovog ponovnog zaposlenja. Zato su dokumenti o disciplinskom postupku protiv Ivanovića i njegovom isključenju iz radne organizacije dragoceni kao ilustracija nezakonitosti i protivpravnosti u kojoj završava komunistički, kao i svaki drugi totalitarizam. Dokumentovano su prikazane i reakcije srpske i jugoslovenske javnosti na sudski progon jednog mladog i perspektivnog pisca i njegovo isključenje iz radnog odnosa. Najzad, tu su i dokumenti u kojima se ogleda odnos demokratske Srbije prema bivšem disidentu – akti koji se odnose na sudsku rehabilitaciju Ivana Ivanovića, odbijanje zahteva za rehabilitaciono obeštećenje i dodeljivanje nagrade „Radoje Domanović“ za doprinos srpskoj satiri. U celini, Dokumentarna hronika omogućava čitaocu da stekne celovit uvid u Ivanovićev progon *nezavisno* od narativnog dela knjige. U prilogu ove iscrpne anatomije jednog od kulturnopolitičkih slučajeva koje je tako uspešno proizvodila SFRJ nalazi se odabrana foto-dokumentacija.