

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

UDK 34

ISSN 0039 2138
ISSN (online) 2620 1127

STRANI PRAVNI ŽIVOT

65 godina

Beograd, 2021/ Broj 3/ Godina LXV

Izdavač/ Publisher

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

Za izdavača/ For the Publisher

Prof. dr VLADIMIR ČOLOVIĆ

Izdavački savet/ Advisory Board

Acc. prof. dr MIODRAG ORLIĆ, foreign member of ANURS, president of the Comparative Law Association, Serbia. Prof. em. Dr. Dr h.c. SPYRIDON VRELLIS, Faculty of Law, University of Athens, Greece. Dr JOVAN ĆIRIĆ, Principal Research Fellow, Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia, Serbia. Prof. dr VLADIMIR ČOLOVIĆ, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Prof. dr DEJAN ĐURĐEVIĆ, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia. Prof. dr ELENA-MIHAELA FODOR, Law Faculty, University Dimitrie Cantemir, Cluj Napoca, Romania. Prof. dr VLADIMIR ĐURIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia. Prof. dr MINA ZIROJEVIĆ, Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia.

Glavni i odgovorni urednik/ Editor in chief

Prof. dr NATAŠA MRVIĆ PETROVIĆ, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia

Zamenik glavnog i odgovornog urednika/ Deputy of editor in chief

Prof. dr JELENA ČERANIĆ PERIŠIĆ, Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Serbia

Tehnički urednik/ Technical editor

ALEKSANDRA VIŠEKRUNA, Institute of Comparative Law, Serbia

Uredivački odbor/ Editorial board

Članovi iz reda nacionalne naučne javnosti/ National members

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

Članovi iz reda inostrane naučne javnosti/ Foreign members

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

Sekretar redakcije/ Secretary of Editorial board

JOVANA MISAILOVIĆ, Institute of Comparative Law, Serbia

Lektura/ Proof reading

SVETLANA STOJKOVIĆ

Štampa/ Print

Sajnos doo, Novi Sad

Tiraž/ Circulation

100 primeraka/ 100 copies

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

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

Adresa uredništva/ Address of the Editorial Board

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

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

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

STRANI PRAVNI ŽIVOT

*Broj 3**Godina LXV**jul-septembar 2021.*SADRŽAJ/TABLE OF CONTENTS
ČLANCI/ARTICLES*Slobodan G. Vukadinović*

PRAVNOTEORIJSKE KARAKTERISTIKE I PRAVNODOGMATSKI RAZVOJ NEMAČKOG PRAVA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA	343
LEGAL-THEORETICAL CHARACTERISTICS AND LEGAL-DOGMATIC DEVELOPMENT OF GERMAN LAW OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS	

Mirjana Z. Radović

KONTROLA STRANIH DIREKTNIH INVESTICIJA U PRAVU EU U USLOVIMA KRIZE IZAZVANE PANDEMIJOM	361
FOREIGN DIRECT INVESTMENTS SCREENING IN EU LAW AT THE TIME OF THE CRISIS CAUSED BY THE PANDEMIC	

Živorad M. Rašević

ZABRANA RASNE DISKRIMINACIJE PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE: KATAR PROTIV UJEDINJENIH ARAPSKIH EMIRATA	375
RACIAL NON-DISCRIMINATION BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: QATAR AGAINST THE UNITED ARAB EMIRATES	

Dragoljub C. Todić

PRIRODNI RESURSI U MEĐUNARODNIM UGOVORIMA – OD SUVERENIH PRAVA DRŽAVA DO ZAJEDNIČKE BRIGE ČOVEČANSTVA	391
NATURAL RESOURCES IN INTERNATIONAL TREATIES – FROM THE SOVEREIGN RIGHTS OF STATES TO THE COMMON CONCERN OF HUMANKIND	

Mario Lj. Reljanović, Jovana M. Misailović
**RADNOPRAVNI POLOŽAJ DIGITALNIH
RADNIKA – ISKUSTVA EVROPSKIH ZEMALJA 407**
LABOUR STATUS OF DIGITAL
WORKERS – EXPERIENCE OF EUROPEAN COUNTRIES

Jovana Z. Vasiljković, Dalibor M. Krstinić
OBLICI ZAVEŠTANJA U EVROPSKIM ZAKONODAVSTVIMA 433
FORMS OF TESTAMENTS IN EUROPEAN LEGISLATURES

Milan M. Rapajić, Nebojša M. Petković
**PRAVNI POLOŽAJ I ULOGA BANKE RUSIJE U OBEZBEĐENJU
EKONOMSKOG SUVERENITETA RUSKE FEDERACIJE 445**
THE LEGAL STATUS AND THE ROLE OF THE BANK
OF RUSSIA IN PROVIDING ECONOMIC SOVEREIGNTY
OF THE RUSSIAN FEDERATION

Faruk H. Avdić
**OGRANIČENJA PRAVA NA UVID U SPIS PREDMETA U
BOSNI I HERCEGOVINI U SVJETLU JURISPRUDENCIJE
EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA 463**
THE RESTRICTIONS OF THE RIGHT TO INSPECT THE
CASE FILE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA IN LIGHT OF THE
JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Slađana M. Gligorić
**PRAVNI REŽIM RADA OD KUĆE U DOMAĆEM
I MEĐUNARODNOM PRAVU 481**
LEGAL REGIME OF WORK FROM HOME IN NATIONAL
AND INTERNATIONAL LAW

PRILOZI/OPINION REVIEW

Milanka D. Vešović
**PRAVNI OKVIR ZA PRIMENU OPŠTEPRIHVACENIH PRAVILA
MEĐUNARODNOG PRAVA U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE 497**
LEGAL FRAMEWORK FOR THE APPLICATION OF
GENERALLY ACCEPTED RULES OF INTERNATIONAL
LAW IN SERBIAN CRIMINAL LAW

PRIKAZI/REVIEWS

Jovana M. Popović

Prikaz zbornika radova:

Katarina Ivančević (ur.)

ZAŠTITA KOLEKTIVNIH INTERESA POTROŠAČA 509

Collection of papers review: Katarina Ivančević (ed.)

ZAŠTITA KOLEKTIVNIH INTERESA POTROŠAČA

Iva S. Tošić

Prikaz zbornika radova:

Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović (ur.)

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE 515

Collection of papers review:

Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović (eds)

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE

UPUTSTVO AUTORIMA 525

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

PRAVNOTEORIJSKE KARAKTERISTIKE I PRAVNODOGMATSKI RAZVOJ NEMAČKOG PRAVA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

Sažetak

Cilj rada je da istraži specifičnosti nemačkog pristupa u rešavanju pravnih pitanja koja se otvaraju u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Primenom pravnodogmatskog, komparativnog i pravnoistorijskog metoda ispituju se karakteristike i osnovni pravci razvoja nemačke pravne teorije i zakonodavstva o opštim uslovima. Hronološki, po vremenu nastanka i periodu dominantnog uticaja, izlažu se osnove shvatanja pravne doktrine o karakteru i pravnoj prirodi opštih uslova. Pravnoteorijski razvoj se u nemačkom pravu kretao od snažnog utemeljenja i dominacije normativne teorije do njenih oštih kritika koje su dovele do osnaživanja ugovorne teorije. Pozitivnopravni razvoj karakteriše princip od posebnog zakona ka delu opšteg građanskog zakonika. Noveliranjem BGB-a očuvana je pravna koncepcija koja se u nemačkoj teoriji i zakonodavstvu prethodno oblikovala u poseban zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Odredbe tog zakona su suštinski preuzete u nemački Građanski zakonik 2002. godine u okviru reforme nemačkog obligacionog prava. Razmatrani nemački poseban zakon ne samo što je uticao na razvoj drugih nacionalnih zakonodavstava već je izvršio i određeni uticaj na razvoj potrošačkog prava na nivou EU tako što su pojedine njegove odredbe korišćene kao osnova u pripremi teksta jedne od najznačajnijih direktiva koja se odnosi na nepoštene ugovorne odredbe. U radu se ukazuje i na aktuelne mehanizme kontrole opštih uslova poslovanja kroz kontrolu punovažnosti inkorporacije, kao i kombinovane mehanizme sadržinske kontrole kroz crnu i sivu listu ugovornih odredaba i generalnu klauzulu.

Ključne reči: *nemačko pravo, nemački Građanski zakonik, opšti uslovi poslovanja, nepoštene ugovorne odredbe, potrošač.*

1. Uvod

Iako su opšti uslovi poslovanja danas praktično nezaobilazni deo stvarnosti prilikom zaključenja ugovora, kao što se i u ranijim periodima mogao očekivati njihov narastajući značaj, pravna teorija dugo nije identifikovala niti razmatrala posebna pravna pitanja koja se otvaraju u vezi sa njima. Navedeno je i logična posledica činjenice da je razmatranje najpre bilo fokusirano na njihovu pravnu prirodu, pri čemu aktuelno vladajuće stanovište

* Doktor pravnih nauka, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beograd, Srbija,
e-mail: slobodan.vukadinovic@pravnofakultet.rs, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4692-321X>

o ugovornoj pravnoj prirodi nije bilo karakteristika ranijih perioda.

Preovlađujuće shvatanje pravne teorije tokom dužeg vremenskog perioda bilo je suprotno onome koje danas dominira, jer su pravni pisci u više država izražavali sumnju u to da li koncept u kome samo jedna strana, u odsustvu pregovora sa drugom ugovornom stranom, samostalno oblikuje opšte uslove poslovanja uopšte može biti deo koncepcije koja se uobičajeno naziva ugovaranje (vid. Neumayer, 2008, p. 22).

Cilj ovog rada je da istraži specifičnosti nemačkog pristupa u rešavanju pravnih pitanja koja se otvaraju u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Primenom pravnodogmatskog, komparativnog i pravnoistorijskog metoda, u nastavku se teži da se utvrde karakteristike i osnovni pravci razvoja nemačke pravne teorije i zakonodavstva o opštim uslovima poslovanja.

2. Stvaranje pojma opštih uslova poslovanja u nemačkoj pravnoj teoriji i tadašnje stanje uporednopravnog okruženja

Polazeći od činjenice da se neretko, čak i među pravnim stručnjacima, pravi nedovoljno razgraničenje između adhezionih ugovora, tipskih ugovora i opštih uslova poslovanja, ne iznenađuje činjenica da se ovi razni „formulari“ zajedno vezuju za francusku pravnu misao. To ne samo da ne iznenađuje već je i opravdano i utemeljeno kada su u pitanju adhezioni ugovori, čija se teorijska konstrukcija, a po nekima i izgrađivanje pojma upravo i vezuju za francuskog teoretičara Rajmona Saleja (*Raymond Saleilles*), kome se tradicionalno pripisuje zasluge i za termin i za određenje adhezionih ugovora.¹

Međutim, ako se u fokus istraživanja ciljano stavi pravno uređenje (samo) opštih uslova poslovanja, kao instituta po sebi i sa upravo takvom terminologijom (odvojeno od drugih ili raznih ugovornih obrazaca), onda nas koreni razvoja prava opštih uslova poslovanja i takvog termina, koji danas suvereno dominira i u srpskom pravu i u srpskoj praksi, vode do nemačke pravne misli.

Hellwege (2010, p. 333) ističe da se pojmovno² oblikovanje opštih uslova poslovanja u Nemačkoj može pratiti još od 1875. godine, a o ovakvom stanju stvari čitamo i kod naših vrsnih poznavalaca nemačke civilistike.³ Nemačko pravo nije samo izgradilo pojmovno opšte uslove poslovanja, intenzivno i produbljeno se bavilo njihovom pravnom prirodom, već je

¹ Kada je o adhezionim ugovorima reč, tu nema spora da francusko pravo jeste ono od koga treba poći, pre svega imajući u vidu kako je konstrukciju adhezionih ugovora gradio Rajmon Salej, o čemu vid. Vukadinović, 2020, pp. 5–15.

² Ovde treba naglasiti da pod tim podrazumevamo upravo termin opšti uslovi poslovanja, a ne i srodne institute koji se međusobno delimično i preklapaju, ali ipak dovoljno razlikuju od centralnog pojma i teme ovog članka, kakvi su npr. adhezioni, standardni ili tipski ugovori.

³ Vid. Vodinelić, 2014, p. 117. U sličnom kontekstu Vilus (1976, p. 96) ističe da suprotno francuskoj teoriji, nemačka nauka nije usvojila ni izraz *contract d'adhésion* ni njegovo tumačenje, jer kada je Saleilles predlagao izdvajanje adhezionog ugovora od ostalih ugovora, u Nemačkoj su već bila i u literaturi i u pravosuđu učvršćena shvatanja o opštim uslovima. Kada je reč o pojavi (ne o pojmu) opštih uslova poslovanja, Ranieri (2009, p. 325) navodi da je još 1847. godine udruženje nemačkih železničkih uprava objavilo opšte uslove (nalik pravilniku ili propisu) za ugovore o prevozu.

iz teorijskog razmatranja, a kasnije i postupanjem sudova,⁴ proistekao čitav sistem pravila koja nude rešenja pravnih problema koji se otvaraju u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Takav razvoj nemačkog prava opštih uslova poslovanja dobio je i, pravnodogmatski posmatrano, pozitivnopravni epilog u vidu posebnog zakona donetog 1976. godine kojim je celovito uređena ova materija. Suštinska rešenja koja su tada stvorena i danas su na snazi, s tim da su ona, u okviru reforme nemačkog obligacionog prava, iz ovog posebnog zakona premeštena u nemački Građanski zakonik.

Počeci interesovanja nemačke pravne doktrine za opšte uslove poslovanja bili su pre svega fokusirani na određenje njihove pravne prirode. To intenzivno interesovanje pravnih pisaca išlo je u prilog normativnoj prirodi opštih uslova, te je normativna teorija u početku bila dominantno prihvaćena u nemačkoj pravnoj teoriji. Normativna teorija se nametnula kao odgovor na pitanje koje je postavljeno, a odnosilo se na to da li se uključivanje opštih uslova poslovanja uopšte može objasniti kao pravni posao. Tada se naročito istakao Anschütz, koji je 1861. godine privukao pažnju svojim ispitivanjem osnova primene opštih uslova poslovanja železničke kompanije, koja je tada bila u većinskom privatnom vlasništvu (Neumayer, 2008, p. 164). Svojim pitanjem i fokusom istraživanja Anschütz je uticao na mnoge nemačke pravnike tog vremena koji su upravo u tim „formularima“ uočili elemente za koje su tada ocenili da ne samo da nisu svojstveni ugovornom pravu već čak i da su poput stranog elementa nespojivi sa ugovornim pravom. Na temelju ovih ideja, u daljem razvoju nemačkog doktrinarnog stava o opštim uslovima poslovanja naročito se istakao Hueck, koji je poznat po tome što je uobličio normativnu teoriju i dosledno je izložio u svom naučnom radu koji je objavljen 1923. godine. Osobenost Hueckovog pristupa je između ostalog i u tome što je ne samo identifikovao i objasnio normativnu komponentu opštih uslova poslovanja već što je prepoznao i njihovu sličnost sa kolektivnim ugovorima u radnom pravu, a ta se sličnost, prema zapaženom stanovištu ovog autora, vidi u tome što i opšti uslovi poslovanja i kolektivni ugovori u radnom pravu sadrže pravne norme koje su formulisane sa ciljem da urede veći broj pojedinačnih ugovora koji će biti zaključeni u budućnosti (Neumayer, 2008, pp. 12–24).

Pri istraživanju i analizi hronologije daljeg razvoja nemačkog prava opštih uslova poslovanja odgovarajuće mesto ima i Hans Großmann-Doerth. Ovaj pravni pisac je zanimljiv ne samo zbog svojih pravnih razmatranja već ga istorija prava označava i kao tvorca termina autonomno privredno pravo, odnosno kako ga je u originalu formulisao: *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft* (Großmann-Doerth, 1933, p. 77).

Kada se govori o pravnoteorijskom određenju ne samo opštih uslova poslovanja već i različitih oblika formularnih izvora, nezaobilazno ime je čuveni Ludvig Rajzer (*Ludwig Raiser*), čiji su stavovi izvršili uticaj na mnoge istraživače i pravne teoretičare

⁴ Sudovi su u Nemačkoj pružali pravnu zaštitu i razvili u praksi kontrolne mehanizme od opštih uslova poslovanja koji nanose štetu pravima jedne strane i pre donošenja posebnog zakona, tako što su primenjivali opšte pravne principe i paragrafe nemačkog Građanskog zakonika kojima se sprečavaju zloupotrebe slobode ugovaranja i štiti ravnopravnost ugovornih strana, a naročito pozivajući se na koncept savesnosti i poštenja sudovi su mnoge odredbe oglasili nevažećim, pa bi se kao posebno pitanje moglo razmatrati da li je donošenjem posebnog zakona, naročito kada su u pitanju dva spiska ugovornih odredaba, na određeni način izvršena svojevrсна kodifikacija sudskog prava. Bez obzira na to pitanje, koje bi moglo biti predmet posebnog istraživanja, nesporno je da je donošenjem posebnog zakona pravna zaštita postala neuporedivo potpunija.

ne samo širom nemačkog govornog područja već i van njegovih granica. Osim po svom svetski poznatom delu *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, koje je prvi put objavljeno 1935. godine, Rajzer je poznat i po tome što je normativnu teoriju dalje razvio istražujući sociološko-pravnu argumentaciju o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja. U najkraćem, Rajzerovo stanovište je da su opšti uslovi poslovanja po svojoj prirodi i karakteru uopšteni i nepersonalizovani vodiči, napravljeni sa ciljem da budu upotrebljeni u brojnim različitim situacijama. Zbog toga Rajzer ističe da su opšti uslovi poslovanja slični zakonu, bez obzira na to što nemaju obavezujuću pravnu snagu koju imaju zakoni (Raiser, 1935, p. 69; prema: Neumayer, 2008, p. 24).

Ako se uzme u obzir društvenopolitički koncept i ideologija koja će postati obeležje čitavog nemačkog uređenja i režima u narednom periodu, što je razumljivo imalo određeni uticaj i na pravno rezonovanje, ne iznenađuje činjenica da je nacionalsocijalizam uticao na opredeljenje vlasti da nastoje da na obavezujući način regulišu sve koji učestvuju u ekonomskim aktivnostima (Neumayer, 2008, p. 24). Na taj način se normativno razumevanje opštih uslova poslovanja utemeljilo, jer se išlo za logikom: ako su opšte uslove formulisali privredni subjekti, onda ih kao takvi obavezuju kao da su zakon, iz kog razloga sve pravne operacije u koje subjekt koji je formulisao opšte uslove poslovanja ulazi moraju uključivati takve opšte uslove, i to bez obzira na pitanje da li je među ugovornim stranama o tome postignuta ili ne neposredna saglasnost (Vukadinović, 2019, p. 102). Neumayer (2008, p. 24) objašnjava da je na ovaj način Nemačka, za vreme tog istorijskog perioda, faktički ovlasila privredne subjekte da sami formulišu i time sami stvaraju pravo, čime, logički izvedeno do kraja, opšti uslovi poslovanja dobijaju karakter materijalnog prava, te gube ugovornu prirodu jer njihova primena ne zavisi od volje ugovornih strana.

Normativna teorija o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja, koja ih je razumela kao propis i odricala im ugovorni karakter, bila je veoma uvažena i prihvaćena od strane velikog broja nemačkih pravnih pisaca i kao takva se i poštovala i dugo održala u nemačkom pravu, i to ne samo među pravnim teoretičarima. Neumayer (2008, p. 25) navodi da ni sudovi u Nemačkoj nisu razmatrali kao posebno pravno pitanje inkorporaciju opštih uslova poslovanja u ugovor, odnosno punovažnost i autonomiju volje, već je pažnja bila usmerena samo na sadržinu opštih uslova poslovanja.

Međutim, s vremenom, a naročito nakon rata, među nemačkim pravnim piscima sve se više preispituje normativna teorija, tako što se postavljaju legitimna i suvisla pitanja odakle privrednim subjektima i njihovim udruženjima pravo da sistematski narušavaju dobro izbalansirane zakonske norme koje su pažljivo formulisane tako da obezbede ravnopravni odnos između strana ugovornica (Vukadinović, 2019, p. 103). Ovakva pitanja su podstakla istraživače i pravne pisce da iznova ispituju da li je utemeljeno i opravdano na takav način zaobilaziti pravila zakona. Takva diskusija je među nemačkim pravnim teoretičarima dovela do toga da je uočena negativna strana normativnog odgovora na pitanje o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja, te je ovoj koncepciji, a time i privrednim subjektima i njihovim udruženjima, odnosno konceptu autonomnog prava trgovine stavljeno na teret da uzurpira moć. Ovakvi kritički tonovi, koji postepeno postaju sve snažniji i sa utemeljenom argumentacijom, dovode do jačanja ugovorne koncepcije kao odgovora na pitanje prirode opštih uslova poslovanja, te ih ugovorna teorija stavlja u okvire ugovornog

prava, zbog čega njene pristalice ističu stav da se na njih neizostavno primenjuju opšti principi obligacionog i privrednog ugovornog prava, mada je među nemačkim pravicima pažnje vredan odjek imao i Hauss, koji ukazuje i na pojedine poteškoće i izazove pri svrstavanju opštih uslova i srodnih izvora u materiju ugovornog prava (Neumayer, 2008, p. 25). Čak je i čuveni Rajzer na kraju, kao i veliki deo nemačkih pravnikâ, odbacio teorije o objektivnom pravu i pridružio se kategoričnom tvrđenju da opšti uslovi stiču pravnu snagu samo i jedino u okviru ugovora (Vilus, 1976, pp. 122–123), što i nije iznenađujuće kada se uzme u obzir činjenica da je s vremenom, iako pod početnim uticajem normativista, Rajzer postajao sve oprezniji, pa nauka beleži i njegov preobražaj, koji bismo mogli označiti kao „međufazu“ u kojoj je uviđao da su opšti uslovi funkcionalno slični, ali formalnopravno različiti od pozitivnog prava, te ih je tokom tranzitorne faze označavao i kao normativne običaje prometa.

Moglo bi se reći da razvoj nemačkog prava opštih uslova poslovanja karakteriše sklad između pravne teorije, zakonodavstva i sudske prakse. Kao što je u prvom periodu pravnoteorijski stav o normativnoj pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja bio u skladu sa pravnim pitanjima kojima su se nemački sudovi prioritetno bavili, tako se postepenim jačanjem ugovorne teorije i povećavanjem broja njenih pristalica među nemačkim teoretičarima menja i sudska praksa, jer su sudovi u Nemačkoj počeli da značajnu pažnju posvećuju pitanju punovažnosti i uključivanju opštih uslova poslovanja u ugovorni odnos, a ne samo njihovoj sadržini (Vukadinović, 2019, p. 103). Primat ugovorne teorije dovodi do fokusiranja na različita pitanja uključivanja opštih uslova poslovanja u ugovor, na primer da li je druga ugovorna strana (koja ih nije sastavila) imala svest ili saznanje o njihovom postojanju, da li su oni izričito ili prećutno inkorporisani u pojedinačni ugovor i slično, što suštinski dovodi do ključnog načela ugovornog prava a to je načelo autonomije volje, odnosno, na nivou zaključenja ugovora, pitanje ima li saglasnosti volja dve strane o tome da se opšti uslovi poslovanja primene na konkretan ugovorni odnos.⁵ O ovakvom stanju stvari u nemačkom pravu opštih uslova poslovanja obaveštava nas profesor Wolfgang Marschall von Bieberstein (Pravni fakultet u Frankfurtu na Majni) koji 1978. godine navodi da ugovorni karakter opštih uslova poslovanja nije u sumnji, jer se opšti uslovi poslovanja primenjuju samo ako su ugovorne strane saglasne o tom delu ugovora zaključenog između njih (Bieberstein, 1978, p. 16).

3. Specifičnost ranog nemačkog zakonodavnog pristupa: poseban zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja

Razvoj nemačkog pozitivnopravnog pristupa prema opštim uslovima poslovanja kretao se od posebnog zakona do njegovog ukidanja i suštinskog uvođenja odredaba tog zakona u već postojeći građanski zakonik. Sažeto, moglo bi se reći da je došlo do promene mesta u sistematizaciji građanskopravnih normi i to na način: od posebnog dela do opšteg, ali da su pritom suštinski pravni mehanizmi nemačkog nacionalnog pristupa očuvani.

⁵ Vid. Neumayer, 2008, p. 26.

Pravnodogmatska specifičnost razvoja nemačkog prava opštih uslova poslovanja ogleda se i u činjenici da je u SR Nemačkoj bio donet i primenjivao se poseban zakon o opštim uslovima poslovanja. Zvaničan naziv ovog zakona je *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, premda se u nemačkoj literaturi najčešće skraćeno obeležava kao AGB-Gesetz.⁶ Zapadnonemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja donet je 9. decembra 1976. godine, s tim da se primenjivao kao pozitivno pravo počev od 1. aprila 1977. godine, pa sve do 1. januara 2002. godine. Razlog prestanka važenja ovog zakona je u činjenici da je došlo do izmena i dopuna BGB-a koji je uključio u sebe i odredbe o opštim uslovima poslovanja.

Bieberstein (1978, pp. 13–24) ističe da je odlika donošenja navedenog zapadnonemačkog zakona u tome što predstavlja kapitalnu promenu u načinu regulisanja materije opštih uslova poslovanja. Ta promena se očituje u činjenici da su pre donošenja tog zakona sudovi vršili kontrolu korišćenja i sadržine opštih uslova poslovanja, pri čemu su postojale jedino zabrane određenih odredaba u vezi sa nekim poslovima, dok donošenje navedenog zakona predstavlja celovitu regulativu date materije, koja je pritom prvi put učinjena na takav opšti način.

Zapadnonemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja sadržao je 30 paragrafa koji su sistematizovani u okviru pet odeljaka. Taj zakon sadrži najpre materijalno-pravne odredbe, koje započinju definicijom kojom se opšti uslovi poslovanja određuju kao unapred formulisani uslovi ugovora za veći broj ugovora koje jedna ugovorna strana (korisnik) postavlja drugoj ugovornoj strani pri zaključenju ugovora. Svejedno je da li odredbe sačinjavaju posebno izdvojeni sastavni deo ugovora ili su unete u sam tekst ugovora, koliki im je obim, u kojoj vrsti pisma su redigovane i kakvu formu ima ugovor.⁷ Kao i ovu definiciju, koja se suštinski održala i u aktuelnoj verziji BGB-a, nemačko zakonodavstvo i pravnu teoriju karakteriše i opredeljenje za upotrebu termina korisnik kojim se označava subjekt koji primenjuje opšte uslove poslovanja prilikom zaključivanja ugovora, pri čemu nije od značaja da li je korisnik (primenjivač) samostalno pripremio sopstvene opšte uslove poslovanja ili koristi i primenjuje opšte uslove poslovanja koje je formulisao neki drugi subjekt.

Pravna pitanja koja je taj zakon uredio još 1976. godine i danas su aktuelna i predmet su zakonskog uređenja i u drugim državama. To su pitanja unošenja u ugovor neočekivanih klauzula, primata posebnih pogodbi, nejasnih odredaba i njihovog tumačenja, pravnih posledica u slučaju neunošenja u ugovor i nevažnosti, zabrane zaobilaženja, granica kontrole sadržine, generalne klauzule, zabrane klauzula sa mogućnošću cenjenja (procene) i zabrane klauzula bez mogućnosti cenjenja (procene).

Iako se u savremenoj terminologiji nešto drugačije naslovljavaju ili imenuju, navedena pitanja su i danas, nakon 45 godina od donošenja tog zakona, veoma aktuelna. Rešenja koja taj zakon sadrži su uticala ne samo na razvoj prava u određenim nacionalnim državama već pre svega i na pravce razvoja osnova potrošačkog prava Evropske unije, kao

⁶ U prevodu na srpski jezik to je Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Tekst ovog zakona je na naš jezik preveo Vrleta Krulj, a prevod je u celini objavljen 1978. godine u naučnom časopisu Instituta za uporedno pravo *Strani pravni život* (Krulj, 1978, pp. 25–37).

⁷ Opšti uslovi poslovanja ne uzimaju se u obzir ako su se ugovorne strane o pojedinostima dogovorile u uslovima ugovora. Vid. § 1 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja (prevod Krulj, 1978, p. 25).

nadnacionalne organizacije. Od nabrojanih naslova paragrafa iz prvog odeljka zakona (materijalno-pravne odredbe) treba posebno ukazati na rešenje o unošenju u ugovor, saglasno kome opšti uslovi poslovanja postaju sastavni deo ugovora samo ako je korisnik pri zaključenju ugovora (1) drugu ugovornu stranu izričito na njih uputio ili, ako je izričito upućivanje zbog načina zaključenja ugovora moguće samo uz nesrazmerne teškoće, kad ih je na lako uočljiv način izložio na mestu zaključenja ugovora i (2) ako je drugoj ugovornoj strani omogućio da se, na način koji se opravdano može zahtevati, upozna sa njihovom sadržinom, i ako je druga ugovorna strana saglasna da oni budu primenjeni.⁸ Pažnje vredno rešenje odnosi se i na neočekivane klauzule jer, saglasno ovom zakonu, odredbe opštih uslova poslovanja koje su prema okolnostima, a naročito prema spolnjem izgledu ugovora tako neuobičajene da ugovorni partner korisnika o njima ne mora voditi računa ne postaju sastavni deo ugovora.⁹

Ovaj jedinstven zakon koji uređuje materiju opštih uslova poslovanja sadrži i dva zakonska pravila koja su danas nesporna i opšteprihvaćena kako u pravnoj teoriji, tako i u zakonodavstvu. Jedno karakteristično pravilo, sadržano u § 4, propisuje da posebne pogodbe u ugovoru imaju primat u odnosu na opšte uslove, a drugo je pravilo tumačenja *contra proferentem* koje se odnosi na nejasne odredbe (§ 5). Pravne posledice u slučaju neunošenja u ugovor i nevažnosti bile su ovim zakonom izričito uređene na način koji je uobičajen u ugovornom pravu. Tačnije, ako opšti uslovi poslovanja u celini ili delimično nisu postali sastavni deo ugovora ili su nevažeći, ugovor će važiti u ostalom delu. Ako odredbe opštih uslova nisu postale sastavni deo ugovora ili su nevažeće, sadržina ugovora se određuje na osnovu zakonskih propisa.¹⁰ Nemački zakonodavac je posebnom odredbom eksplicitno propisao zabranu izigravanja (ili zaobilazanja) tako što je u § 7 normirao da će se ovaj zakon primenjivati i onda kada se pravila koja sadrži zaobilaze (ili izigravaju) drugim aktima. Navedeno je značajno jer su u današnje vreme takve odredbe postale standard potrošačkog prava i neizostavno su sadržane u zakonima kojima se reguliše zaštita potrošača.¹¹

Odlika Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja jeste opšta, tj. generalna klauzula u § 9 koji propisuje da su odredbe opštih uslova poslovanja nevažeće kada ugovornom partneru, suprotno načelu savesnosti, nanose preteranu štetu. Saglasno ovom zakonu, šteta se u sumnji smatra preteranom kad se neka odredba ne može ugovoriti jer

⁸ Ugovorne strane mogu unapred da se dogovore da za određenu vrstu pravnih poslova važe određeni opšti uslovi poslovanja vodeći računa o zahtevima navedenim u stavu 1. Vid. § 2 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja (prevod Krulj, 1978, p. 26).

⁹ § 3 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja.

¹⁰ Uz gorenavedena dva stava, § 6 predmetnog zakona sadržao je i treći stav, kojim se propisuje da ugovor neće biti važeći ukoliko bi izvršavanje takvog ugovora do koga dolazi na osnovu zakonske promene iz gorenavedenog stava 2 ovog paragrafa za jednu od strana ugovornica predstavljalo takvu teškoću da ne bi bilo pravredno zahtevati od nje da je snosi.

¹¹ Tako, na primer, i srpski važeći Zakon o zaštiti potrošača sadrži odredbu saglasno kojoj se ovaj zakon primenjuje i na ugovore koji za cilj ili posledicu imaju izigravanje primene njegovih odredaba. Vid. čl. 3, st. 5 Zakona o zaštiti potrošača. Uz navedeno, naš citirani zakon u istom članu (čl. 3, st. 2) propisuje i ništavost odredaba ugovora koje direktno ili indirektno uskraćuju ili ograničavaju prava potrošača koja proizilaze iz ovog zakona (pri čemu ništavost pojedine odredbe ugovora, iz navedenog razloga, ne podrazumeva ništavost celog ugovora ako ugovor može da proizvede pravno dejstvo bez te odredbe).

se njom odstupa od bitnih principa zakonskog regulisanja ili se njom suštinska prava ili obaveze koje proizilaze iz prirode ugovora tako ograničavaju da je ugroženo postizanje cilja ugovora.¹² Opredeljenje nemačkog zakonodavca da za polazni kriterijum generalne klauzule odabere *bona fides* nije iznenađenje, jer je vezivanje za načelo savesnosti i poštenja (i inače) jedna od karakteristika nemačke civilistike, u kojoj se savesnost sreće kao konstituens, odnosno osnova i mnogih drugih građanskopravnih instituta.¹³

Osim navedene opšte odredbe o nepoštenim klauzulama, specifičnost ovog zakona ogleda se i u tome što sadrži i dve liste¹⁴ u kojima su popisane „nevažće“ odredbe opštih uslova poslovanja, a koje bismo savremenom pravničkom terminologijom naslovili kao nepoštene odredbe. Upravo ove odredbe, koje je nemački zakonodavac Zakonom o uređenju prava opštih uslova poslovanja normirao kao nevažće, danas prepoznajemo pod pojmom nepoštene ugovorne odredbe. Kada bismo nemački zakon o opštim uslovima poslovanja komentarisali današnjom prepoznatljivom terminologijom, onda bismo za § 10 tog zakona mogli reći da predstavlja „sivu“ listu. Taj paragraf je u vreme izrade nemačkog zakona naslovljen Zabrana klauzula sa mogućnošću cenjenja (procene), što znači da je to lista suspektnih odredaba, čija se punovažnost, odnosno ništavost ceni prema okolnostima slučaja. S druge strane, § 11 nemačkog zakona, koji je tada naslovljen Zabrana klauzula bez mogućnosti cenjenja (procene), danas¹⁵ bismo smatrali tzv. „crnom“ listom, tj. spisikom odredaba koje se uvek smatraju nepravičnim, pa time zabranjenim, odnosno ništavim.

Koliziono pravo je naslov drugog odeljka zakona, a taj odeljak sadrži paragraf (§ 12) koji rešava pitanje međudržavnog područja važenja, odnosno sukoba zakona.¹⁶ Treći deo zakona naslovljen je Postupak, a on sadrži detaljne odredbe o zahtevu za uzdržavanje i opozivanje,¹⁷ nadležnosti, postupku, saslušanju, dispozitivu presude, ovlašćenju za objavljivanje, prigovoru na odluku o zabrani, registru,¹⁸ dejstvima presude i vrednosti spora. Kada je reč o postupku, čini se zanimljivim ukazati na rešenje koje je u vezi sa dispozitivom

¹² § 9 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Vid. Krulj, 1978, p. 27.

¹³ Kao, primera radi, kod tzv. zloupotrebe prava, kod naknade štete zbog povrede ugovora itd.

¹⁴ Zakon sadrži i odredbu o granicama kontrole, saglasno kojoj se paragrafi § 9–11 odnose samo na one odredbe opštih uslova poslovanja kojima se stipulišu pravila koja odstupaju od pravnih propisa ili ih dopunjuju.

¹⁵ Aktuelni srpski Zakon o zaštiti potrošača pomenute dve liste odredaba imenuje kao: ugovorne odredbe koje se smatraju nepravičnim ugovornim odredbama bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja (čl. 44) i ugovorne odredbe za koje se pretpostavlja da su nepravične ugovorne odredbe ako se ne dokaže drugačije (čl. 45 Zakona o zaštiti potrošača).

¹⁶ Ova odredba može biti zanimljiva onima koji se bave međunarodnim privatnim pravom, a sadrži dve situacije u kojima se odredbe navedenog zakona uzimaju u obzir (kada ugovor podleže inostranom pravu ili pravu (tadašnje) Nemačke Demokratske Republike). Prva je ako je ugovor zaključen na osnovu javne ponude, javnog nadmetanja ili slične poslovne delatnosti korisnika koja se sprovodi u domenu primene ovog zakona. Druga situacija jeste kada druga ugovorna strana daje svoju izjavu koja je upravljena na zaključenje ugovora, pri čemu ima domicil (našom terminologijom prebivalište) ili stalno boravište na području primene ovog zakona.

¹⁷ Saglasno § 13, st. 4 Zakona, zahtevi za uzdržavanje i opozivanje zastarevaju u roku od dve godine od dana kada je lice koje je ovlašćeno da istakne ovakav zahtev saznalo za primenu ili preporuku nevažćih (nepunovažnih) opštih uslova poslovanja (subjektivni rok), a u svakom slučaju (bez obzira na saznanje) u roku od četiri godine od dana primene ili preporuke (objektivni rok).

¹⁸ Ovde se pod pojmom registar imao u vidu registar koji je vodio državni organ nadležan za kartele. Naime, § 20 Zakona sadržao je pravila prema kojima sud po službenoj dužnosti obaveštava Savezni ured za kartele o tužbama koje su podnete prema § 13 (zahtev za uzdržavanje i opozivanje) ili prema § 19 (prigovor na odluku

presude o spornim odredbama opštih uslova poslovanja nemački zakonodavac utemeljio još 1976. godine. To rešenje podrazumeva da ako sud oceni tužbu kao osnovanu, dispozitiv presude sadrži i: (1) tekst osporenih odredaba opštih uslova poslovanja; (2) naznačenje vrste pravnih poslova na koje odredbe opštih uslova poslovanja na kojima se zasniva zahtev za uzdržavanje nisu smele biti primenjene; (3) naredbu da se uzdrži od primene odredaba koje su po sadržaju iste kao odredbe opštih uslova poslovanja; (4) u slučaju osude na opozivanje, naredbu da se presuda objavi na isti način kao što je učinjeno sa preporukom.¹⁹

Područje primene je predmet uređenja četvrtog odeljka zakona. S tim u vezi treba posebno naglasiti da u okviru niza odredaba o stvarnom području primene, ovaj zakon sadrži eksplicitnu odredbu (§ 23, st. 1) prema kojoj se on (u celini) ne primenjuje na ugovore iz oblasti radnog, naslednog, porodičnog prava i prava trgovačkih društava. Uz to, isti paragraf u st. 2–3 određuje vrste ugovora na koje se ne primenjuju pojedine odredbe ovog zakona.²⁰ Poslednji (peti) odeljak zakona sadrži prelazne i završne odredbe u okviru kojih su dva paragrafa kojima se menjaju i dopunjuju Građanski zakonik²¹ i Zakon o upravljanju energijom.²²

4. Uticaj nemačke pravne teorije i zakonodavstva na druge nacionalne sisteme germanskog govornog područja i podsticaji za oblikovanje potrošačkog prava Evropske unije

Specifičnost u odnosu na ostale posebne zakone, koji su u vezi sa materijom srodnom opštim uslovima poslovanja, donošene u drugim državama u vreme kada je donet zapadnonemački zakon o opštim uslovima poslovanja, jeste da je ovo prvi i jedini zakon koji je i naslovom i dosledno sadržinom sistemski uredio pitanje opštih uslova poslovanja. U

o zabrani) i o presudama koje su u postupku prema jednom od ova dva paragrafa donete, i to čim postanu pravosnažne. Navedeni organ nadležan za kartele o obaveštenjima koja je primio od suda vodi registar, a upis u registar se briše posle 20 godina od kraja godine u kojoj je izvršen upis u registar, tako što se upisuje primedba (zabeleška) o brisanju. Citirani paragraf je sadržao i pravilo po kome se, na osnovu zahteva, svakome mora dati obaveštenje o izvršenom upisu koje sadrži podatke, pri čemu se oni razlikuju u zavisnosti od toga da li je podneta tužba ili je doneta presuda. Za tužbe su podaci sledeći: tužena strana, sud pred kojim se vodi spor, sa brojem predmeta i tužbeni zahtev, dok su za presude podaci: osuđena stranka, naziv suda koji je doneo odluku, sa brojem predmeta i dispozitiv odluke. Vid. Krulj, 1978, p. 33.

¹⁹ § 17 Zakona o uredjenju prava opštih uslova poslovanja. Naredni paragraf propisuje ovlašćenje za objavljivanje u smislu da se, ako je tužba prihvaćena, tužilac može, na njegov zahtev, ovlastiti da objavi dispozitiv presude sa označenjem osuđenog korisnika ili preporučioca o trošku tuženog u službenom glasilu, a preko toga na sopstveni trošak (s tim da sud može ovlašćenje vremenski ograničiti). Za prevod vid. Krulj, 1978, p. 33.

²⁰ Naredni § 24 uređuje radnje primene u pogledu lica na koja se primenjuje ovaj zakon.

²¹ Dopuna Građanskog zakonika odnosi se na unošenje § 476 kojim je uneta odredba: Ako je, umesto prava kupca na raskid ugovora ili na smanjenje cene, ugovoreno pravo na popravku, prodavac koji se obavezao da izvrši popravku mora da snosi i troškove potrebne za popravku, a naročito troškove prevoza, putne troškove, troškove za rad i materijal. Ovo ne važi ako su se troškovi povećali pošto je kupljena stvar posle isporuke prenet na drugo mesto van domicila ili poslovnog preduzeća primaoca, osim ako prenošenje odgovara svrsishodnoj upotrebi stvari. Vid. Krulj, 1978, p. 36.

²² Uz to i odredbe o ovlašćenju za donošenje uredaba, prelazne odredbe, Berlinska klauzula i odredba o stupanju na snagu.

drugim državama u kojima su u to vreme donošeni posebni zakoni, nacionalni zakonodavac je pažnju usmerio na standardne, jednoobrazne ugovore ili nekorektne ugovorne odredbe. U tom smislu reč je o dva zakona iz Izraela i Švedske. U Izraelu je, istorijski posmatrano, donet prvi poseban zakon, ali je on bio suštinski usmeren na tipske ugovore, a ne na opšte uslove poslovanja. Reč je o Zakonu o standardnim (jednoobraznim) ugovorima, donetom 1964. godine. Hronološki posmatrano, pri istraživanju geneze donošenja ovakvih posebnih zakona koji imaju određeni značaj za opšte uslove poslovanja, iako nemaju takav termin u svom naslovu, nakon Izraela, a pre Nemačke treba navesti Švedsku, u kojoj je 1971. godine donet Zakon o zabrani nekorektnih ugovornih klauzula. Prevod oba navedena zakona na srpski jezik objavio je Institut za uporedno pravo.²³

Nemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja je u svetu osoben po tome što je to prvi zakon kojim je celovito uređena materija opštih uslova poslovanja. Pri ovakvom stanju stvari treba pojasniti da to ne znači da su norme ovog posebnog zakona u isto vreme i prve pravne norme u svetu o opštim uslovima, jer pravna dogmatika uobičajeno ističe Građanski zakonik Italije kao prvi u svetu koji je na nivou građanske kodifikacije sadržao i odredbe o opštim uslovima, pri čemu se ističe da su se odredbe o njima (i to konkretno čl. 1341, 1342 i 1370 GZ) našle još u prvoj izvornoj verziji *Il Codice Civile Italiano* od 1942. godine. Ovakvo stanje u Italiji nije izuzetak, jer i kasnije u većini država nisu donošeni posebni zakoni o opštim uslovima poslovanja, već su odredbe o njima unošene u građanske kodifikacije ili u zakone kojima se uređuju obligacioni odnosi.

Zanimljivim se čini osvetliti još jedan, možda i nedovoljno poznat, aspekt ovog nemačkog zakona, a to je odnos između njega kao nacionalnog propisa i jedne od najznačajnijih direktiva za razvoj potrošačkog prava Evropske unije, koja je doneta 1993. godine. Naime, za evropskog zakonodavca problem opštih uslova poslovanja postaje interesantan već vrlo rano (početkom sedamdesetih godina prošlog veka) jer se uvidelo da je usklađeno regulisanje opštih uslova poslovanja za potrošačke ugovore nužan preduslov slobodnom kretanju roba i usluga, odnosno potrošača i trgovaca na jedinstvenom evropskom tržištu (Petrić, 2011, p. 57). U tom cilju je otpočeo rad na direktivi koja bi harmonizovala ovu materiju, jer je procenjeno da su rešenja koja su usvojena u nacionalnim pravima međusobno značajno različita.

Nemački zakon o opštim uslovima poslovanja iz 1976. godine predstavlja osnovu²⁴ za neka od rešenja koja je kasnije sadržala Direktiva 93/13/EEZ. Kada se upoređi sadržina ovog zakona i sadržina Direktive 93/13/EEZ, kojom se intenzivira razvoj evropskog prava potrošača, može se uočiti da je Direktiva o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima inspirisana rešenjima iz ovde razmatranog posebnog nemačkog zakona. Imajući u vidu dalji značaj ove direktive ne samo za razvoj potrošačkog prava Evropske unije već i njen snažan uticaj na nacionalna zakonodavstva prilikom transponovanja njenih rešenja u zakone država koje su danas države članice EU, ali i na zakonodavstva drugih zemalja, može se

²³ Prevod sa italijanskog na srpski jezik izraelskog Zakona o jednoobraznim ugovorima od 1964. godine objavljen je u časopisu *Strani pravni život* (Krulj, 1970, pp. 19-23). Prevod sa engleskog na srpski jezik švedskog Zakona o zabrani nekorektnih ugovornih klauzula od 1971. godine, objavljen je u časopisu *Strani pravni život* (Vilus, 1977, pp. 25-26).

²⁴ Vid. Vodinelić, 2014, p. 118.

zaključiti da su na opisani način nemačko pravo opštih uslova poslovanja i naročito nemački zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja izvršili određeni uticaj na oblikovanje potrošačkog prava Evropske unije i da imaju značajno mesto u njegovom razvoju.

Sa aspekta pravne dogmatike, danas deluje nesporan istaknuti uticaj nemačkog zakona na razvoj potrošačkog prava Evropske unije i stvaranje pravila ove nadnacionalne evropske organizacije, ali se može postaviti i pitanje uticaja pravnoteorijskih nemačkih razmatranja na tadašnji razvoj u drugim državama nemačkog govornog područja. U oblasti opštih uslova poslovanja, uticaj nemačkog prava i pravnoteorijskih rasprava koje su vođene u Nemačkoj na druge dve značajne pravne kulture u kojima se koristi nemački jezik nije bio dominantan da dovede do identičnog razvoja, već su i Austrija i Švajcarska imale sopstveni razvoj.

Kada je reč o Austriji, tadašnja dominacija nemačkog razumevanja opštih uslova poslovanja kao propisa, odnosno njihove normativne pravne prirode, nije se automatski pretila na austrijsko razumevanje ovog izvora prava. Opšti uslovi poslovanja su u Austriji izazivali interesovanje u okviru niza pitanja koja se razmatraju u vezi sa zaključenjem ugovora, te nije bilo značajnih odstupanja od opredeljenja da je mesto opštih uslova poslovanja u okvirima građanskog, odnosno ugovornog prava. Najpoznatiji zastupnik ugovorne teorije u austrijskom pravu bio je Ehrenzweig,²⁵ koji je isticao da šabloni izrađeni od jedne ugovorne strane, po pravilu ekonomski jače, ne predstavljaju samo ponudu za buduće ugovore koji bi imali da se zakluče, ali ne predstavljaju ni objektivno pravo (Vilus, 1976, p. 122). Kada je reč o pozitivnom pravu Austrije, situacija je slična. Austrijski građanski zakon iz 1811. godine je promenjen 1979. godine, a izmene i dopune su, između ostalog, obuhvatile i odredbu koja se odnosi na opšte uslove poslovanja, mada je ona šira i uopštenija, jer se odnosi i na druge izvore formularnog prava, a ne samo na opšte uslove poslovanja. Konkretnije, uneta je generalna klauzula saglasno kojoj neuobičajene klauzule sadržane u formularnim ugovorima (ugovornim obrascima, tipskim ugovorima, opštim uslovima poslovanja) neće postati deo ugovora ukoliko drugu ugovornu stranu (u odnosu na onu koja ih koristi) dovode u nepovoljniji položaj i ukoliko ta druga ugovorna strana, kada se sagledaju sve okolnosti slučaja, a naročito spoljašnji izgled formularnog ugovora, nije mogla da očekuje takve klauzule (dakle one su za nju iznenađujuće), osim ako je na njih izričito pristala.²⁶ Ova odredba § 864a i danas važi u neizmenjenom obliku više od 40 godina, te je sadržana i u aktuelnoj verziji Građanskog zakonika Austrije.²⁷ Kada se sagleda stav pravne teorije i zakonodavca Austrije, može se uočiti da je reč o konzistentnom stavu koji je usklađen sa osnovnim principom ugovornog (i šire privatnog) prava, a to je autonomija volje, odnosno sloboda ugovaranja, od koje se polazi i pri proceni punovažnosti opštih uslova poslovanja.²⁸

²⁵ Poznat po svom delu: Ehrenzweig, K. P, 1928, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, Wien.

²⁶ § 864a austrijskog Građanskog zakonika (vid. Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, ausgegeben am 30. März 1979, p. 782).

²⁷ Vid. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch).

²⁸ Vid. Lando & Beale, 2005, pp. 99, 151.

Kada se pođe od činjenice da u Švajcarskoj oko 60% stanovništva govori nemački jezik,²⁹ koji ima i status jednog od četiri zvanična jezika koji se koriste i u formalnoj korespondenciji, moglo bi se reći da stanje pravne teorije možda i iznenađuje jednako kao i u Austriji. To znači da stavovi nemačkih teoretičara o opštim uslovima poslovanja nisu postali preovlađujući ni u švajcarskoj pravnoj teoriji, u kojoj dominira stanovište o ugovornoj pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja. Iako je danas nesporna ugovorna priroda, pojedini švajcarski autori su u ranijem periodu kao posebnu vrstu izdvajali opšte uslove poslovanja osiguravajućih društava i banaka. Za opšte uslove poslovanja tih subjekata čak se navodilo da predstavljaju zakone bez zakonodavca (Neumayer, 2008, p. 27).

U neposrednom okruženju Nemačke, treba posebno istaći početke razvoja opštih uslova poslovanja u susednoj Holandiji. Holandski pravници su i rano i produbljeno analizirali i raspravljali pitanje opštih uslova poslovanja, tj. njihove pravne prirode. To interesovanje i intenzitet bavljenja ipak nisu nadmašili rasprave koje su vođene u tadašnjoj nemačkoj pravnoj teoriji, ali Holandija privlači pažnju iz drugog razloga, a to je jedna doktorska disertacija odbranjena 1913. godine u Amsterdamu koja je privukla pažnju pravničke struke. Razlog leži u tome što je njen autor Jansma identifikovao i ukazao na pravna pitanja koja se otvaraju u vezi sa opštim uslovima poslovanja³⁰ i zaključenjem ugovora uz njihovu primenu (Neumayer, 2008, p. 30).

5. Savremeno noveliranje nemačkog Građanskog zakonika u delu koji se odnosi na opšte uslove poslovanja

Nemački Građanski zakonik, odnosno u originalu *Bürgerliches Gesetzbuch*³¹ sa prepoznatljivom skraćenicom BGB, izmenjen je, odnosno noverilan, u okviru modernizacije obligacionog prava 2002. godine. Kada bi se analizirao samo hronološki tok (bez analize sadržaja razmatranog posebnog nemačkog zakona), mogao bi se steći utisak da je reforma bila podstaknuta između ostalog i potrebom da se izvrši implementacija pravila Direktive 93/13 EEZ o nepravednim odredbama potrošačkih ugovora.³² Iako bi na prvi pogled moglo da izgleda da je Nemačka izmenama Građanskog zakonika, tj. aktuelnim paragrafima § 305–310 preuzela pravila Direktive 93/13, kada se uporedi sadržina ranijeg nemačkog

²⁹ Prema podacima objavljenim 19. jula 2021. godine, 63% stanovništva Švajcarske govori nemački jezik. Vid. *What Languages Do They Speak in Switzerland?*

³⁰ Holandsko pravo, kao i većina drugih nacionalnih prava, ne fokusira se posebno samo na opšte uslove poslovanja, već zajedno na različite oblike i varijante formularnih ugovora, koje, usled francuskog uticaja, neretko naziva adhezioni ugovori. Zato i ne čudi da se ovi ugovori razmatraju u okviru ugovornog prava. Vid. Neumayer, 2008, p. 31.

³¹ Tekst važećeg BGB-a dostupan je na: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

³² Treba napomenuti da, suprotno karakteristici nemačkog prava u kome su tokom razvoja, a naročito pravnoteorijski, opšti uslovi poslovanja dovođeni u vezu i sa radnim pravom, odnosno kolektivnim ugovorima, u Preambuli Direktive 93/13 (tačka 10) izričito se navodi da se njena pravila, između ostalog, ne primenjuju na ugovore o zapošljavanju, što ne iznenađuje jer je ona usmerena na potrošačke ugovore, dok opšti uslovi poslovanja, osim što su predmet interesovanja potrošačkog prava, predstavljaju važan izvor prava u mnogim granama prava, tj. imaju širu primenu.

Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja i Građanskog zakonika Nemačke nakon noveliranja, može se uočiti da su pravna rešenja suštinski bitno slična, s tim da su odredbe drugačije sistematizovane, tako što su pojedine odredbe koje su u ranije važećem zapadnonemačkom zakonu predstavljale odvojene paragrafe sada povezane i organizovane u nešto manji broj paragrafa. Tako, na primer, § 305 (uključujući i § 305a, § 305b i § 305c) BGB-a sadrži definiciju opštih uslova poslovanja i sa tim povezano pitanje unošenja u ugovor, kao i pravila o primatu posebnih pogodbi, neočekivanim odredbama, tumačenju nejasnih odredaba, dok su ova pitanja u ranije važećem zakonu bila uređena u pet paragrafa (§ 1–5) ali u njima, osim nomotehničkih i jezičkih usklađivanja, nema suštinski značajnih razlika, već je reč o eventualno neznatno drugačijoj stilizaciji rešenja pravnih problema koja su već postavljena Zakonom o uređenju prava opštih uslova poslovanja. U tom smislu, § 306 Građanskog zakonika Nemačke aktuelno sadrži tri pravila koja imaju tri pravno identična rešenja koja su postojala u § 6 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja, a koja se odnose na pravne posledice u slučaju neunošenja u ugovor i nevažnosti.

Generalna klauzula, kao prepoznatljiva osnova nemačke kontrole, sadržana ranije u § 9 Zakona, sada je formulisana u okviru § 307 BGB-a. Kada se ranije citirani prevod tog člana Zakona na srpski jezik uporedi sa pozitivnopravnim rešenjem § 307 BGB-a, moglo bi se reći da umesto termina preterana šteta možemo kao adekvatan koristiti i termin neprimereno škođenje, kao i da se u sadašnjem § 307 BGB-a uočava i odredba da nepimereno škođenje može da proistekne i otuda što su odredbe nejasne i nerazumljive.³³

Kao što u razmatranom nemačkom zakonu, nakon generalne klauzule slede dva člana sa zabranjenim klauzulama, tako i važeći Građanski zakonik Nemačke sadrži istu materiju i isti raspored. Raniji § 10 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja sada je § 308 Građanskog zakonika Nemačke. Naslov ovog člana je u citiranom prevodu zakona preveden kao zabrana klauzula sa mogućnošću cenjenja, a pravila tog člana se u stvari odnose na odredbe opštih uslova poslovanja koje sadrže neodređene pravne pojmove (tzv. siva lista). § 11 nekada važećeg Zakona sada je § 309 Građanskog zakonika Nemačke. Reč je o odredbama (opštih uslova poslovanja) bez neodređenih pravnih pojmova koje su zabranjene, a što je u navedenom prevodu zakona naslovljeno kao zabrana klauzula bez mogućnosti cenjenja³⁴ (tzv. crna lista).

Kada se sagledaju navedene promene izvora prava koji uređuju opšte uslove poslovanja, a do čega je došlo u okviru modernizacije nemačkog obligacionog prava, može se reći da je u delu koji se odnosi na opšte uslove poslovanja nemački zakonodavac očuvao sopstvenu pravnu tradiciju i pravna rešenja prethodno važećeg posebnog zakona.

³³ U originalu BGB-a: *Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.*

³⁴ Vid. Krulj, 1978, pp. 28-31.

6. Zaključak

Ne samo što je nemačka pravna teorija svojim istraživanjima i razmatranjima o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja izvršila određeni uticaj na razvoj pravne nauke u drugim državama po ovom pitanju već je uticaj očigledan i sa aspekta pravne dogmatike, odnosno pravnih normi koje je formulisao nemački zakonodavac. Naime, mnoga pravna rešenja koja su uvedena zapadnonemačkim zakonom o pravu opštih uslova poslovanja su i danas, nakon 45 godina od donošenja, veoma aktuelna i deo su pozitivnog prava iako sam zakon više nije na snazi, ali su njegova rešenja uneta u važeće izvore građanskog prava. Taj zakon je ne samo uticao na razvoj drugih nacionalnih prava već je u značajnoj meri uticao i na razvoj potrošačkog prava na nivou Evropske unije, tako što su njegove odredbe korišćene u pripremi teksta jedne od najznačajnijih direktiva u toj oblasti.

U pogledu sistematizacijskog mesta pozitivnopravnih pravila o opštim uslovima poslovanja, pravnodogmatski razvoj Nemačke karakteriše pravac od posebnog ka opštem. Naime, Nemačka je najpre imala poseban zakon kojim je pravno uredila različita pitanja opštih uslova poslovanja, a potom je, u okviru reforme obligacionog prava 2002. godine odredbe tog zakona unela u građanskopravnu kodifikaciju.

Positivnopravna definicija opštih uslova poslovanja iz nemačkog zakona danas je uobičajena i njeni bitni elementi su se održali i sadržani su u raznim zakonima i zakonicima drugih država. Iako su i u drugim državama stvarani pojmovi o raznim ugovornim obrascima koji se zajedno mogu označiti kao izvori formularnog prava, pravnoteorijsko izgrađivanje pojma opštih uslova poslovanja (kao specifičnog izvora) vezuje se za Nemačku.

Kao i u svakom pravnom sistemu, faktička delotvornost pravne regulative se ne meri samo po sadržini i kvalitetu pravnih normi koje je donela zakonodavna vlast već i na osnovu postupanja sudske grane vlasti koja treba da obezbedi efikasnu pravnu zaštitu ne samo onoga što je zapisano već da spreči i izigravanje suštine i cilja. Upravo primer razvoja nemačkog prava opštih uslova poslovanja pokazuje kako su i stavovi pravne teorije uticali da se dođe do odličnog zakonskog rešenja, koje suštinski i danas važi, bez obzira na to što je iz posebnog zakona uneto u građanski zakonik, jer je to prevashodno pitanje sistematike. Nemačko iskustvo izneto u ovom radu može nam ukazati koliko je važno da se pri definisanju zakonodavnog okvira imaju u vidu kako sudska praksa i problemi sa kojima se sudska vlast suočila, tako i argumentacija koja se iznosi u radovima i raspravama pravnih teoretičara. Dodatno, kako pojedine odredbe zakona ne bi ostale samo slovo na papiru, može se i pohvaliti izričito rešenje koje je sadržao analizirani nemački zakon o opštim uslovima poslovanja a koje se odnosi na zabranu izigravanja, odnosno zabranu zaobilaženja putem drugih akata.

Kada se sistemski sagleda aktuelno pozitivnopravno zakonodavstvo Nemačke o opštim uslovima poslovanja, može se istaći da je njegova odlika sistem kontrole na više nivoa. Najpre, saglasno zakonskom pojmovnom određenju šta su opšti uslovi poslovanja, prvi stepen kontrole predstavlja kontrola punovažnog uključenja (inkorporacije) opštih uslova u ugovor. Ako su opšti uslovi poslovanja uspešno prošli pravno preispitivanje spram navedenog pitanja (prvi filter), otvara se naredno pitanje, a to je kontrola njihove sadržine. Sadržinska kontrola je kombinovanog tipa jer se sastoji od dva različita mehanizma. Jedan

mehanizam predstavljaju dva spiska ugovornih odredaba od kojih su neke automatski nevažeće (zabranjene), a druge podrazumevaju ocenu u zavisnosti od okolnosti slučaja. Drugi mehanizam jeste generalna klauzula koja je vezana za zlatno pravilo savesnosti i poštenja, što omogućava da, iako je neka ugovorna odredba prošla test dve liste odredaba (crne i sive liste), ona bude izuzeta od primene ako ne prođe test generalne klauzule. Navedeno pokazuje da nemačko pravo omogućava visok nivo zaštite kada su u pitanju opšti uslovi poslovanja i nepoštene ugovorne odredbe.

Literatura

- Großmann-Doerth, H. 2005. *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und Staatliches Recht*. In: Blaurock, U., Goldschmidt, N. & Hollerbach, A. (eds), *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft: Zum Gedenken an Hans Großmann-Doerth (1894-1944)*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hellwege, P. 2010. *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Krulj, V. 1970. Zakon o jednoobraznim ugovorima Izraela od 1964. godine (prevod sa italijanskog na srpski jezik). *Strani pravni život*, 68-69, pp. 19-23.
- Krulj, V. 1978. Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja - od 9. decembra 1976. godine. *Strani pravni život*, 100, pp. 25-37.
- Lando, O. & Beale, H. (ed.). 2005. *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, prepared by The Commission of European Contract Law. The Hague: Kluwer Law International.
- Neumayer, K. H. 2008. Contracting subject to Standard terms and conditions. In: Von Mehren, A. (ed), *International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VII Contracts in General*. Tübingen: Mohr Siebeck; Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Petrić, S. 2011. Institut općih uvjeta poslovanja u potrošačkom pravu Bosne i Hercegovine. *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse: zbornik radova devetog međunarodnog savetovanja*. Mostar: Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru i Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, pp. 51-74.
- Ranieri, F. 2009. *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3. vollständig überarbeitete Auflage. Wien/New York: Springer.
- Vilus, J. 1976. *Opšti uslovi formularnih ugovora*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Vilus, J. 1977. Zakon o zabrani nekorektnih ugovornih klauzula Švedske od 1971. godine (prevod sa engleskog na srpski jezik). *Strani pravni život*, 97, pp. 25-26.
- Vodinelić, V. 2014. *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik
- Von Bieberstein, M. 1978. Novi zapadnonemački Zakon o regulisanju opštih uslova poslovanja. *Strani pravni život*, 100, pp. 13-24.
- Vukadinović, S. 2019. *Opšti uslovi poslovanja u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu: pojam, zaključenje, tipične klauzule i kontrola*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu.

Vukadinović, S. 2020. Adhezioni ugovori u francuskom pravu. *Strani pravni život*, 64(1), pp. 5-15. doi: <https://doi.org/10.5937/spz64-25009>.

Internet izvori

What Languages Do They Speak in Switzerland?. Dostupno na: <https://www.educations.com/articles-and-advice/languages-spoken-in-switzerland-17884>.

Pravni izvori

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch). Dostupno na: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

Änderungen des ABGB, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, ausgegeben am 30. März 1979. Dostupno na: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1979_140_0/1979_140_0.pdf.

Bürgerliches Gesetzbuch. Dostupno na: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0013>.

Il Codice Civile Italiano. Dostupno na: http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm.

Italijanski građanski zakonik (preveo V. Radmilović, redakcija i predgovor R. Đurović). 1964. Beograd: Institut za uporedno pravo.

Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon.

Slobodan G. Vukadinović, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law, Union University, Belgrade, Serbia

e-mail: *slobodan.vukadinovic@pravnofakultet.rs*

LEGAL-THEORETICAL CHARACTERISTICS AND LEGAL-DOGMATIC DEVELOPMENT OF GERMAN LAW OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS

Summary

The aim of this paper is to explore the specifics of the German approach in resolving legal issues that are raised regarding general terms and conditions. Applying legal-dogmatic, comparative and legal-historical methods, the paper examines the characteristics and basic directions of development of German legal theory and legislation regarding general terms and conditions. The basics of understanding legal doctrine on the character and legal nature of general terms and conditions are laid out chronologically according to the time of creation and period of dominant influence. The paper highlights the extent to which the legal-theoretic and legal-dogmatic development of German law regarding general terms affected other German-speaking countries, primarily Austria and Switzerland. Legal-theoretic development in German law ranged from the strong dominance of normative theory to its strong critics that led to the empowerment of contractual theory. Normative legal development is characterized by the principle 'from a special law to the general part of the civil code'. The review of the relevant BGB paragraphs shows that when amending paragraphs of the BGB, the legal concept, which was shaped through German theory and legislation in a coherent whole and in a special law on regulating the general terms and conditions law, was preserved. The provisions of that law were essentially taken into the German Civil Code in 2002 as part of the reform of German contract law. This law not only affected the development of other national legal systems, but also had some impact on the development of consumer law at the European Union level. Namely, some of its provisions were used as the basis for one of the most important directives concerning unfair contractual provisions. The paper also points to the current mechanisms for controlling general terms and conditions through the control of the validity of inclusion (incorporation), the black and grey list of contractual provisions and the general clause.

Keywords: German law, German Civil Code, general terms and conditions, unfair contractual provisions, consumer.

Primljeno: 11. 9. 2021.

Izmenjeno: 27. 9. 2021.

Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

KONTROLA STRANIH DIREKTNIH INVESTICIJA U PRAVU EU U USLOVIMA KRIZE IZAZVANE PANDEMIJOM**

Sažetak

Poslednjih godina primetan je trend u pravcu češće i šire kontrole stranih direktnih investicija (SDI) iz trećih zemalja u okviru nacionalnih prava država članica EU. Stoga je to pitanje uređeno na komunitarnom nivou Uredbom (EU) 2019/452 o proveri SDI. U radu su objašnjeni razlozi promene odnosa prema unutrašnjim SDI iz trećih zemalja u državama članicama, a onda i na nivou EU. Potom je analiziran pravni okvir za SDI u EU, kako bi se utvrdile mogućnosti njihovog ograničavanja nacionalnim pravima. Posebna pažnja je posvećena Uredbi (EU) 2019/452, koja postavlja minimalne standarde za nacionalne mehanizme provere SDI. Konačno, autorka ispituje uticaj pandemije na odnos prema SDI u EU i zaključuje da je aktuelna kriza doprinela učvršćenju i daljem razvoju njihove kontrole.

Ključne reči: strane direktne investicije, Uredba (EU) 2019/452 o proveri stranih direktnih investicija, pandemija koronavirusa (COVID-19).

1. Uvod

Evropska unija je načelno otvorena za direktne investicije iz trećih zemalja (upor. Bickenbach & Liu, 2018, p. 18). Smatra se da strane direktne investicije pozitivno utiču na privredu, jer povećavaju broj radnih mesta, doprinose većoj konkurenciji i podstiču tehnološki napredak (upor. Adler, 2020, p. 852; Dimitrijević, 2019a, p. 49; Dimitrijević 2018, p. 72; Janačković & Janačković, 2019, p. 34). Otuda je u periodu nakon svetske finansijske krize politika Evropske unije bila naklonjena stranim direktnim investicijama, kako bi se postigao što brži ekonomski oporavak (OECD, 2020b, p. 5). Zahvaljujući takvom stavu, broj direktnih investicija u Evropsku uniju iz trećih zemalja beleži značajan porast od 2008. do 2018. godine. Pritom su direktne investicije iz trećih zemalja na teritoriji Evropske unije u principu bile slobodne, osim u pojedinim strože regulisanim sektorima privrede, poput bankarstva, osiguranja, tržišta kapitala i energetike, gde se u posebno regulisanim postupcima vršila njihova kontrola.

* Doktor pravnih nauka, vanredni profesor, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd, Srbija, e-mail: mirjanam@ius.bg.ac.rs

** Rad predstavlja rezultat projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Epidemija. Pravo. Društvo“ za 2021. godinu.

Poslednjih godina odnos Evropske unije prema unutrašnjim stranim direktnim investicijama se menja.¹ Nasuprot nekadašnjem isticanju isključivo pozitivnih strana direktnih ulaganja iz trećih zemalja, isprva su pojedine države članice, a potom i sama Evropska unija, počele da prepoznaju rizike i opasnosti koje preterano liberalan stav o ovom pitanju sa sobom nosi. Do pomenute promene došlo je pre svega zbog sve intenzivnijih direktnih ulaganja u evropske kompanije od investitora iz Kine (upor. Bickenbach & Liu, 2018, p. 15). S jedne strane, nakon globalne finansijske krize, cene akcija (odnosno udela) u mnogim značajnim evropskim kompanijama su pale, što je omogućilo njihovo jeftinije preuzimanje uz naknadu daleko ispod stvarne vrednosti (upor. Evenett, 2021, p. 8; Dimitrijević, 2019a, p. 58). S druge strane, uočeno je da kineski investitori često dobijaju različite državne podsticaje u Kini (na primer beskamratne kredite, odnosno državne subvencije) (Leonard *et al.*, 2019, p. 5; Janačković & Janačković, 2019, p. 30), koji im omogućavaju da steknu kontrolna kapital-učešća u evropskim kompanijama po cenama koje ostali učesnici, budući da posluju u skladu sa principima tržišne privrede, ne mogu da ponude (upor. Bickenbach & Liu, 2018, p. 16; Evenett, 2021, p. 12; OECD, 2020b, p. 6). Najzad, povezanost kineskih investitora sa državom dovodi do toga da njihova ulaganja nisu uvek zasnovana na ekonomskoj logici, već su ponekad motivisana širim, geopolitičkim ciljevima Kine (više vid. Leonard *et al.*, 2019, p. 3; upor. Evenett, 2021, p. 12; Janačković & Janačković, 2019, p. 30; OECD, 2020b, p. 6). Zahvaljujući tome, postoji bojazan da bi Kina u sprezi sa njenim investitorima u evropske kompanije mogla da koristi te investicije za pristup informacijama, tehnologiji i kritičnim resursima, uslugama, odnosno infrastrukturi, u svrhe političkog pritiska u odnosima sa Evropskom unijom (upor. Leonard *et al.*, 2019, p. 4; Bickenbach & Liu, 2018, p. 16).²

Iako se zabrinutost oko stranih direktnih investicija koje potiču iz Kine ponekada smatra preteranom, ona je uticala na pojedine države članice (na primer Nemačku, Francusku, Italiju) da radi zaštite svojih nacionalnih interesa dotadašnji načelno liberalan stav zamene konzervativnijim, protekcionističkim stavom. Otuda je u njihovim nacionalnim pravima uvedena mogućnost kontrole značajnih stranih direktnih investicija u regulisanom postupku u širem krugu sektora privrede. Uočivši trend koji je počeo da se razvija u nacionalnim pravima država članica, Evropska unija je odlučila da se tim pitanjem pozabavi usvajanjem Uredbe (EU) 2019/452 o uspostavljanju okvira za proveru stranih direktnih investicija u Evropsku uniju (FDI Screening Regulation, 2019; dalje: Uredba). Prvenstveni cilj Uredbe ogledao se u tome da spreči razvoj nacionalnih regulativa u pravcu prekomernog zatvaranja za direktne investicije iz trećih zemalja, uz postavljanje odgovarajućih minimalnih standarda u skladu sa politikom Evropske unije (Dimitrijević, 2019b, p. 10). Međutim, nakon njenog usvajanja dogodila se pandemija koronavirusa praćena dubokom privrednom krizom, koja je dodatno rasplamsala strah od unutrašnjih stranih direktnih investicija. S obzirom na to da je početak primene Uredbe usledio u jeku pandemije, njena pravila zajedno sa konkretnim nacionalnim propisima o kontroli stranih direktnih investicija postaju jedan od važnih mehanizama zaštite ekonomskog

¹ O razlici između unutrašnjih stranih direktnih investicija (*inward foreign direct investments*) i spoljašnjih stranih direktnih investicija (*outward foreign direct investments*) vid. Dimitrijević, 2019a, p. 48.

² O razlozima za pojačanu kontrolu stranih direktnih investicija vid. OECD, 2020a, pp. 6 i 7.

suvereniteta i bezbednosti Evropske unije, odnosno njenih građana. Kao posledica toga, povećava se broj država članica koje uređuju kontrolu unutrašnjih stranih direktnih investicija, proširuju se sektori privrede u kojima se vrši provera direktnih investicija, a postupak provere poprima redovni karakter.

2. Pravni okvir za strane direktne investicije u Evropskoj uniji

Nadležnost za uređenje kontrole stranih direktnih investicija je podeljena između Evropske unije i država članica (upor. Bickenbach & Liu, 2018, p. 16 fn. 9). Imajući u vidu da su strane direktne investicije obuhvaćene pojmom zajedničke trgovinske politike (Dimitrijević, 2018, p. 79), Evropska unija je isključivo nadležna da usvoji jedinstvene principe njihovog uređenja, kao i okvir za njihovu implementaciju (TFEU, 2012, Art. 3(1) (e), Art. 207(1, 2); Weiss & Fladerer, 2020, p. 867; više vid. Ugljanin Brunčević, 2017, p. 66; upor. Dimitrijević, 2019a, p. 52). Prema članu 207(2) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, Evropski parlament i Savet ovlašćeni su da u redovnoj zakonodavnoj proceduri usvajaju uredbe kojima definišu okvir za implementaciju zajedničke trgovinske politike, uključujući i strane direktne investicije. Kada je reč o konkretnoj nadležnosti za uobličavanje i implementaciju evropske politike stranih direktnih investicija, ona i dalje pripada državama članicama (Bickenbach & Liu, p. 16 fn. 9). Na osnovu izloženih pravila, Evropski parlament i Savet su 19. marta 2019. godine usvojili Uredbu koja uspostavlja okvir za proveravanje stranih direktnih investicija u Evropsku uniju, dok su države članice ostale slobodne da svojim nacionalnim pravima regulišu konkretne mehanizme i procedure proveravanja stranih direktnih investicija koje su planirane ili sprovedene na njihovoj teritoriji.

Kontrola direktnih investicija iz trećih zemalja predstavlja ograničavanje ili čak sprečavanje njihovog slobodnog priliva (upor. Dimitrijević, 2019b, p. 17 fn. 34; Dimitrijević, 2018, p. 76). Stoga se postavlja pitanje da li je i u kojoj meri dopušteno narušavanje te slobode komunitarnim pravom, odnosno nacionalnim pravima država članica. Ovde potencijalni problem predstavljaju postojeće međunarodne obaveze Evropske unije, preuzete pod okriljem Svetske trgovinske organizacije, kao i na osnovu trgovinskih i investicionih sporazuma sa trećim zemljama, ali i osnovne slobode na kojima počiva njeno jedinstveno tržište. S obzirom na to da su Evropska unija, uključujući i njene države članice, članovi Svetske trgovinske organizacije (STO), njih obavezuje Opšti sporazum o trgovini uslugama (GATS, 1995) u skladu sa kojim u odnosu na ostale članove STO u pogledu trgovine uslugama moraju da primenjuju princip najpovoljnije nacije (GATS, 1995, Art. II). Prema ovom sporazumu je članovima STO samo u određenim slučajevima i pod propisanim uslovima dozvoljeno da protiv slobodne trgovine uslugama usvajaju restriktivne mere neophodne za zaštitu njihovih bitnih bezbednosnih interesa, kao i mere neophodne za zaštitu javnog poretka, života ili zdravlja (GATS, Article XVI(a, b) i Article XVI bis(1)(b)). Dakle, kada države članice Evropske unije uvode kontrolu stranih direktnih investicija poreklom iz zemalja članica STO, moraju da paze na usklađenost takvih restriktivnih mera sa pravilima GATS-a.

Pored toga, uvođenje kontrole stranih direktnih investicija nacionalnim pravima država članica mora da bude u skladu sa komunitarnim pravom. U tom pogledu je, iz ugla osnovnih sloboda na kojima počiva jedinstveno tržište, važno utvrditi da li direktne investicije potpadaju pod slobodu (poslovnog) nastanjivanja ili slobodu kretanja kapitala. Ovo stoga što su domeni primene pomenute dve slobode, ali i mogućnosti država članica da od njih odstupe, bitno različiti. Sloboda nastanjivanja se primenjuje isključivo u odnosima unutar Evropske unije, te štiti lica iz jedne države članice koja žele da „na stabilnoj i trajnoj osnovi” učestvuju u privrednom životu na teritoriji druge države članice (TFEU, 2012, Art. 49(1)). Ako se strane direktne investicije kvalifikuju kao poslovno nastanjivanje, države članice jedino ne bi smele da protivno pravilima Ugovora o funkcionisanju Evropske unije usvajaju restriktivne mere koje ograničavaju takve investicije iz drugih država članica, dok bi kontrola stranih direktnih investicija iz trećih zemalja bila dozvoljena – u granicama postojećih međunarodnih obaveza.

Za razliku od slobode nastanjivanja, sloboda kretanja kapitala ima širi domen primene, budući da važi ne samo u odnosima unutar Evropske unije već i u odnosima sa trećim zemljama (Weiss & Fladerer, 2020, p. 868). Naime, Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (TFEU, 2012) obavezuje države članice da liberalizuju kretanja kapitala ne samo između sebe već i u odnosu na treće zemlje. Zahvaljujući tome, lica iz trećih zemalja koja žele da ulože kapital na teritoriji neke države članice takođe imaju pravo da se pozovu na slobodu kretanja kapitala, odnosno na zabranu restriktivnih mera koje države članice usvoje suprotno pravilima TFEU. Otuda, ako se strane direktne investicije kvalifikuju kao kretanje kapitala, države članice ne bi smele da protivno pravilima Ugovora o funkcionisanju Evropske unije usvajaju restriktivne mere koje ograničavaju takve investicije kako iz drugih država članica, tako i iz trećih zemalja.

Pojam direktnih investicija nije uređen primarnim, već sekundarnim izvorima prava Evropske unije. U skladu sa razvijenom praksom Suda pravde Evropske unije, pod direktnom investicijom se podrazumeva učestvovanje u preduzeću kroz posedovanje udela, odnosno akcija koje svom imaocu omogućavaju efektivno učešće u upravljanju i kontroli (*Commission v Netherlands*, par. 19; vid. i: Jovanić & Benkirane, 2014, p. 164; Radović, 2018, p. 107; upor. Weiss & Fladerer, 2020, pp. 867 i 868; Vilus *et al.*, 2008, p. 133; Ćirić, 2018, p. 9; Dimitrijević, 2019a, p. 47 fn. 7). Smisao direktne investicije se ogleda u uspostavljanju trajnije veze između lica koje ulaže kapital i preduzeća, a u cilju obavljanja određene privredne delatnosti (Directive 88/361/EEC, Annex I; upor. Vilus *et al.*, 2008, p. 133; Vukadinović, 2005, p. 299; Ćirić, 2018, p. 7; Dimitrijević, 2019a, p. 47; Cvetković & Zdravković, 2020, pp. 170 i 171). Na ovaj način definisana direktna investicija je obuhvaćena pojmom kretanja kapitala i jasno se razlikuje od portfolio investicije, kod koje se kapital-učešće stiće isključivo u nameri ulaganja novca, ali bez želje za ostvarenjem uticaja na upravljanje i kontrolu konkretnim preduzećem (Madner & Mayr, 2019, p. 30; Weiss & Fladerer, 2020, p. 868; Ćirić, 2018, p. 11; Cvetković & Zdravković, 2020, p. 172; Vukadinović, 2005, p. 302). Međutim, kada na osnovu direktne investicije ulagač preuzme kontrolu nad preduzećem, takva vrsta ulaganja se u pravu Evropske unije ne kvalifikuje kao kretanje kapitala, već isključivo kao nastanjivanje (Madner & Mayr, 2019, p. 30; Weiss & Fladerer, 2020, p. 869). Za razliku od toga, direktne investicije, koje ne podrazumevaju

preuzimanje kontrole nad preduzećem, ali ipak omogućavaju ulagaču da efektivno učestvuje u njegovom upravljanju, obuhvaćene su istovremeno i pojmom kretanja kapitala i pojmom nastanjivanja (Madner & Mayr, 2019, p. 30).

Iz izloženog se zaključuje sledeće. Kada strani direktni investitor namerava da stekne kontrolno kapital-učešće u nekom preduzeću na teritoriji Evropske unije, njegovo ulaganje se tretira kao poslovno nastanjivanje, pa je zaštićeno pravilima o slobodi nastanjivanja samo ako taj investitor potiče iz neke od država Evropskog ekonomskog prostora ili Švajcarske, dok u suprotnom to nije slučaj. Otuda države članice nisu ograničene komunitarnim pravilima ako žele da uvedu kontrolu takvih stranih direktnih investicija koje potiču iz trećih zemalja (Madner & Mayr, 2019, p. 32; Weiss & Fladerer, 2020, p. 869). Nasuprot tome, kada strani direktni investitor stiče kapital-učešće koje mu ne omogućava preuzimanje kontrole nad preduzećem, ali na osnovu koga on namerava da učestvuje u upravljanju tim preduzećem, njegovo ulaganje se tretira i kao nastanjivanje, ali i kao kretanje kapitala, zahvaljujući čemu je zaštićeno pravilima o slobodi kretanja kapitala čak i ako investitor potiče iz neke treće zemlje izvan Evropske unije (Weiss & Fladerer, 2020, p. 869). Stoga, države članice moraju da poštuju ograničenja propisana komunitarnim pravom kada žele da uvedu proveru stranih direktnih investicija ispod pragova kontrolnog kapital-učešća (na primer ulaganja u 10% ili više udela, odnosno akcija sa pravom glasa), ne samo u odnosu na države članice već i kada te investicije potiču iz trećih zemalja.

Prema Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije, sloboda kretanja kapitala podrazumeva da je državama članicama načelno zabranjeno da uvode ograničenja za kretanja kapitala između država članica, kao i između država članica i trećih zemalja (TFEU, 2012, Art. 63(1)). Od navedenog pravila postoji nekoliko izuzetaka koji služe zaštititi najvažnijih, osnovnih interesa Unije i njenih članica. Tako su, primera radi, ograničenja kretanja kapitala izuzetno dozvoljena kada je to opravdano iz razloga javnog poretka i javne bezbednosti (TFEU, 2012, Art. 65(1)(b); više vid. Radović, 2018, p. 116) ili zbog ozbiljnih teškoća u funkcionisanju ekonomske i monetarne unije (TFEU, 2012, Art. 66; više vid. Radović, 2018, p. 118). Uz to, ustaljena sudska praksa Suda pravde Evropske unije dozvoljava dodatne izuzetke kada je ograničenje kretanja kapitala opravdano zbog pretežnijih razloga u javnom interesu (Weiss & Kaupa, 2014, p. 301; Meškić & Samardžić, 2012, p. 380; *Commission v Poland*, par. 55; više vid. Radović, 2018, p. 117). Štaviše, zaštita javnog zdravlja je u sudskoj praksi Suda pravde Evropske unije izričito prihvaćena kao pretežniji razlog u javnom interesu, koji može da opravda uvođenje ograničenja slobode kretanja kapitala nacionalnim pravima država članica (*Commission v Italy*, par. 51; Kamalnath, 2021, p. 10). To je naročito značajno u današnjim uslovima krize izazvane pandemijom koronavirusa, jer u Evropskoj uniji postoji bojazan da bi strane direktne investicije u zdravstvene kapacitete, poput proizvodnje medicinske ili zaštitne opreme, ili u istraživačke institucije (na primer za razvoj vakcina) mogle da ugroze javno zdravlje njenih građana (upor. Guidance to the Member States, 2020, p. 1).

3. Uredba (EU) 2019/452 o proveri stranih direktnih investicija

Osim komunitarnih pravila o slobodama nastanjivanja i kretanja kapitala, države članice odnedavno moraju da vode računa i o pravilima posebne uredbe o proveri stranih direktnih investicija, ako u nacionalnim pravima imaju ili nameravaju da uvedu ograničenja takvih investicija na svojoj teritoriji. Reč je o Uredbi (EU) 2019/452 Evropskog parlamenta i Saveta o uspostavljanju okvira za proveru stranih direktnih investicija u Evropsku uniju, koja je doneta 19. marta 2019. godine, a počela je da se primenjuje 11. oktobra 2020. godine (FDI Screening Regulation 2019, Art. 17(2)). Glavni podsticaj za usvajanje Uredbe potekao je od država članica koje su svojim nacionalnim pravima propisale kontrolu stranih direktnih investicija kao odgovor na rastući trend takvih investicija poreklom iz Kine. Zaoštavanje odnosa prema kineskim stranim direktnim investicijama dovelo je do toga da su Italija, Nemačka i Francuska u februaru 2017. godine zatražile od Evropske komisije da pokrene proces usvajanja dodatnih komunitarnih pravila kako bi se proširile mogućnosti država članica da kontrolišu te investicije (European investment policy, 2017; Bickenbach & Liu, 2018, p. 17). U tom pogledu, cilj je bio da se propišu dodatni razlozi koji opravdavaju uvođenje restriktivnih mera protiv stranih direktnih investicija, a pre svega da se prihvate i ekonomski razlozi kao dovoljni za sprečavanje ili uslovljavanje konkretnih stranih direktnih investicija (Bickenbach & Liu, 2018, p. 17).³ Međutim, nasuprot konzervativnom stavu država članica, Evropska unija je donela Uredbu koja podržava liberalni pristup stranim direktnim investicijama i postavlja granice kontrolnim mehanizmima predviđenim nacionalnim pravima (upor. Bickenbach & Liu, 2018, p. 18). Otuda se već na samom početku preambule Uredbe ističe veliki značaj stranih direktnih investicija za razvoj Evropske unije i njena sledstvena posvećenost održavanju otvorenog investicionog okruženja za strane investitore (FDI Screening Regulation 2019, Recital 1 i 2).

Uredba je opšti propis koji se primenjuje na sve sektore privrede. Na taj način je obezbeđeno da njena pravila važe za mehanizme provere stranih direktnih investicija bez obzira na delatnost konkretnog preduzeća. Ovo je prvi izvor komunitarnog prava koji usvaja takav pristup, budući da su se raniji propisi Evropske unije bavili isključivo kontrolom stranih direktnih investicija u detaljno regulisanim sektorima (na primer bankarskom sektoru, sektoru osiguranja, tržišta kapitala, energetike). Pritom, specifična regulativa finansijskog i drugih posebnih sektora nastavlja da se primenjuje nezavisno od novouvedenih pravila Uredbe (FDI Screening Regulation 2019, Recital 37 i 38; vid. i: Dimitrijević, 2018, p. 77 i 78; Dimitrijević, 2021, p. 14), po principu odnosa posebnog i opšteg izvora prava.

Domen primene Uredbe odnosi se na strane direktne investicije koje su planirane ili sprovedene na teritoriji Evropske unije (FDI Screening Regulation 2019, Art. 1(1)). Pritom je pojam strane direktne investicije definisan široko tako da uključuje svaku vrstu ulaganja usmerenu ka uspostavljanju trajne i direktne veze između investitora iz treće zemlje i preduzeća koje obavlja privrednu delatnost u nekoj državi članici Evropske unije. Izloženi pojam svakako obuhvata, ali se ne ograničava samo na investicije koje omogućavaju

³ Komunitarni pravni okvir, inače, ne dozvoljava ograničenje slobode kretanja kapitala iz razloga ekonomske prirode. Vid. Adler, 2020, p. 855.

efektivno učestvovanje u upravljanju ili kontroli određene kompanije (poput, na primer, sticanja udela ili akcija iznad određenog procenta kapital-učešća). Nasuprot pravilima o osnovnim slobodama, za čiju primenu je značajno razgraničiti direktne investicije kojima se stiže kontrolno kapital-učešće od ostalih koje investitoru jedino omogućavaju uticaj na upravljanje i kontrolu preduzeća, pravila Uredbe se primenjuju podjednako na sve strane direktne investicije. Bitno je, međutim, da te investicije potiču iz neke treće zemlje izvan Evropske unije i da su usmerene ka obavljanju privredne delatnosti na teritoriji jedne ili više njenih država članica.

Uredbom se svakoj državi članici dozvoljava da svojim nacionalnim pravom usvoji mehanizam za proveru unutrašnjih stranih direktnih investicija iz razloga koji se tiču bezbednosti ili javnog poretka (FDI Screening Regulation 2019, Art. 3(1); Dimitrijević, 2021, p. 11). Iz toga proizlazi da državama članicama nije nametnuta obaveza usvajanja mehanizma za proveru stranih direktnih investicija, već im je isključivo potvrđena mogućnost da to učine. Prema tome, svaka država članica ima slobodu da odluči da li će da reguliše proveru stranih direktnih investicija svojim nacionalnim pravom (upor. Madner & Mayr, 2019, p. 33). „Provera” u smislu Uredbe podrazumeva proceduru za procenu, ispitivanje, odobravanje, uslovljavanje, zabranu ili poništaj određene investicije, dok se „mehanizam za proveru” shvata kao opšti pravni akt države članice (na primer zakon) koji uređuje navedenu proceduru.

Usvajanje mehanizma za proveravanje stranih direktnih investicija je dozvoljeno samo ako se provera vrši u svrhe zaštite bezbednosti ili javnog poretka. *Argumentum a contrario*, ekonomski razlozi ne opravdavaju uvođenje kontrole stranih direktnih investicija u državama članicama (na primer radi zaštite nacionalne privrede). U slučaju da se u postupku proveravanja utvrdi da će konkretna strana direktna investicija verovatno uticati na bezbednost ili javni poredak, država članica može da usvoji restriktivnu meru kojom je, primera radi, zabranjuje ili uslovljava. Uredba sadrži smernice u pogledu okolnosti koje države članice mogu i treba da ispituju u postupku provere određene investicije. U pitanju je otvorena lista okolnosti koje uključuju moguć uticaj konkretne strane direktne investicije na: kritičnu infrastrukturu (na primer za energiju, transport, vodu, zdravlje), kritične tehnologije (na primer u oblasti veštačke inteligencije, robotike, kvantne i nuklearne tehnologije, biotehnologije), snabdevanje kritičnim dobrima (poput energije, sirovina i bezbednosti hrane), pristup osetljivim informacijama, slobodu i pluralizam medija i sl. (FDI Screening Regulation 2019, Art. 4(1)). Prilikom procene verovatnoće uticaja strane direktne investicije na bezbednost ili javni poredak, države članice, takođe, mogu da uzmu u obzir: da li stranog investitora direktno ili indirektno kontroliše vlada, državni organi ili vojska treće zemlje, da li je konkretan strani investitor već bio uključen u aktivnosti koje utiču na bezbednost ili javni poredak u državi članici ili postoji ozbiljan rizik da investitor učestvuje u nezakonitim ili kriminalnim aktivnostima (FDI Screening Regulation 2019, Art. 4(2)).

U slučaju da država članica ima mehanizam za proveravanje stranih direktnih investicija ili ga izmeni, odnosno usvoji novi, prema Uredbi postoji njena obaveza da o tome blagovremeno obavesti Evropsku komisiju (FDI Screening Regulation 2019, Art. 3(7)). Uz to, država članica treba da se stara da nacionalna regulativa kontrole stranih

direktnih investicija, koju usvoji, bude u skladu sa minimalnim standardima propisanim Uredbom (FDI Screening Regulation 2019, Art. 3(2-6); Madner & Mayr, 2019, p. 8; Weiss & Fladerer, 2020, p. 868). Prvo, pravila mehanizma za proveru moraju da budu transparentna kako bi se obezbedila neophodna pravna sigurnost (više vid. Madner & Mayr, 2019, p. 28) i ne smeju da diskriminišu između različitih trećih zemalja. Drugo, nacionalnim mehanizmima treba da se uredi rokovi u okviru kojih se sprovodi proveravanje stranih direktnih investicija, čime se sprečava vremenski neograničena neizvesnost oko ishoda postupka provere. Treće, nužno je da se obezbedi zaštita poverljivih podataka, koji su u procesu proveravanja stavljeni na raspolaganje državi članici (više vid. Madner & Mayr, 2019, p. 28). Četvrto, stranom ulagaču mora da bude data mogućnost pravne zaštite protiv odluke nacionalnog organa vlasti u postupku proveravanja investicije (na primer pravo na žalbu u upravnom postupku, ili pravo na tužbu u upravnom sporu). Najzad, država članica treba da usvoji mere za prepoznavanje i sprečavanje zaobilaženja postojećeg mehanizma za proveravanje stranih direktnih investicija, odnosno za izbegavanje dejstava odluka usvojenih u postupku provere (Madner & Mayr, 2019, p. 11).

Kada reguliše kontrolu stranih direktnih investicija iz razloga bezbednosti ili javnog poretka, država članica mora da se stara o njegovoj usklađenosti sa izloženim pravilima komunitarnog prava. Istovremeno, ona ima obavezu da primenjuje princip srazmernosti, prema kome usvojeni mehanizam za proveru treba da bude podoban za postizanje cilja zaštite bezbednosti ili javnog poretka i ne sme da bude stroži od onog što je neophodno za ostvarenje te svrhe (Adler, 2020, p. 855; Madner & Mayr, 2019, pp. 33 i 36; Weiss & Fladerer, 2020, pp. 869 i 871).

Značajan deo pravila Uredbe posvećen je koordinaciji i saradnji na nivou Evropske unije – između država članica i Evropske komisije – u postupku provere stranih direktnih investicija (Weiss & Fladerer, 2020, p. 871; Madner & Mayr, 2019, p. 8). Razlog zbog koga su saradnja i koordinisano postupanje u ovoj oblasti naročito bitni predstavlja jedinstveno tržište i činjenica da ugrožavanje bezbednosti i javnog poretka zbog strane direktne investicije u jednoj državi članici lako može da utiče i na druge države članice i tako postane komunitarni problem. Otuda, Uredba zahteva od država članica da se u postupku provere određene investicije obavezno konsultuju sa Evropskom komisijom i ostalim državama članicama. U tom pogledu, Evropska komisija može da dà mišljenje o predmetnoj investiciji, a druge države članice svoje komentare ili dodatne informacije (FDI Screening Regulation 2019, Art. 6-8). U svakom slučaju, mišljenje, odnosno komentari nisu obavezujući za državu članicu koja sprovodi postupak kontrole strane direktne investicije (Dimitrijević, 2019b, p. 13).⁴ Izuzetno, kada je reč o investiciji koja će verovatno uticati na projekte ili programe od interesa za Evropsku uniju iz razloga bezbednosti ili javnog poretka, mišljenje Evropske komisije ima nešto veći značaj, budući da država članica koja sprovodi postupak kontrole od njega može da odstupi samo ako to posebno obrazloži (FDI Screening Regulation 2019, Art. 8(2)(c)).

⁴ Ipak, svaka država članica ima tzv. dužnost iskrene saradnje (*duty of sincere cooperation*), zahvaljujući kojoj mora ozbiljno razmotriti svaki komentar ili mišljenje koje dobije. Vid. European Commission, 2021a, p. 13.

4. Uticaj pandemije koronavirusa na kontrolu stranih direktnih investicija

Kriza izazvana pandemijom dodatno se negativno odrazila na odnos prema unutrašnjim stranim direktnim investicijama u Evropskoj uniji (Dimitrijević, 2021, p. 6). Ona je razotkrila „ranjivost” Evropske unije u određenim oblastima i podstakla razvoj odbrambenog i protekcionističkog stava (Evenett, 2021, p. 10). Tako je već 13. marta 2020. godine Evropska komisija izdala saopštenje pod nazivom „Koordinisani privredni odgovor na pandemiju virusa COVID-19”, kojim je državama članicama preporučila da budu na oprezu i da koriste sva raspoloživa sredstva kako bi sprečile gubitak kritične imovine i tehnologije (Coordinated economic response 2020). Pritom, u raspoloživa sredstva svakako spada i usvajanje, odnosno primena mehanizama provere stranih direktnih investicija iz razloga bezbednosti i javnog poretka. Restriktivniji odnos prema stranim direktnim investicijama predlagala je i predsednica Evropske komisije, istakavši da je Evropska unija i dalje otvorena za investicije, ali da u situaciji krize izazvane pandemijom ta otvorenost ne treba da bude безусловna (von der Leyen, 2020). Evropski komesar za trgovinu je u svom obraćanju bio još direktniji, rekavši da otvorenost tržišta mora da se ublaži odgovarajućim kontrolama stranih direktnih investicija, kako bi se sprečila rasprodaja strateške imovine u uslovima aktuelne krize (Hogan, 2020).

U duhu izloženih stavova, krajem marta 2020. godine usledilo je novo saopštenje Evropske komisije pod nazivom „Smernica za države članice u vezi sa stranim direktnim investicijama i slobodnim kretanjem kapitala iz trećih zemalja i zaštiti evropskih strateških dobara pre početka primene Uredbe (EU) 2019/452” (Guidance to the Member States 2020; dalje: Smernica). Navedenom smernicom Evropska komisija je pozvala države članice da u potpunosti koriste svoje postojeće mehanizme za proveru stranih direktnih investicija radi zaštite kritičnih sektora (Guidance to the Member States 2020, p. 2). S druge strane, države članice koje nemaju mehanizme za proveru stranih direktnih investicija ili čiji postojeći mehanizmi ne pokrivaju sve relevantne vrste transakcija pozvane su da u potpunosti razviju te mehanizme, a da u međuvremenu koriste druge raspoložive mogućnosti za rešavanje problema konkretnih investicija (Guidance to the Member States 2020, p. 2). Prema tome, iako je Uredba ostavila slobodu državama članicama da svojim nacionalnim pravima urede postupak kontrole stranih direktnih investicija, izbijanjem pandemije mehanizmi provere investicija postaju ne samo mogućnost već naročita preporuka.

Smernicom Evropske komisije potvrđuje se da je rizik za javno zdravlje obuhvaćen razlozima bezbednosti ili javnog poretka, koji opravdavaju sprečavanje ili ograničavanje konkretnih stranih direktnih investicija (Guidance to the Member States 2020, Annex, p. 3). Interesantno je da Smernica usled aktuelne zdravstvene krize proširuje ciljeve zbog kojih treba koristiti mehanizme provere stranih direktnih investicija na zaštitu od rasprodaje ne samo strateški značajnih evropskih preduzeća nego i ostalih preduzeća, uključujući mala i srednja preduzeća (Guidance to the Member States 2020, Annex, p. 3). Osim toga, Smernica podržava proširenje primene mehanizama provere i na portfolio investicije u skladu sa pravilima o slobodi kretanja kapitala, jer – po mišljenju Komisije – sticanje čak i manjih procenata kapital-učesća (na primer 5%) može da bude relevantno iz ugla bezbednosti ili javnog poretka (Guidance to the Member States 2020, Annex, p. 4).

Najzad, u okviru Smernice Evropska komisija pojašnjava opšti komunitarni pravni okvir za kontrolu stranih direktnih investicija iz trećih zemalja u periodu pre početka primene Uredbe, ističući da te investicije i nezavisno od Uredbe mogu da se ograniče ili spreče pozivanjem na postojeće izuzetke od slobode kretanja kapitala (Guidance to the Member States 2020, Annex, pp. 4-5).

Uoči početka primene Uredbe, u septembru 2020. godine Evropska komisija je izdala još jedno saopštenje pod nazivom „Izveštaj o strateškom predviđanju 2020” (Strategic Foresight Report 2020). Iz tog dokumenta se uočava da zabrinutost oko stranih direktnih investicija u Evropskoj uniji ne jenjava i da se njihova kontrola i dalje tretira kao adekvatno sredstvo u borbi za očuvanje ekonomskog suvereniteta Evropske unije.⁵ Kriza izazvana pandemijom koronavirusa dodatno je doprinela učvršćenju restriktivnijeg stava prema unutrašnjim stranim investicijama poreklom iz trećih zemalja, jer su strateški važne kompanije u finansijskim teškoćama (na primer u oblasti zdravstva ili odbrane) postale naročito izložene neprijateljskim preuzimanjima od stranih investitora (Strategic Foresight Report 2020, p. 19). Otuda, Evropska komisija smatra da će kontrola stranih direktnih investicija doprineti zaštiti bezbednosti i javnog poretka Evropske unije (Strategic Foresight Report 2020, p. 19).

5. Umesto zaključka

Kontrola stranih direktnih investicija predstavlja rastući trend u Evropskoj uniji još od 2016. godine (OECD, 2020b, p. 1; upor. Evenett, 2021, p. 5).⁶ Mnoge države članice, poput Austrije, Nemačke i Francuske, usvojile su mehanizme provere stranih direktnih investicija nezavisno od pandemije koronavirusa (OECD, 2020b, p. 2). Međutim, aktuelna kriza izazvana pandemijom, zajedno sa saopštenjima Evropske komisije iz 2020. godine, doprinela je ubrzanom razvoju postojećeg trenda širom Evropske unije (OECD, 2020b, p. 2). Pod uticajem tih okolnosti neke države članice, koje do tada nisu imale mehanizme provere stranih direktnih investicija u svim sektorima privrede (na primer Slovenija), usvojile su nove propise u ovoj oblasti, dok su druge države članice požurile sa donošenjem izmena njihovih postojećih mehanizama provere (na primer Nemačka) (OECD, 2020b, p. 3). Prema zvaničnim podacima objavljenim u julu 2021. godine, ukupno 18 država članica je regulisalo proveru unutrašnjih stranih direktnih investicija u svojim nacionalnim pravima.⁷

Ne samo da sve veći broj država članica uređuje kontrolu stranih direktnih investicija nego je primetna i tendencija širenja njenog domena primene (na primer propisivanjem

⁵ Ekonomski suverenitet je najvažniji oblik suvereniteta za Evropsku uniju kao celinu. Vid. Leonard *et al.*, 2019, p. 2.

⁶ Moguće je da jedan od razloga za to predstavlja činjenica da je u 2016. godini broj stranih direktnih investicija iz Kine u EU porastao za 90%. Vid. Janačković & Janačković, 2019, p. 30.

⁷ Tu spadaju: Češka, Danska, Nemačka, Španija, Francuska, Italija, Letonija, Litvanija, Mađarska, Malta, Holandija, Austrija, Poljska, Portugalija, Rumunija, Slovenija, Slovačka i Finska. Vid. European Commission, 2021b. Međutim, mehanizmi za proveru se od države do države značajno razlikuju. Više vid. Madner & Mayr, 2019, p. 6 i 29; Dimitrijević, 2018, p. 76.

nižeg praga kapital-učešća koji omogućava pokretanje postupka provere), tako da raste broj transakcija koje će potencijalno biti podvrgnute kontroli (OECD, 2020b, p. 3). Nasuprot ranijem liberalnom pristupu u skladu sa kojim je kontrola stranih direktnih investicija bila izuzetak od principa njihove slobode, u savremenim uslovima provera stranih direktnih investicija postepeno prerasta u pravilo (OECD, 2020b, p. 3). Pritom je pandemija koronavirusa specifično uticala na regulativu kontrole stranih direktnih investicija utoliko što su mehanizmi provere u državama članicama počeli da obuhvataju i sektore koji su vezani za zdravstvo, kao i one koji su finansijski najviše pogođeni usled novonastalih vanrednih okolnosti (OECD, 2020b, p. 4).

Literatura

- Adler, G. 2020. Das Investitionskontrollgesetz – Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in Österreich. *Ecolex*, 2020, pp. 852–856.
- Bickenbach, F. & Liu, W.-H. 2018. Chinese Direct Investment in Europe – Challenges for EU FDI Policy. *CESifo Forum*, 19(4), pp. 15–22. Dostupno na: <http://hdl.handle.net/10419/199017>, (25. 8. 2021).
- Ćirić, A. 2018. Vrste i izvori prava stranih investicija. U: Knežević, S. (ur.), *Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU – Zbornik radova: Knjiga peta*. Niš, pp. 5–28.
- Cvetković, P. & Zdravković, U. 2020. *Međunarodno ekonomsko pravo*. Niš.
- Dimitrijević, D. 2018. Saopštenje Komisije o prihvatanju stranih investicija uz zaštitu vitalnih interesa. *Evropsko zakonodavstvo*, XVII(65), pp. 71–84.
- Dimitrijević, D. 2019a. Regulatorni okvir Evropske unije o stranim investicijama. U: Jelisavac Trošić, S. (ur.), *Strane investicije u Srbiji – novi pogledi*. Beograd, pp. 45–77.
- Dimitrijević, D. 2019b. Uredba Evropskog parlamenta i Saveta o uspostavljanju okvira za proveru stranih direktnih investicija u Evropskoj uniji. *Evropsko zakonodavstvo*, 68, pp. 7–25.
- Dimitrijević, D. 2021. Primena pravnog okvira Evropske unije za proveru stranih direktnih investicija u vreme pandemije COVID-19. *Evropsko zakonodavstvo*, 75, pp. 5–19.
- Evenett, S. J. 2021. What Caused the Resurgence in FDI Screening?. *SUERF Policy Note*, 240, pp. 1–20.
- Janačković, M. & Janačković, T. 2019. Kineske strane direktne investicije u evropskim zemljama. *Ekonomski izazovi*, 8(16), pp. 28–39.
- Jovanić, T. & Benkirane, N. 2014. Liberalizacija deviznog poslovanja u Srbiji. U: Radović, V. (ur.), *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2014)*. Beograd, pp. 157–217.
- Leonard M., Pisani-Ferry, J., Ribakova, E., Shapiro, J. & Wolf, G. 2019. Redefining Europe's economic sovereignty. *Policy Contribution*, 9, pp. 1–23. Dostupno na: https://www.bruegel.org/wp-content/uploads/2019/06/PC-09_2019_final-1.pdf, (28. 8. 2021).
- Madner, V. & Mayr, S. 2019. *Rechtliche Probleme von außenwirtschaftlichen Schutzmechanismen zur Investitionskontrolle*. Wien: AK.
- Meškić, Z. & Samardžić, D. 2012. *Pravo Evropske unije I*. Sarajevo.

- Radović, M. 2018. Legitimate Restrictions on the Free Movement of Capital and Payments between the EU and SEE Countries. In: Popović, D. V. (ed.), *Legal Implications of Trade Liberalization under SAAs and CEFTA*. Belgrade: University of Belgrade – Faculty of Law, pp. 99–120.
- Ugljanin Brunčević, S. 2017. Nadležnosti Evropske unije nad stranim direktnim investicijama prema Lisabonskom sporazumu. *Revija za evropsko pravo*, XIX(2-3), pp. 61–74.
- Vilus, J., Carić, S., Šogorov, S., Đurđev, D. & Divljak, D. 2008. *Međunarodno privredno pravo*. Novi Sad.
- Vukadinović, R. D. 2005. *Međunarodno poslovno pravo – Opšti deo*. Kragujevac.
- Weiss, F. & Kaupa, C. 2014. *European Union Internal Market Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weiss, V. & Fladerer, C. 2020. Unionsrechtliche Schnittstellen des InvKG. *Ecolex – Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 10, pp. 867–871.

Internet izvori

- European Commission. 2021a. *Frequently Asked Questions on Regulation (EU) 2019/452 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union*. Dostupno na: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157945.pdf, (30. 8. 2021).
- European Commission. 2021b. *List of Screening Mechanisms Notified by Member States*, 14. 7. 2021. Dostupno na: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf, (28. 8. 2021).
- European investment policy: A common approach to investment control*, 28.7.2017. Dostupno na: https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/08/170728_Investment-screening_non-paper.pdf, (29. 8. 2021).
- Hogan, P. 2020. *Commissioner for Trade*. Dostupno na: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_528, (20. 8. 2021).
- Kamalnath, A. J. 2021. *The Center Cannot Hold: A Comparison of the FDI Screening Regimes of the United States and European Union in Addressing the West's China Problem*. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3861337, (30. 8. 2021).
- OECD. 2020a. *Acquisition- and ownership-related policies to safeguard essential security interests: Current and emerging trends, observed designs, and policy practice in 62 economies*, May 2020. Dostupno na: <https://www.oecd.org/investment/OECD-Acquisition-ownership-policies-security-May2020.pdf>, (20. 8. 2021).
- OECD. 2020b. *Investment Screening in Times of COVID-19 – and beyond*, 7. 7. 2020, Dostupno na: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=135_135247-aj6t8nmwlr&title=Investment-screening-in-times-of-COVID-and-beyond&_ga=2.199564972.329021869.1630918270-582447066.1625918828, (27. 8. 2021).
- von der Leyen, U. 2020. *President of the European Commission*. Dostupno na: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_528 (20. 8. 2021).

Pravni izvori i sudske odluke

- Council Directive 1988. Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty. *OJ L* 178, 8. 7. 1988, pp. 5–18.
- Strategic Foresight Report 2020. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – 2020 Strategic Foresight Report: Strategic Foresight – Charting the Course towards a More Resilient Europe, Brussels, 9. 9. 2020, COM(2020) 493 final.
- Guidance to the Member States 2020. Communication from the Commission – Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe’s strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation) (2020/C 99 I/01), Brussels, 25. 3. 2020, C(2020) 1981 final. *OJ C* 99I, 26. 3. 2020, pp. 1–5.
- Coordinated economic response 2020. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup – Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak, Brussels, 13. 3. 2020, COM(2020) 112 final.
- FDI Screening Regulation 2019. Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union. *OJ L* 79I, 21. 3. 2019, p. 1–14.
- TFEU 2012. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. *OJ C* 326, 26. 10. 2012, pp. 47–390. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, (12. 8. 2021).
- GATS 1995. General Agreement on Trade in Services. Dostupno na: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm, (23. 8. 2021).
- CJEU, Joined Cases C-282/04 and C-283/04 – *Commission v Netherlands*, Judgment of the Court, 28. 9. 2006, ECLI:EU:C:2006:608.
- CJEU, Case C-531/06 – *Commission v Italy*, Judgment of the Court, 19. 5. 2009, ECLI:EU:C:2009:315.
- CJEU, Case C-271/09 – *Commission v Poland*, Judgment of the Court, 21.12.2011, ECLI:EU:C:2011:855.

Mirjana Z. Radović, PhD, LL.M (Humboldt)

Associate Professor, Faculty of Law, University Belgrade, Serbia

e-mail: *mirjanam@ius.bg.ac.rs*

FOREIGN DIRECT INVESTMENTS SCREENING IN EU LAW AT THE TIME OF THE CRISIS CAUSED BY THE PANDEMIC

Summary

The European Union is generally open to inward foreign direct investments (FDI). However, over recent years there is a rising trend in screening of inward FDI from third countries in the Member States. As a result, the Regulation (EU) 2019/452 on screening of foreign direct investments was enacted. In this paper the author, firstly, explains the reasons for a change in treatment of inward FDI from third countries within the Member States and the EU itself. The second part of the paper contains an analysis of the legal framework for FDI in the EU, in order to determine the possibility of their restrictions through national legislations. Special attention is given to the FDI-Screening Regulation and its minimum standards for national screening mechanisms. Finally, the author examines how the COVID-19 pandemic affects the treatment of FDI in the EU and concludes that the current crisis has contributed to further expanding the scope and importance of their screening and control.

Keywords: foreign direct investment, FDI-Screening Regulation (EU) 2019/452, coronavirus (COVID-19) pandemic.

Primljeno: 13. 9. 2021.
Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

ZABRANA RASNE DISKRIMINACIJE PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE: KATAR PROTIV UJEDINJENIH ARAPSKIH EMIRATA

Sažetak

Predmet ovog rada su presuda Međunarodnog suda pravde po tužbi Katara protiv Ujedinjenih Arapskih Emirata o primeni Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije od 4. 2. 2021. godine i njen doprinos razvoju antidiskriminacionog prava. Primenom metoda pravne dogmatike, sociologije i filozofije analiziraju se motivi i procesne radnje stranaka, rezonovanje Suda i posledice presude. Rezultati istraživanja pokazuju da Sud nije uvažio praksu međunarodnih tela za nadzor ljudskih prava nego je usko i teleološki tumačio Konvenciju i utvrdio da se materijalni domašaj Konvencije ne odnosi na državljanstvo kao osnov diskriminacije. Ova presuda ne daje razloga za optimizam u pogledu dalje artikulacije i sistematizacije antidiskriminacionog prava, u kome će izvesno i dalje preovladavati parohijalizam po pitanju definisanja zaštićenih osnova i odnosa i svrha zaštite. S druge strane, ona je korisna za procenu procesnih izgleda u budućim istovrsnim postupcima, za razumevanje domašaja Konvencije, a posebno za razumevanje pojмова nacionalnosti i državljanstva u različitim kontekstima.

Ključne reči: Međunarodni sud pravde, rasna diskriminacija, nacionalnost, državljanstvo.

1. Uvod

Međunarodni sud pravde (dalje: MSP) 4. 2. 2021. godine okončao je spor o primeni Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (ICERD) po tužbi Katara protiv Ujedinjenih Arapskih Emirata (UAE). U presudi, MSP je prihvatio prvi prethodni prigovor tužene o njegovoj nenadležnosti *ratione materiae*, jer nije podveo mere UAE koje je Katar smatrao diskriminirajućim pod definiciju rasne diskriminacije iz čl. 1 ICERD-a (*Qatar v. UAE*).

Navedeni predmet zaslužuje pažnju stručne javnosti iz više razloga. Prvo, u ovoj stvari Katar je tražio pravnu zaštitu ne samo pred MSP-om nego i pred telom za nadzor

* Doktor pravnih nauka, master odbrambenih studija (King's College London), vanredni profesor, pukovnik pravne službe Oružanih snaga Bosne i Hercegovine, Sarajevo, Bosna i Hercegovina, ovlašćeni menadžer i saradnik Instituta za menadžment Ujedinjenog Kraljevstva (CMgr FCM1), e-mail: zrasevic@yahoo.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1424-3041>

poštovanja ICERD-a, tj. Komitetom za ukidanje rasne diskriminacije (dalje: Komitet). Ovo je bilo prvo pokretanje postupka pred Komitetom od strane jedne države i prvo dupliranje pravnozaštitnih zahteva pred Komitetom i MSP-om, čime su otvorene brojne dileme o odnosu MSP-a i tela za nadzor ljudskih prava ustanovljenim međunarodnim ugovorima (Pillai, 2019). Drugo, ovo je jedan od retkih sporova pred MSP-om čiji je predmet bio diskriminacija. Imajući u vidu da se antidiskriminaciono pravo etablira kao nova pravna disciplina,¹ koja je još uvek fragmentizovana i nedovoljno integrisana u diskurs ljudskih prava (Petrova, 2006, pp. 19, 23-25), argumenti najvišeg globalnog pravosudnog autoriteta imaju posebnu težinu u njegovoj daljoj sistematizaciji i artikulaciji. Treće, postavlja se pitanje u kojoj je meri tumačenje materijalnog domašaja ICERD-a od strane MSP-a u skladu sa progresivnim razvojem antidiskriminacionog prava koje je trasirano univerzalnim i regionalnim ugovorima ljudskih prava, praksom tela za nadzor koja su ustanovljena tim ugovorima i najboljim praksama suzbijanja diskriminacije.

Svrha ovog rada je utvrđivanje doprinosa ove presude razjašnjavanju pravnosistemskog odnosa opšteg međunarodnog prava i prava ljudskih prava, te razvoju antidiskriminacionog prava. U drugom delu se iznosi teorijski okvir, koji služi kao osnova za procesna i pravnodogmatska razmatranja data u nastavku. U trećem delu se analizira postupak i presuda MSP-a, a u četvrtom doprinos presude razvoju antidiskriminacionog prava.

2. Zabrana diskriminacije i zabrana rasne diskriminacije u međunarodnom pravu: poimanje, pravnosistemsko pozicioniranje i domašaj

Za bolje razumevanje postupaka i argumentacije MSP-a potrebna je odgovarajuća teorijska prolegomena o poimanju i razvoju zabrane diskriminacije u međunarodnom kontekstu, koja sledi u ovom delu rada. Pre toga, ukratko su izneseni formalni izvori zabrane diskriminacije u univerzalnom međunarodnom pravu.

Suzbijanje diskriminacije kao pojave opasne za međunarodni poredak u celini sadržano je u temeljnim dokumentima univerzalno prihvaćenih ljudskih prava, a rasa kao zaštićeno svojstvo ličnosti uvek prednjači. Tako u odredbama Povelje Ujedinjenih nacija, u čl. 1, st. 3, čl. 13, st. 1, tač. b) i čl. 55, tač. c), koje se odnose na poštovanje, ostvarivanje i uvažavanje ljudskih prava, rasa kao svojstvo ličnosti ima prioritet u odnosu na pol, jezik i veru. Taj prioritet je izražen i u temeljnim međunarodnim aktima ljudskih prava: u čl. 2 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (UDLJP), čl. 2, st. 1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (MPGPP) i čl. 2, st. 2 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (MPESKP), uz tu razliku što je lista zaštićenih osnova proširena i ostavljena otvorenom: pored osnova iz UDLJP-a, navode se i boja, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno poreklo, imovina, rođenje ili druge okolnosti. Na posebnu važnost zabrane rasne diskriminacije ukazuje i odredba čl. 4, st. 1 MPGPP-a koja zabranu diskriminacije po osnovu rase, pola, jezika, vere i društvenog porekla svrstava u

¹ U Srbiji se antidiskriminaciono pravo izučava kao posebna disciplina na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu. Vid. Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, n.d.

neprikosnovena prava koja se ne mogu derogirati čak ni u okolnostima državne nužde (Dimitrijević *et al.*, 2007, pp. 128-129). Univerzalna težnja da države preduzmu mere za ukidanje rasne diskriminacije je pozitivnopravno izražena odredbama ICERD-a, a njena definicija iz čl. 1, st. 1 se često ističe kao uzorna: radnja diskriminacije je definisana kao „svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koje se zasniva na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom poreklu i koje ima za cilj ili za rezultat da se naruše ili kompromituju priznavanje, uživanje ili vršenje, pod jednakim uslovima, prava čoveka i osnovnih sloboda u političkoj, socijalnoj, kulturnoj oblasti ili u svakoj drugoj oblasti javnog života“. Iz ove definicije izričito se isključuju sledeća razlikovanja, odnosno različita postupanja država: u st. 2 prema sopstvenim državljanima i nedržavljanima, u st. 3 „u pogledu državljanstva i prijema u državljanstvo“ i u st. 4 u odnosu na posebne mere kojima se afirmišu prava zaštićenih rasnih ili etničkih grupa.

Iz navedenih odredaba je vidljivo široko definisanje pojma diskriminacije upotrebom neodređenih izraza. Tek je relevantna praksa regionalnih i uzornih državnih tela za nadzor ljudskih prava artikulisala ovaj pojam putem testa diskriminacije u kojem se prvo proverava da li postoji razlika u postupanju, a zatim da li se nepovoljniji tretman određenog lica može objektivno i razumno opravdati legitimnim ciljem i srazmernošću sredstava za ostvarenje tog legitimnog cilja (Rašević, 2014, p. 26). Takvo shvatanje je prihvatio i CERD u svojoj Preporuci broj 30 (UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 2002) u st. 4, a MSP citirao u st. 100 presude. Definisanje domašaja zabrane diskriminacije je različito: lista zaštićenih svojstava ličnosti nije ista u svim izvorima, a isto tako i pravni odnosi na koje se ta zabrana odnosi se razlikuju. Ni sama priroda zabrane diskriminacije nije jedinstvena: u literaturi se ističu različita značenja, koja se mogu svrstati u tri grupe: prvo, subjektivno pravo da se ne bude diskriminisan praćeno korespondentnom obavezom da se ne diskriminišu drugi; drugo, načelo uživanja ljudskih prava i treće, javni interes, odnosno politika (Rašević, 2014, p. 21). Ovakve razlike i nejasnoće su isto tako prisutne i u regionalnim ugovorima ljudskih prava i unutrašnjim pravnim sistemima, tako da i proponenti antidiskriminacionog prava kao posebne pravne discipline koja prevazilazi granice klasičnih pravnih disciplina (Gajin, 2011, p. 145) ističu da na sistematizaciji i artikulaciji mora da se još poradi.² U tom poduhvatu se ne mogu uskoro očekivati veliki uspesi, jer se u sadašnjem trenutku radi o disciplini čiji se značaj umanjuje u javnom diskursu i za koju nije izvesno da će biti transformisana novim briljantnim teorijskim nalazima (Rutherglen, 2013, p. 137).

Uprkos ovakvim nedorečenostima i nekonzistentnostima u poimanju i određivanju domašaja slobode od diskriminacije, u teoriji međunarodnog prava vlada nepodeljeno mišljenje o njenoj izuzetnoj važnosti za međunarodni poredak. Ističe se da se radi o *ius cogens*, imperativnoj normi međunarodnog prava, jer joj „pripada mjesto prije ostalih

² „U sadašnjem trenutku, zabrana diskriminacije pati od tereta ekstremne fragmentacije. Različiti osnovi diskriminacije [...] su regulisani različito. U onim pravosuđima u kojima ima više predmetne prakse, pitanje jednakosti je upetljano u fragmentaciju, hijerahiju i nekonzistentnost zaštićenih osnova. Razne forme zaštite protiv diskriminacije su razasute kroz sva relevantna područja društvenog života [...]. Neravnomeran napredak pravnih normi koje određuju zaštitu unutar određenih osnova [...] ili unutar određenih sektorskih područja [...] rasvjetljavaju skrpljeno, nejednako i nekoherentno polje politika identiteta [...] opšti i univerzalni aspekt koncepta nediskriminacije kao ljudskog prava nije dobro razvijen“ (Petrova, 2006, pp. 23-25).

ljudskih prava upravo stoga što posljedice njezina kršenja, tj. mjere diskriminacije imaju uvijek nehumane i dalekosežne posljedice [...] uvijek i neizbježno proizvodi masovna i sustavna kršenja ljudskih prava“ (Degan, 2000, pp. 507, 508).

Drugi argument o sve većem značaju zabrane diskriminacije kao ustanove ljudskih prava je opšte mesto u filozofiji međunarodnog prava: ističe se da je međunarodni pravni poredak sve manje usmeren na države i sve više okrenut ka ljudskim pravima, a da se pitanja legitimiteta ljudskih prava i međunarodnog prava ne mogu odvojiti (Buchanan, 2010, pp. 94, 96). Drugim rečima, opšta funkcija međunarodnog prava je ne samo da uredi međunarodne odnose nego i da promoviše ljudska prava (Griffin, 2010, p. 353).

Dakle, zabrana diskriminacije, posebno rasne, zauzima visoko mesto u hijerarhiji izvora međunarodnog prava. Pri tome nisu uniformno i jasno definisani pojam, priroda i domašaj ove ustanove, što ostavlja široku diskreciju univerzalnim i regionalnim telima za nadzor njenog poštovanja da ocene šta je diskriminacija i gde su granice zaštite od ove opasne društvene pojave. Iako MSP nije takvo telo, argumentacija najvišeg globalnog pravosudnog tela u predmetima koji imaju za predmet poštovanje međunarodno priznatih ljudskih prava od strane država je svakako od ključne važnosti za razumevanje ove ustanove i progresivni razvoj antidiskriminacionog prava. U nastavku sledi analiza njegovog poslednjeg doprinosa takvoj argumentaciji u sporu između Katara i UAE.

3. Spor između Katara i UAE. Pravna kvalifikacija, postupak i presuda

Da bi se bolje razumela priroda sporenja Katara i UAE, treba imati u vidu geopolitičke, političke, ekonomske i socijalne specifičnosti ovih država. Sličnosti i bliskosti između njih su velike: radi se o bivšim britanskim kolonijama situiranim u uvek neuralgičnom Persijskom zalivu, koje su stekle nezavisnost 1971. godine. Dalje, obe države su apsolutne monarhije u kojima su političke partije zabranjene, a parlament ima savetodavnu ulogu, a pravni sistemi su im skrojeni kombinacijom anglosaksonskog i šerijatskog prava. Obe države poseduju ogromne zalihe nafte i gasa, koje predstavljaju temelj njihovog ekonomskog uspeha. Na globalnoj listi bruto nacionalnog dohotka po glavi stanovnika, Katar je rangiran na visoko 6. mesto, a UAE na 13, a po bruto nacionalnoj štetnji Katar je na prvoj, a UAE na 39. poziciji. Populacija obe države je bila prvobitno arapska i sada je relativno mala (Katar ima oko 2,5 miliona, a UAE nešto manje od 10 miliona stanovnika), a pri tome radna imigracija iz zemalja iz okruženja čini skoro 90% stanovništva, bez mogućnosti sticanja dvojnog državljanstva i sa nepovoljnim izgledima za naturalizaciju. Obe države su prihvatile povelje i tako postale članice Arapske lige (*Arab League*) i Saveta za saradnju država Zaliva (*Gulf Cooperation Council - GCC*). Tačka razilaženja, koja je na kraju dovela do predmetnog spora, bila je podrška Katara Iranu i prevratničkim političkim i vojnim pokretima u regionu. Ta podrška je bila direktno suprotna politikama saveznika: UAE, Bahreina, Saudijske Arabije i Egipta, koji su zbog toga u junu 2017. godine prekinuli diplomatske odnose sa Katarom (CIA, 2021). Mere međunarodnog pritiska su uključile i represivne mere UAE prema Kataru i njegovim državljanima koji su se našli na teritoriji ove države. Zbog tih mera Katar se 8. 3. 2018.

godine obratio Komitetu, kao telu UN za nadzor na osnovu čl. 11 ICERD-a,³ što je bilo prvo saopštenje države o kršenju ICERD-a u istoriji. Komitet je prihvatio nadležnost i formirao *ad hoc* Komisiju za mirenje koja je zadejstvovana od 1. 3. 2020. godine. Usledilo je i podnošenje tužbe.

3.1. Postupak pred MSP-om: pravna kvalifikacija spora i procesne radnje strana

Drugi korak Katara je bio pokretanje postupka pred MSP-om. U tužbi od 11. 6. 2018. godine, u st. 2 Katar navodi da su UAE „nezakonito nastojeći da prinude Katar da dopusti mešanje u suverenitet Katara u unutrašnjim poslovima, podvrgli Katarce diskriminirajućem tretmanu“. Taj se tretman sastojao u proterivanju Kataraca koji su se našli unutar granica UAE, zabrani Katarcima da ulaze i prolaze kroz UAE, nalogu državljanima UAE da napuste Katar, zabrani vazdušnog, morskog i kopnenog saobraćaja, mešanju u imovinska prava Kataraca na teritoriji UAE, zabrani bilo kakve verbalne podrške Kataru, zatvaranju lokalnih kancelarija katarske medijske mreže „Al Džazira“ i podsticanju govora mržnje protiv Katara i Kataraca (st. 3 i 4 tužbe). Očigledno se ugledajući na antidiskriminacionu praksu tela za nadzor ljudskih prava, Katar je u st. 5 ocenio da su navedene mere diskriminirajuće, jer su nezakonite i „bez ikakvog opravdanja u međunarodnom pravu“, jer ne dopuštaju izuzetke uvidom u posebne okolnosti pogođenih Kataraca i mogućnost njihovog saslušanja i garancije pravičnog postupka, te da je visoki komesar za ljudska prava UN zaključio da se navedene mere mogu smatrati arbitrarnim, nesrazmernim i diskriminirajućim (st. 7). Osnov diskriminacije, odnosno zaštićeno svojstvo ličnosti je našao u „nacionalnom ili etničkom poreklu“ iz čl. 1, st. 1 ICERD-a, a identifikovao je sledeća ugrožena prava Kataraca na teritoriji UAE: sklapanje braka i izbora supružnika, sloboda izražavanja, lekarska pomoć, obrazovanje iz tačke d) alineje iv, v, viii, i tačke e) alineje i, iv i v, čl. 5 ICERD (st. 8, 31-44 tužbe). Sledstveno tome, našao je da obavezujuća nadležnost MSP-a u ovoj stvari proizlazi iz čl. 22 ICERD-a, koji glasi:

„Svaki spor između dve ili više država članica u vezi sa tumačenjem ili primenom ove konvencije, koji se ne reši putem pregovora ili po postupku izričito predviđenom ovom konvencijom iznosi se, na zahtev bilo koje od strana u sporu, pred Međunarodni sud pravde da on o njemu rešava, osim ako se strane u sporu ne dogovore o nekom drugom načinu rešavanja.“

3 „1. Ako jedna od država ugovornica smatra da neka druga država ugovornica ne primenjuje odredbe ove konvencije, ona može da skrene pažnju Komiteta na ovo pitanje. Komitet izveštava o tome zainteresovanu državu ugovornicu. U roku od tri meseca zainteresovana država podnosi Komitetu pismeno objašnjenje ili izjavu kojom objašnjava pitanje i, u datom slučaju, naznačava mere koje bi navedena država mogla da preduzme radi rešenja ove situacije. 2. Ako se u roku od šest meseci, računajući od dana prijema originalnog saopštenja od strane zainteresovane države, ne reši pitanje na zadovoljavajući način za obe države, putem dvostranih pregovora ili putem svakog drugog postupka kojim raspolažu, jedna i druga država imaju pravo da ga ponovo podnesu Komitetu, upućujući jedno saopštenje Komitetu, a drugo zainteresovanoj državi. 3. Komitet rešava predmet koji mu je podnesen, shodno tački 2 ovog člana, samo ako se prethodno uverio da su bila iskorišćena i iscrpna sva raspoloživa pravna sredstva unutrašnjeg prava prema opštepriznatim načelima međunarodnog prava. Ovo pravilo ne primenjuje se ako postupci po žalbama prelaze razumne rokove.“

Katar je zatražio i donošenje mera obezbeđenja u smislu čl. 41 Statuta MSP-a, koje je MSP prihvatio i doneo Naredbu od 23. 7. 2018. godine da se obe strane uzdrže od pogoršavanja ili produžavanja spora, a da UAE mora da obezbedi da se razdvojene porodice Kataraca spoje, te da se svima pogođenima omogući pristup pravosuđu UAE, a studentima nastavak školovanja.

Pitanje koje se odmah nameće je zašto se Katar „po svom pravu i *parens patriae* svojih državljana“ (st. 65 tužbe) opredelio za put zaštite pred univerzalnim pravosudnim telom i pozivanje na rasnu diskriminaciju, ako je već imao na raspolaganju univerzalne i regionalne instrumente koji obezbeđuju širu zaštitu. Naime, ovakav put zaista nije uobičajen, jer je ovo bio tek treći međudržavni spor pred MSP-om o primeni ICERD-a.⁴ Katar nije krenuo putevima zaštite pozivanjem na regionalne instrumente, koji su bili trasirani najmanje dvojako. Prvo, obe države su kao članice Arapske lige obavezane čl. 3, st. 1 Arapske povelje o ljudskim pravima (Arab Charter on Human Rights, 2004) da će svim ljudima pod svojom jurisdikcijom obezbediti uživanje prava i sloboda bez diskriminacije po osnovu rase. Drugo, u skladu sa čl. 8 Uniformnog ekonomskog sporazuma između država GCC (Unified Economic Agreement between the Countries of the Gulf Cooperation Council, 1981) obe države su bile dužne da svim građanima država GCC obezbede jednak tretman bez diskriminacije u području slobode kretanja, rada, prebivališta, prava na imovinu i nasleđivanje, slobodu ekonomskih aktivnosti i slobodno kretanje kapitala.

Nezahvalno je spekulirati o motivima Katara da se opredeli za ovako neuobičajen put zaštite pozivanjem na ljudska prava u međudržavnom sporu pred univerzalnim pravosudnim telom, opredeljujući se za krajnje neizvesne procesne izglede u dokazivanju rasne diskriminacije svojih državljana u komparaciji sa etnički, kulturno, verski i istorijski bliskom populacijom druge države. Međutim, kada se provere svi mogući putevi zaštite, jasno je da su opcije Katara u izboru puteva zaštite bile sasvim limitirane, jer visoki ekonomski dometi obe države nisu praćeni pouzdanjem u međunarodno pravo i prihvatanjem mehanizama zaštite ljudskih prava. Pre svega, Katar i UAE nisu dali izjave o obavezujućoj nadležnosti MSP-a u smislu čl. 36 Statuta MSP-a. Drugo, u vreme nastanka spora nisu bile članice MPGPP-a i MPESKP-a,⁵ tako da nije dolazio u obzir postupak pred Komitetom za ljudska prava UN iz čl. 41 MPGPP-a. Treće, što se pomenutih regionalnih instrumenata tiče, nijedan od njih nema tela za nadzor koja su pravosudne prirode, poput Evropskog ili Interameričkog suda za ljudska prava. Naime, nadležnost Arapskog komiteta za ljudska prava, kao tela za nadzor poštovanja Arapske povelje o ljudskim pravima, u čl. 48 Arapske povelje o ljudskim pravima ograničena je na prijeme godišnjih izveštaja i izdavanje neobavezujućih preporuka, a članom V Povelje Arapske lige (Charter of the League of Arab States, 1945) predviđen je jedino politički mehanizam za rešavanje međudržavnih sporova. Isto se može zaključiti i za Povelju GCC-a (Charter of the Gulf Cooperation Council, 1981),

⁴ Prvi je bio spor između Gruzije i Ruske Federacije, koji je okončan usvajanjem prethodnog prigovora o neispunjenju procesnih pretpostavki iz čl. 22 ICERD-a, a postupak po tužbi Ukrajine protiv Ruske Federacije je u vreme pisanja rada u toku. Spisi predmeta dostupni na: ICJ Cases, https://www.icj-cij.org/en/case/172_10_2_2021.

⁵ Katar je pristupio ovim paktovima 2018. godine, mesec dana pre podnošenja tužbe MSP-u. Vid. UN Treaty Body Database.

koja u čl. 10 ustanovljuje Komisiju za rešavanje sporova kao pomoćni organ koji sačinjava neobavezujuće preporuke Vrhovnom savetu GCC-a. Zato je tužba države pozivanjem na čl. 22 ICERD-a, koji omogućuje obavezujuću nadležnost MSP-a i put prema univerzalnoj *res iudicata*, verovatno bio najbolji, ako ne i jedini mogući put zaštite.⁶ Nepovoljnost ovog izbora je trostruka. Prvo, izgledi na uspeh su umanjeni sužavanjem predmeta spora na poštovanje samo jednog međunarodnog ugovora i jedne ustanove ljudskih prava, iako čl. 36 Statuta MSP-a pruža mnogo više opcija.⁷ Drugo, opredeljenje za ljudska prava kao predmet međudržavnog spora takođe ne daje velike izgleda na uspeh, jer se ljudska prava bolje štite tužbama pojedinca nego države (Barić Punda, 2005, p. 42). Na kraju, sumnjivo izgleda i samo pozivanje na diskriminaciju po osnovu rase bez mogućnosti uverljive komparacije između diskriminiranih Kataraca i drugih lica pod jurisdikcijom UAE. Naime, teško je poverovati da su Katarci diskriminirani kako u odnosu na domaće državljane tako i u odnosu na druge strance, jer se i u st. 6 tužbe priznaje da razlike praktično ne postoje: građani obe države dele zajednički jezik, kulturno nasleđe, veru, bez zadržke stupaju u brak, studiraju, rade i mole se zajedno.

UAE su podnele prethodne prigovore: prvo, da ovaj spor ne potpada *ratione materiae* pod ICERD; drugo, da Katar nije ispunio procesne pretpostavke iz čl. 22 ICERD-a koje se odnose na pregovaranje i rešavanje spora u postupku predviđenim ICERD-om pre podnošenja tužbe; treće, da pokretanje paralelnih postupaka, jednog pred sudom, a drugog pred Komitetom, sa mogućim različitim ishodima, dovodi u opasnost jedinstvo međunarodnog prava i predstavlja zloupotrebu procesnih prava od strane Katara, pa je nužno da se postupak pred Komitetom obustavi.

Od trećeg prigovora je odustao podnosilac, verovatno iz razloga što je *contradictio in adjecto* drugom: pokretanje postupka pred Komitetom ne može predstavljati zloupotrebu procesnih prava ako je to bila procesna pretpostavka za pokretanje postupka pred MSP-om. Međutim, treći prigovor je privukao pažnju stručne javnosti kao prvi put iznesena dilema o odnosu MSJ-a i tela za nadzor ljudskih prava. Naime, postavljaju se sledeća pitanja: Da li je žalba pred telom za nadzor i dalje utuživa pred MSP-om? Da li se menja priroda postupka pred telima za nadzor ljudskih prava kada žalbu podnese država, a ne osoba? Da li spada u delokrug MSP-a da odlučuje o pitanjima o kojima se država već žalila telu za nadzor? Da li je MSP ovlašćen da naredi državi da se povuče iz postupka pred telom za nadzor, odnosno da li je Komitet obavezan da izvrši takvu naredbu MSP-a? Da li postoji hijerarhija između MSP-a i tela za nadzor (Pillai, 2009)? Na ova pitanja MSP nije dao odgovor, što je sasvim razumljivo imajući u vidu nedovoljno razjašnjen pravnosistemski odnos opšteg

⁶ Katar je ratifikovao ICERD 1976. godine, a UAE 1974. godine.

⁷ Citiran je čl. 36 Statuta MSP-a kako bi se ukazalo na druge mogućnosti zaštite: „1. Nadležnost Suda prostire se na sve predmete koje mu sporne strane podnesu i na sve slučajeve koji su izrično predviđeni u Povelji Ujedinjenih nacija ili u punovažnim ugovorima ili konvencijama. 2. Države koje su ugovorne strane ovog statuta mogu u svako doba izjaviti da priznaju, kao obaveznu *ipso facto* i bez ikakvih posebnih ugovora, naspram svake druge države koja primi istu obavezu, nadležnost Suda po svim pravnim sporovima koji se odnose na: a) tumačenje ugovora; b) svako pitanje međunarodnog prava; v) postojanje svake činjenice koje, ako bi se utvrdile, sačinjavaju povredu jedne međunarodne obaveze; g) prirodu ili obim dužne odštete za povredu jedne međunarodne obaveze“.

međunarodnog prava i međunarodnog prava ljudskih prava.⁸ Sve u svemu, tok postupa su obeležili: uska pravna kvalifikacija spora, teško dokazivi navodi i nepovoljan procesni položaj države tužioca, osporavanje nadležnosti MSP-a od strane tužene države i izazovi MSP-a da se izjasni o aporijama međunarodnog prava. U nastavku je istraženo kako je MSP razrešio ovaj spor.

3.2. Presuda MSP-a

Kao što je objašnjeno u prvom delu rada, pozitivnopravno nedorečeni pojam diskriminacije se pravno kvalifikuje testom diskriminacije razvijenim u jurisprudenciji tela za nadzor ljudskih prava. Test diskriminacije je koliko hermeneutičke toliko i procesne prirode, jer daje uputstva kako da se dođe do materijalnopravnih ocena u precizno utvrđenom redosledu koraka.

Međutim, u ovom postupku MSP je dao prednost činjenici da se radi o sporu o primeni međunarodnog ugovora, pa je presudu od 4. 2. 2021. godine zasnovao na primeni pravila tumačenja međunarodnih ugovora definisanih čl. 31 do 33 Bečke konvencije o međunarodnom ugovornom pravu (1969). Naime, meritum presude se sastoji od tumačenja odredaba ICERD-a prema svom uobičajenom značenju u kontekstu i svetlu njenog cilja i svrhe i u svetlu *travaux preparatoires* kao dopunskom sredstvu tumačenja (st. 74-97 Presude). Praksa Komiteta i jurisprudencija regionalnih sudova za ljudska prava je tu takođe razmatrana (st. 98-105 Presude), ali je ocenjena kao nerelevantna. Iako je MSP ocenio u st. 101 da „pridaje veliku težinu“ tumačenjima Komiteta, ali „takođe potvrđuje, međutim, da na bilo koji način nije obavezan da u vršenju svojih pravosudnih funkcija, modelira svoja tumačenja u skladu sa njegovim tumačenjima“. Isto tako, ocenio je da je jurisprudencija regionalnih sudova za ljudska prava od „male pomoći“ zbog različitih svrha regionalnih ugovora o ljudskim pravima i ICERD-a. Naime, svrha regionalnih ugovora ljudskih prava je „da obezbede široko područje zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda“ (st. 104), dok je, za razliku od toga, svrha ICERD-a „ukidanje svih oblika i manifestacija rasne diskriminacije ljudskih bića po osnovu stvarnih ili pretpostavljenih svojstava njihovog porekla, konkretnije rođenja“ i da „jasno nije nameravano da pokrije svaku instancu razlikovanja između ljudi baziranih na njihovoj nacionalnosti (*nationality*)“ (st. 86-87 Presude).

Tako je MSP prihvatio prvi prigovor o nenadležnosti i okončao spor u korist UAE, a drugi prigovor nije razmatrao iz razloga procesne ekonomije.⁹ U obrazloženju je ocenio da represivne mere UAE nisu pogodile Katarce kao grupu drugačijeg nacionalnog ili etničkog porekla u smislu čl. 1, st. 1 ICERD-a, nego kao strane državljane, što je svojstvo ličnosti koje je izričito isključeno od zaštite ICERD-a u st. 2 istog člana. Pored toga, u st. 108 i

⁸ „Ono što je jednom izgledalo kao vođeno „opštim međunarodnim pravom“ postaje polje delovanja specijalnih sistema kao što su „trgovinsko pravo“, „pravo ljudskih prava“, „ekološko pravo“, „pravo mora“, „evropsko pravo“, od kojih svaki poseduju svoje principe i institucije. Problem, kako ga pravnici vide, jeste da to specijalno stvaranje prava i institucija nastoji da zauzme mesto ignorišući [...] opšta načela i prakse međunarodnog prava. Rezultat je konflikt normi ili sistema normi, zastranjujuće institucionalne prakse i, moguće, gubitak opšte perspektive u pravu“ (Koskenniemi, 2006, par. 8).

⁹ „[...] kada je nadležnost osporena, MSP je slobodan da zasnuje svoju odluku na osnovu koji je direktniji i utemeljeniji“ (st. 114 Presude)

110 Presude zaključio je da navodi o indirektnoj diskriminaciji ne spadaju pod delokrug ICERD-a, jer se ovom konvencijom ne štite medijske korporacije – zaštita pripada samo pojedincima, grupama i institucijama koje ih predstavljaju.

Sve u svemu, može se izvući zaključak da je MSP prihvatanjem prvog prigovora, a nerazmatranjem drugog i trećeg, mudro primenio preporuke Međunarodne pravne komisije Ujedinjenih nacija tako što je pronašao praktično formalno-pravno izbjavljenje od opasnosti pravne paralize zbog odsustva opšte primenjive hijerarhije normi u međunarodnom pravu.¹⁰ Pri tome je doslednom i umešnom primenom pravila tumačenja iz čl. 31 do 33 Bečke konvencije o međunarodnom ugovornom pravu izbegao zamke dvosmislenosti, nejasnosti, te mogućih besmislenih i nerazumnih ishoda tumačenja. Odbijanje tužbe izgleda kao neizbežna posledica nepovoljnog procesnog položaja tužioca, koji je, kako je pokazano gore, predmet spora postavio vrlo usko, a navode o diskriminaciji utemeljio na argumentima čije bi prihvatanje zacelo bilo presedan. Rezonovanje MSP-a izgleda ubedljivo, jer teleološko tumačenje na koje ga upućuju pravila tumačenja međunarodnih ugovora svakako vodi zaključku da je pojam zabrane diskriminacije određen svrhom određenog međunarodnog ugovora koji je ustanovljuje. Sasvim nesporno, nije ni bilo potrebe da se MSP izjašnjava o primenljivosti prakse tela za nadzor ljudskih prava zbog izuzimanja spora iz delokruga ICERD-a. S druge strane, čak šest sudija nije glasalo u prilog ovakvoj sudijskoj uzdržanosti i u izdvojenim mišljenjima je rezonovalo o potrebi šireg i progresivnijeg tumačenja domašaja. Zato je u nastavku analizirano kako je ova presuda doprinela razjašnjenju problema državljanstva kao osnova diskriminacije.

4. Doprinos presude razvoju antidiskriminacionog prava. Državljanstvo kao osnov diskriminacije

Podsećanja radi, teorijska razmatranja u prvom delu rada su pokazala da antidiskriminaciono pravo kao pravna disciplina u nastajanju nema jasno mesto u tradicionalnim pravnim sistematikama, da su pojam i struktura zabrane diskriminacije u nedostatku preciznih pozitivnopravnih normi samo donekle razjašnjeni praksom tela za nadzor ljudskih prava, da je njena međunarodnopravna priroda dvosmislena (*jus cogens* međunarodnog prava i ustanova međunarodnih ljudskih prava), da je njena priroda kao ustanove ljudskih prava trosmislena (subjektivno pravo/obaveza, načelo i javna politika), da njen materijalni domašaj varira zavisno od vrste zaštićenog svojstva ličnosti i područja društvenog života. U ovom delu rada se ispituje kako presuda doprinosi pravnosistemskom pozicioniranju i pravnodogmatskoj artikulaciji zabrane rasne diskriminacije i zabrani diskriminacije uopšte.

Meritum presude kojom je usvojen prigovor UAE o *ratione materiae* nenadležnosti MSP-a na prvi pogled ne razjašnjava nedorečenosti i nejasnoće antidiskriminacionog prava, jer je MSP rešio spor pre nego što se izjasnio o primenljivosti testa diskriminacije za ocenu opravdanosti postupaka UAE. Naime, ključno sporno pitanje o zaštićenoj osobini ličnosti kao osnovu diskriminacije MSP je rešio tako što je podržao prigovor UAE da

¹⁰ Više o tome u ILC, 2006, para. 485-487.

izraz „nacionalno poreklo“ (*national origin*) iz čl. 1, st. 1 ICERD-a ne obuhvata „trenutnu nacionalnost“ (*current nationality*) (st. 105 Presude). Drugim rečima, MSP je rezonovao da se navodi Katara o diskriminaciji svode na različit tretman Kataraca u UAE po osnovu državljanstva i našao neosnovanim argument Katara da pojam „nacionalno poreklo“ uključuje strano državljanstvo.

Argumentacija MSP-a o ključnom spornom pitanju, tj. o značenju izraza „nacionalno poreklo“ i „trenutna nacionalnost“ zaslužuje posebnu pažnju. Naime, domaća i strana literatura ukazuje na zbunjujuće razlike između subjektivnih, objektivnih, deskriptivnih i preskriptivnih značenja pojma „*nationality*“ koja su kod nas prevedena kao „nacionalnost“ i „državljanstvo“.¹¹ U izvornom značenju, koje je formirano u francuskoj i anglosaksonskoj tradiciji građanskog nacionalizma, nacionalnost i državljanstvo su praktično sinonimi,¹² dok je u tradiciji etničkog nacionalizma reč o dva različita pojma.¹³ Da su u pitanju narativi koje je teško pomiriti najbolje pokazuje beznadežno duga debata u domaćem javnom mnjenju o značenjima pojmova „Srbin“ i „Srbijanac“. Prema savremenim sociološkim nalazima, „ta konfuzija još je prisutna u literaturi, posebno onoj iz oblasti međunarodnih odnosa. Ona je ugrađena u pojmove kao što su 'Ujedinjene nacije' koje su zapravo jedna organizacija suverenih država. Neke države imaju priznate više od jedne priznate nacije [...], neke nacije imaju više od jedne države [...] a neke nacije nemaju sopstvene države [...]“ (Kuper & Kuper, 2009, p. 876). I u relevantnoj literaturi antidiskriminacionog prava se ističe da „[...] kompleksne interakcije, rase, državljanstva, vere i kulture čine klupko sila koje nisu proizvele jasan narativ [...]“ (Fredman, 2002, p. 36) te da se „[...] nacionalno poreklo preklapa sa rasom, bojom i etničkim poreklom, kao što se vidi u definiciji rasne diskriminacije. [...] Kontroverza je usmerena na pitanje da li je kriterijum nacionalnog porekla primenjiv na distinkcije između državljana i stranaca [...]“ (Nowak, 2005, p. 54). U cilju razrešenja ove kontroverze, teoretičari ljudskih prava predlažu široko tumačenje koje podrazumeva brisanje razlika između ova dva pojma, u cilju jačanja kredibiliteta demokratija (van Boven, 2001, p. 122), legitimizacije međunarodnog poretka (Buchanan, 2013, pp. 121-123) i eliminisanja rasističkih predrasuda prema stranim državljanima (Petrova, 2001, pp. 50-51).

S druge strane, u teoriji opšteg međunarodnog prava se ističe da je zabrana diskriminacije po osnovu državljanstva izuzetak: država koja diskriminiše potencijalne useljenike ne krši svoje obaveze, „ali ih može prekršiti ukoliko je sa nekom državom preuzela posebne ugovorne obaveze u tom pogledu“ (Degan, 2000, p. 487). Taj izuzetak je jasno iskazan i u čl. 1, st. 2 ICERD-a, ali je donekle relativizovan zbunjujućom odredbom st. 3 istog člana u kojoj se izraz „*nationality*“ ponavlja u različitim kontekstima, prvi put da označi odnos koji reguliše, tj. državljanstvo, a drugi put zaštićeni osnov razlikovanja, koji

¹¹ O problemu nepreciznog definisanja i preklapanja izraza „nacionalnost“ i „državljanstvo“ u stranoj literaturi vid. Boyle & Baldaccini, 2001, p. 152. U domaćoj vid. Dimitrijević *et al.*, 2007, p. 115.

¹² Tako u engleskom rečniku pravnih pojmova: „Nationality: The state of being a citizen or subject of a particular country“ (Law & Martin, 2009, p. 362).

¹³ „Građanski nacionalizam, koji se uglavnom vezuje za Francusku i SAD, doktrina je po kojoj su svi ljudi u državi pripadnici te nacije. Ovaj oblik nacionalizma nije zasnovan na rasi i etničkom poreklu, otvoren je i inkluzivan. Etnički nacionalizam je doktrina po kojoj je pripadanje naciji ograničeno na ljude iste etničke grupe. On se uglavnom povezuje sa nemačkim nacionalizmom, a često se opisuje kao neliberalan, odbrambeni i isključiv“ (Kuper & Kuper, 2009, p. 876).

se može tumačiti i kao državljanstvo i kao etnicitet. Na prvi pogled paradoksalno, isti izraz prema komentatoru ICERD-a Tornberiju (*Thornberry*) ima različita značenja. U prvom slučaju on nesporno označava državljanstvo, a u drugom nacionalno ili etničko poreklo, što nesumnjivo ide u prilog argumentu o različitom statusu diskriminiranih domaćih i stranih državljana.¹⁴ U prilog razlikovanju državljanstva i etniciteta ide i službeni prevod iste odredbe.¹⁵ Naime, u prvoj upotrebi izrazi „*nationality, citizenship or naturalization*“ prevedeni su kao „državljanstvo ili prijem u državljanstvo“, a u nastavku iste odredbe je izraz „*particular nationality*“ preveden kao „posebna narodnost“.¹⁶

Dilemu o proširenju domašaja rasne nediskriminacije na državljanstvo kao zaštićeno svojstvo ličnosti ne razrešava jednoobrazno ni Komitet, kao telo za nadzor poštovanja ICERD-a. Tako u Saopštenju Komiteta br. 2/1989 nije podržana žalba senegalskog državljanina, advokata kome je odbijen prijem u advokatsku komoru u Francuskoj „zato što nije Francuz“ bez obzira na činjenicu da je imao dugogodišnje prebivalište u Francuskoj i bio u braku sa francuskom državljanicom (CERD, *Diop v. France*). S druge strane, u svojoj Preporuci broj 30 koja se odnosi na diskriminaciju stranaca,¹⁷ Komitet se izjašnjava nešto drugačije. Prvo, u st. 3 Preporuke tumači se ICERD u smislu da su „strane članice obavezne da garantuju jednakost državljana i nedržavljana u uživanju ljudskih prava“, a u st. 4 da se za ocenu opravdanosti različitog tretmana po osnovu državljanstva primenjuje opšti test diskriminacije u vidu ispitivanja legitimnosti cilja i srazmernosti sredstava upotrebljenih za ostvarenje tog cilja. Dalje, u st. 7 i 11-18 pozivaju se države da obezbede da njihova legislativa u oblasti rasne nediskriminacije nema diskriminirajući učinak na strane državljanke, da preduzmu korake protiv ksenofobije i stigmatiziranja stranih državljana, te da nedržavljanima omoguće pristup državljanstvu i jednaku pravnu zaštitu.

Kada se sumira argumentacija u presudi u odnosu na iznesene dileme, može se zaključiti da se ovaj sud dosledno držao svojih nadležnosti, ali da nije doprineo boljem sistemskom razumevanju antidiskriminacionog prava i pojma nediskriminacije kao ključne ustanove ove discipline. Naime, MSP je neprihvatanjem programskih stipulacija tela za nadzor ljudskih prava i neprimenjivanjem testa diskriminacije napravio jasnu razliku između nediskriminacije kao ustanove *ius cogens* opšteg međunarodnog prava i istoimene ustanove prava ljudskih prava. Zato nema odgovora na važna pitanja: prvo, da li su države ovlašćene da derogiraju ili ograniče ovu normu *ius cogens*? Ako jesu, da li su alati antidiskriminacionog prava, kao što su test diskriminacije, prebacivanje tereta

¹⁴ „Što se tiče člana 1(3) i ponovljene upotrebe izraza '*nationality*' *travaux preparatoires* i posledična praksa podržavaju stanovište da '*nationality*' u drugom smislu zabranjenog osnova diskriminacije znači 'nacionalno poreklo' paralelno sa 'etničkim poreklom'. [...] Zato, ako je individuama ili grupama uskraćeno ili odbijeno državljanstvo na bazi rase ili etniciteta, to je ipak kršenje ICERD-a“ (*Thornberry*, 2016, p. 131).

¹⁵ Čl. 1, st. 3. ICERD-a: „Nijedna odredba ove konvencije ne može se tumačiti tako da na bilo koji način narušava zakonske odredbe država ugovornica Konvencije u pogledu državljanstva ili prijema u državljanstvo, pod uslovom da ove odredbe ne prave razlike u odnosu na neku posebnu narodnost“.

¹⁶ I u našoj literaturi jedno starije shvatanje izjednačava pojam „*nationality*“ sa državljanstvom: „Tu je državama, u interesu zaštite svog poretka, ostavljena puna sloboda, pod uslovom da se time ne vrši diskriminacija protiv bilo kojeg posebnog državljanstva“ (*sic!*) (*Avramov & Kreća* 1999, p. 312).

¹⁷ Na ovu preporuku su se pozvale sudije MSP-a Bhandari, Robinson i Iwasawa u izdvojenim mišljenjima. Preporuka je citirana u st. 98-100 Presude, ali nije uticala na odluku MSP-a.

dokazivanja na tuženu stranu itd. univerzalno primenjivi i uvaženi od strane MSP-a? Sve u svemu, izostanak argumentacije MSP-a o pozicioniranju ljudskih prava u međunarodnim odnosima ide u prilog teorijskim nalazima o fragmentaciji međunarodnog prava. Pored toga, ova presuda upućuje na zaključak o parohijalizmu i nekoherentnosti antidiskriminacionog prava, zbog uslovljenosti pojma, svrhe i domašaja zaštite od pojedinih svojstava ličnosti i pojedinih društvenih odnosa u kojima se diskriminacija javlja.

5. Zaključak

Spor između Katara i UAE pred MSP-om o domašaju rasne diskriminacije, iako neuobičajen po stranama, načinu rešavanja i pravnoj kvalifikaciji, nije doneo značajne novine koje bi doprinele razjašnjenju aporija međunarodnog prava, prava ljudskih prava i antidiskriminacionog prava.

Kada se imaju u vidu nadležnosti MSP-a i pravila tumačenja međunarodnog ugovornog prava, ništa se ne bi moglo prigovoriti njegovom uskom teleološkom tumačenju osnova rasne diskriminacije. Kako je pokazano u drugom delu, njime su uspešno izbegnute potencijalne zamke dvosmislenosti, nejasnosti, te mogućih besmislenih i nerazumnih ishoda tumačenja, koje uvek prete kada se odlučuje u jednom nekoherentnom poretku kakvo je međunarodno pravo. Međutim, ova presuda ostavlja nerešenom nedoumicu o primenljivosti alata antidiskriminacionog prava pred univerzalnim pravosudnim telom.

Pouke iz ovog predmeta bi se mogle sumirati na sledeći način. Prvo, procesni izgledi na uspeh država u međunarodnim sporovima povodom kršenja ljudskih prava zavise u velikoj meri od privrženosti tih država ljudskim pravima. Drugim rečima, države koje prihvatanjem međunarodnih ugovora ljudskih prava demonstriraju svoju privrženost univerzalnim normama i vrednostima postižu veću uverljivost svojih navoda i otvaraju više puteva zaštite, koje mogu da koriste paralelno. Drugo, pokazuje se da su tela za nadzor ljudskih prava adekvatnija adresa za njihovu zaštitu, jer je MSP ispoljio krajnju uzdržanost u pogledu primene prakse tih tela. Treće, ova presuda potvrđuje da u sadašnjem trenutku ne treba gajiti iluzije da je zabrana diskriminacije shvaćena kao ustanova sa jedinstvenim pojmom, svrhom i materijalnim domašajem. To ne daje razloga za pesimizam u pogledu efikasnosti mehanizama zaštite, naprotiv. Jednostavno, pre pokušaja da se oni pokrenu treba dobro proveriti šta ta ustanova znači, u kom se cilju upotrebljava, koja su to svojstva ličnosti i društveni odnosi koji su zaštićeni određenim međunarodnopravnim izvorom. Četvrto, treba biti svestan razlika u shvatanjima materijalnog domašaja ICERD-a između MSP-a i Komiteta. Dok MSP smatra da ICERD ničim ne ograničava suvereno pravo država da strane državljanke tretiraju drugačije nego sopstvene, Komitet preporučuje šire sagledavanje svih međunarodnopravnih izvora u korist prava stranih državljanke. Na kraju, jedna pouka koja je posebno važna za nas. U javnom diskursu kako Srbije, tako i regiona, u kome već dugo traje nepomirljiv sukob narativa građanskog i etničkog nacionalizma, veliko je preplitanje, prožimanje, pa i nerazumevanje različitih značenja pojma „nacionalnost“. U tom smislu je predlog da pravna, sociološka i lingvistička nauka posvete više pažnje ovom problemu i pronadu preciznija i manje zbunjujuća određenja.

Literatura

- Avramov, S. & Kreća, M. 1999. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- Barić Punda, V. 2005. Načelo nediskriminacije – jedno od temeljnih načela zaštite ljudskih prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 42 (1-2), pp. 27-42.
- Boyle, K. & Baldaccini, A. 2001. International Human Rights Approaches to Racism. In: Fredman, S. (ed.), *Discrimination and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Buchanan, A. 2010. Legitimacy of International Law. In: Besson, S. & Tasioulas, J. (eds), *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 79-96.
- Buchanan, A. 2013. *The Heart of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Degan, V. Đ. 2000. *Međunarodno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
- Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T. & Petrović, V. 2007. *Međunarodno pravo ljudskih prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava i Dosije.
- Fredman, S. 2002. *Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Gajin, S. 2011. *Ljudska prava, pravnosistemski okvir*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, CUPS i Institut za uporedno pravo.
- Griffin, J. 2010. Human Rights and the Autonomy of International Law. In: Besson, S. & Tasioulas, J. (eds), *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 339-355.
- Kuper, A. & Kuper, Dž. 2009. *Enciklopedija društvenih nauka, tom 2*. Beograd: Službeni glasnik.
- Law, J. & Martin, E. A. (eds). 2009. *A Dictionary of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Nowak, M. 2005. *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Comentary*. Kehl am Rhein: N.P. Engel.
- Petrova, D. 2001. Racial Discrimination and the Rights of Minority Cultures. In: Freedman, S. (ed.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*. Oxford: Oxford University Press, pp. 45-76.
- Petrova, D. 2006. Implementing Anti-discrimination Law and the Human Rights Movement. *Helsinki Monitor*, 17(1), pp. 19-38.
- Rašević, Ž. 2014. *Zabrana diskriminacije u privatnom pravu*. Beograd: Zadužbina Andrejević.
- Rutherglen, G. 2013. Concrete or Abstract Conceptions of Discrimination?. In: Hellman, D. & Moreau, S. (eds), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 115-137.
- Thornberry, P. 2016. *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Boven, T. 2001. Discrimination and Human Rights Law: Combating Racism. In: Freedman, S. (ed.), *Discrimination and Human Rights, The Case of Racism*. Oxford: Oxford University Press, pp. 111-133.

Pravni izvori

Arab League. Arab Charter on Human Rights, 2004. UN Treaty Body Database. Dostupno na: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CESCR&Lang=en.

- UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), 2002. CERD General Recommendation XXX on Discrimination Against Non Citizens. Dostupno na: <https://www.refworld.org/docid/45139e084.html>.
- Charter of the League of Arab States, 1945. Dostupno na: https://www.files.ethz.ch/isn/125350/8005_arableaguecharter.pdf.
- Gulf Cooperation Council. Charter of the Gulf Cooperation Council, 1981. Dostupno na: https://www.files.ethz.ch/isn/125347/1426_GCC.pdf.
- Generalna skupština UN. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Rezolucija 217 (III), 10. 12. 1948.
- Koskenniemi, M. 2006. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Geneva: International Law Commission. Dostupno na: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf.
- Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/1967, ratifikovana Zakonom u *Službeni list SFRJ*, br. 31/1967.
- Gulf Cooperation Council. Unified Economic Agreement between the Countries of the Gulf Cooperation Council, 1981. Dostupno na: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3105/download>.
- UN. Konvencija o međunarodnom ugovornom pravu, 1969. *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 30/1972.
- UN. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 1971. *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/1971.
- UN. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, 1971. *Službeni list SFRJ–Međunarodni ugovori*, br. 7/1971.
- UN. Statut Međunarodnog suda pravde, 1945. *Službeni list DFJ*, br. 69/1945.

Odluke međunarodnih sudova i tela

- International Court of Justice. *Qatar v. United Arab Emirates*. ICJ Cases. Dostupno na: <https://www.icj-cij.org/en/case/172>.
- Committee of the Elimination of Racial Discrimination. *Demba Talibe Diop v. France*. In: *Selected Decisions of the Committee of the Elimination of Racial Discrimination*. 2012. Office of the High Commissioner UNHR: New York and Geneva.

Internet izvori

- CIA. *The World Factbook*. Dostupno na: <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/>, (14. 2. 2021).
- International Court of Justice. *Cases. ICJ Cases*. <https://www.icj-cij.org/en/case/172>, (10. 2. 2021).
- Pillai, P. 2019. *Qatar v UAE: Uncharted Territory at the ICJ*. Dostupno na: <http://opiniojuris.org/2019/05/18/qatar-v-uae-uncharted-territory-at-the-icj/>, (16. 2. 2021).

Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu. n.d. *Osnovne četvorogodišnje studije*.
Dostupno na: <http://pravnikafakultet.rs/studije/studijjski-programi/osnovne-studije/4-godisnje/>, (10. 2. 2021).

UN Treaty Body Database. Dostupno na: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CESCR&Lang=en, (15. 2. 2021).

Živorad M. Rašević, PhD, MA (King's College London)

Associate Professor

Chartered Manager & Fellow of the Chartered Management Institute United Kingdom (CMgr FCMI)

L. T. Col., Bosnia and Herzegovina Armed Forces, Sarajevo, Bosnia and Herzegovina

e-mail: zrasevic@yahoo.com

RACIAL NON-DISCRIMINATION BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: QATAR AGAINST THE UNITED ARAB EMIRATES

Summary

The paper analyses the judgment of the International Court of Justice in the lawsuit of Qatar against the United Arab Emirates on the application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and its contribution to the development of anti-discrimination law. The motives and procedural actions of the parties, the reasoning of the Court, and the consequences of the judgment are analysed, using legal, social, and philosophical methodologies. The research results in findings that the Court did not take into account the practice of human rights monitoring bodies. Instead, the Court teleologically interpreted the Convention and found that the substantive scope of the Convention does not cover nationality as a protected ground. This judgment does not give rise to optimism regarding further articulation and systematization of anti-discrimination law. Parochialism will certainly continue to prevail in the definition of the concept, protected grounds and relations, and purposes of protection against discrimination. Nevertheless, this judgment is useful in a few aspects: for the assessment of procedural prospects in the future similar proceedings, for understanding the scope of the Convention, and, in particular, for the understanding of various meanings of the notion of nationality within different contexts.

Keywords: International Court of Justice, racial discrimination, nationality, citizenship.

Primljeno: 6. 7. 2021.
Izmenjeno: 30. 8. 2021.
Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

PRIRODNI RESURSI U MEĐUNARODNIM UGOVORIMA – OD SUVERENIH PRAVA DRŽAVA DO ZAJEDNIČKE BRIGE ČOVEČANSTVA

Sažetak

U radu se ukazuje na značaj prirodnih resursa i raspravlja o njihovoj međunarodnopravnoj zaštiti. Predmet analize su međunarodni ugovori u oblasti životne sredine koji se vode u registru UN kao depozitaru međunarodnih ugovora, kao i stavovi različitih autora. Istražuje se pitanje odnosa međunarodnih ugovora prema principu stalne suverenosti država nad prirodnim resursima („princip“) i konceptu zajedničke brige čovečanstva („koncept“). Cilj rada je identifikacija relevantnih međunarodnih ugovora, utvrđivanje načina kako se odnose prema prirodnim resursima i sagledavanje sadržaja normi koje se odnose na „princip“ i „koncept“. U zaključku se konstatuje da su „princip“ i „koncept“ istovremeno formulisani u dva međunarodna ugovora (Konvencija o biološkoj raznovrsnosti i Okvirna konvencija UN o promeni klime), da su sadržaj i smisao „principa“ nadograđeni, kao i da između „principa“ i „koncepta“ postoje elementi preplitanja i nejasan karakter odnosa.

***Ključne reči:** prirodni resursi, životna sredina, međunarodni ugovori, suverenitet nad prirodnim resursima, zajednička briga čovečanstva.*

1. Okvir analize i metodološke napomene

Pitanje značaja rasprave o prirodnim resursima u literaturi se razmatra s različitih aspekata. Nekoliko se pristupa relativno jasno izdvajaju kao dominantni (Rudra & Jensen, 2011). Širi kontekst obično je omeđen ekonomskim dimenzijama eksploatacije, upravljanja i zaštite prirodnih resursa. Ekonomski razvoj, investicioni tokovi i međunarodna trgovina na različite načine su direktno povezani s prirodnim resursima. Već dugo se polazi od stava da preterana eksploatacija prirodnih resursa na globalnom nivou ima za posledicu, između ostalog, jačanje tendencija preispitivanja postojećeg civilizacijskog modela organizacije. Uticaj načina eksploatacije prirodnih resursa i upravljanja prirodnim resursima na životnu sredinu posebno se razmatra. Za neke autore problemi s kojima se suočava savremeno ljudsko društvo u vezi s prirodnim resursima imaju dve zajedničke karakteristike. Oni se

* Doktor nauka, redovni profesor, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, Srbija,
e-mail: dtodic@ymail.com

označavaju kao „tragedija zajedništva“ i imaju globalni značaj (Bodnar & Salathé, 2012). „Globalnost“ problema ističe u prvi plan i potrebu rasprave o pitanjima koja se odnose na „zajednički interes“, „zajedničku brigu“, „zajedničku baštinu“ itd. (Stec, 2010, p. 364). Jedan deo rasprava o prirodnim resursima jasno je orijentisan ka ispitivanju bezbednosnih aspekata upravljanja prirodnim resursima u kojima se uzroci (povodi) i posledice međunarodnih konflikata povezuju s prirodnim resursima. Prema nekim autorima (UN, 2012; Wisner, 2018, p. 964) postoji sve šire prihvatanje stava da postoji čvrsto elaborirana uloga prirodnih resursa u pokretanju, eskalaciji i održavanju nekih oružanih sukoba.

S pravnog stanovišta posmatrano, pitanje upravljanja prirodnim resursima obično se razmatra u okviru više oblasti i grana prava. Savremeno međunarodno pravo životne sredine relativno jasno prepoznaje „prirodu“ kao predmet regulisanja, zbog čega se ova grana prava često uzima, na „podrazumevajući“ način, kao polazna osnova za istraživanje odnosa između prirodnih resursa i prava (Natarajan & Khoday, 2014, pp. 576, 577). „Tradicionalni izvori međunarodnog prava“ iz čl. 38 Statuta Međunarodnog suda pravde označavaju se i kao ciljevi koji se sastoje u „zaštiti životne sredine i održivom korišćenju prirodnih resursa“ (UN, 2018, p. 4).¹ A razumevanje sadržaja i smisla suvereniteta država, pod pritiskom različitih činilaca procesa globalizacije, postaje predmet ozbiljnih rasprava.² Otuda je više razloga zbog kojih se i pitanje suvereniteta država nad prirodnim resursima može smatrati otvorenim za raspravu.³

U radu se ograničavam na ispitivanje normi međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine, budući da su u okviru ove oblasti razvijena neka ključna pravila zaštite životne sredine. Šire posmatrano, postoji verovanje (bez posebnog ispitivanja) da su „prirodni resursi“ obuhvaćeni (ili bi trebalo da su obuhvaćeni) u okviru onoga što se podrazumeva pod pojmom „životna sredina“.⁴

¹ Formulacija „održivo korišćenje prirodnih resursa“ može da usmeri raspravu o „pravu održivog razvoja“, kao posebnoj oblasti prava u čijem središtu su „prirodni resursi“. Pitanje odnosa ove oblasti i prava životne sredine ostaje nejasno i moglo bi predstavljati osnovu za posebnu analizu. Osim međunarodnog prava životne sredine, na koje se u ovom radu skreće posebna pažnja, celovita rasprava je uslovljena razumevanjem i tumačenjem stanja u drugim oblastima (pravu ljudskih prava, investicionom pravu, trgovinskom pravu, pravu oružanih sukoba itd.) (Romanin *et al.*, 2015).

² Pored opštih okolnosti (rastuća privredna i društvena međuzavisnost, ekonomske integracije, trgovina, kretanje kapitala, informacija, robe itd.) koje utiču da rasprava o „suverenitetu“ država danas poprma drugačije dimenzije, neki specifični aspekti razumevanja globalnih problema u oblasti životne sredine daju tome poseban doprinos. Šire vid. Stein, 2016, p. 299; French, 2001; Shinar, 2013; Donnelly, 2014; Lopez-Claros *et al.*, 2020.

³ Uticaj problema u oblasti životne sredine na suverenitet država French (2001) razmatra u svetlu dva pravila: obaveze država da ne prouzrokuju štetu životnoj sredini drugih država ili teritorija van nacionalne jurisdikcije i obaveze država da zaštite vlastitu životnu sredinu. Autor, razmatrajući ulogu međunarodnog prava u zaštiti životne sredine unutar državne teritorije, kao i uticaj na suverenitet države, postavlja dva pitanja: postoji li međunarodna obaveza (u nastajanju) država da štite vlastitu životnu sredinu i ima li šira međunarodna zajednica prava da se bavi pitanjem zaštite životne sredine u granicama pojedinačnih država? U oba slučaja pitanje suvereniteta država može da se postavi kao prethodno pitanje.

⁴ Ipak, treba imati u vidu da pitanje definicija zaslužuje detaljniju elaboraciju. Za potrebe ovog rada ukazuje se na to da je pojam „životna sredina“ različito definisan u međunarodnim, odnosno unutrašnjim izvorima prava, u zavisnosti od osnovnog predmeta regulisanja, kriterijuma koji se primenjuju itd. On obično obuhvata više elemenata, a (vrlo često) i međusobne odnose („interakcije“) između različitih elemenata (medijuma). Sve konsultovane definicije obuhvataju, na različite načine, i „prirodu“ i druge elemente koji su povezani s

Predmet analize su međunarodni ugovori u oblasti životne sredine globalnog i regionalnog karaktera koji se nalaze u registru međunarodnih ugovora koji se vodi kod Organizacije ujedinjenih nacija (dalje: UN) kao depozitara međunarodnih ugovora (lista dostupna na zvaničnom sajtu *United Nations Treaty Collection (UNTC) – Environment*).⁵ Metodološki posmatrano, uporedno se ispituje način kako se ovi međunarodni ugovori odnose prema „prirodnim resursima“ kroz potvrđivanje ili odbacivanje principa stalne suverenosti nad prirodnim resursima, odnosno priznavanje statusa „zajedničke brige čovečanstva“ za neke od njih. Jedinicu analize predstavlja međunarodni ugovor u oblasti životne sredine čiji je depozitar UN. Na osnovu toga se ukazuje i na mogući odgovor na pitanje da li međunarodni ugovori, kao najbrojniji izvori međunarodnog prava životne sredine, pružaju pravni okvir za regulisanje eksploatacije i zaštite prirodnih resursa. Značaj ovih međunarodnih ugovora za Republiku Srbiju (dalje: RS) ne dokazuje se posebno, već se on uzima kao takav, zbog činjenice da je RS članica dela ovih ugovora (Vukasović & Todić, 2021, pp. 69-75).

Osnovni cilj rada je ispitivanje postojećeg međunarodnopravnog okvira zaštite prirodnih resursa (između principa „suverenosti država nad prirodnim resursima“ i koncepta „zajedničke brige čovečanstva“).⁶ Suverenitet država nad prirodnim resursima se

prirodom, ali bi „resursni“ karakter takve „prirode“ trebalo razumeti primarno sa stanovišta njihovog značaja i uslova i okolnosti njihove (potencijalne) eksploatacije itd. Ako za osnovu uzmemo međunarodne ugovore, jedan od početnih kriterijuma za definisanje pojma „životna sredina“ bi mogao biti predmet regulisanja (ako o tome postoji saglasnost većine ili značajnog dela država). U tom slučaju bi se moglo reći da se pojam „životna sredina“ najčešće vezuje za biodiverzitet (i prirodu), klimatske promene, ozonski omotač, atmosferu (vazduh), zaštitu zemljišta i širenje pustinja, upravljanje vodama (morske i slatke), upravljanje otpadom i hemikalijama itd. Međunarodni sud pravde je mogućnosti definisanja pojma „životna sredina“ postavio na najšire osnove rekavši da „priznaje da životna sredina nije apstrakcija već predstavlja životni prostor, kvalitet života i samo zdravlje živih bića, uključujući nerođene generacije“ (ICJ, 1996, p. 19).

⁵ Lista obuhvata ukupno osamnaest međunarodnih ugovora multilateralnog ili regionalnog karaktera (sa 35 protokola, i/ili amandmana). Među ugovorima regionalnog karaktera nalaze se i međunarodni ugovori zaključeni u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu (UNECE). Detaljnije vid. Todić, 2018a.

⁶ U vezi s načinom označavanja „zajedničke brige čovečanstva“ u literaturi postoje izvesne razlike. Npr. u delu Sands *et al.* (2002) govori se o sedam principa međunarodnog prava životne sredine (opštim principima i pravilima međunarodnog prava koji proističu iz ugovora, obavezujućih akata međunarodnih organizacija, prakse država i obaveza iz tzv. mekog prava), među kojima se ne spominje „zajednička briga čovečanstva“. Pozivajući se na Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti, Kiss (1997, pp. 246, 257) uz formulaciju „zajednička briga čovečanstva“ koristi reč „princip“, a potom, ukazujući na „prostornu dimenziju“, govori o „konceptu zajedničke brige“. Slično je i kod Sheltona (2009, p. 85), kada se koristi formulacija „princip“ (Murillo, 2008, p. 145). Nasuprot „zajedničkoj baštini“, „zajednička briga“ je opšti *koncept* koji ne uključuje posebna pravila i obaveze, već uspostavlja opštu osnovu za delovanje dotične zajednice“. Na istom mestu autor govori i o „održivom razvoju“ kao „konceptu“ (Shelton, 2009, p. 85). Formulaciju „koncept“ koriste i neki drugi autori: Horn, 2015; Horn, 2004; Weiss, 2012. Naravno, na upotrebu formulacija utiče i definisanje sadržaja koji se u slučaju pojma „zajednička briga čovečanstva“ ponekad značajno proširuje (vid. Leal-Arcas, 2017). Heffron *et al.* (2018, p. 39) „princip zajedničke brige čovečanstva“ svrstavaju među deset principa prava klimatskih promena. Izgleda da ne postoji potpuno uniformno stanovište u pogledu odgovora na pitanje da li je „zajednička briga čovečanstva“, „koncept“ ili „princip“, isto kao što se ova zbrka dodatno pojačava neujednačenim korišćenjem drugih pojmova koji su u različitoj vezi sa „zajedničkom brigom“ (npr. „zajednička baština čovečanstva“) – jedan osvrt vid. kod: Joyner, 1999. Ovde se opredeljujemo da uz pojam „zajednička briga čovečanstva“ koristimo reč „koncept“ prevashodno zbog toga što relevantni međunarodni ugovori u oblasti životne sredine ne prepoznaju „zajedničku brigu čovečanstva“ kao „princip“. Okvirna konvencija UN o promeni klime „principe“ formuliše u čl. 3, dok se u preambuli „podseća“ na principe međunarodnog prava u okviru čega se govori o tome da države

sagledava kroz prizmu normi koje sadrže međunarodni ugovori u oblasti životne sredine, kao i shvatanja različitih autora.⁷ Istovremeno, ispituju se i norme međunarodnih ugovora kojima se zaštita „prirodnih resursa“ proširuje na područja van nacionalne jurisdikcije, kroz sadržaj i moguće domete koncepta „zajedničke brige čovečanstva“.⁸

2. Zaštita prirodnih resursa u međunarodnim ugovorima u oblasti životne sredine

2.1. Pojam „prirodni resursi“

Teškoće pri definisanju pojma „prirodni resursi“ ne bi se smele ignorisati, bez obzira na to što je taj pojam povezan sa životnom sredinom. U Rezoluciji Generalne skupštine UN br. 1803 (XVII) od 14. decembra 1962. godine, kao osnovnom dokumentu UN kojim se princip „stalnog suvereniteta nad prirodnim resursima“ formalno ustanovljava, „prirodni resursi“ se spominju četrnaest puta, od čega deset puta u formulaciji „prirodna bogatstva i resursi“ (UN, 1962). Međutim, nema posebnih naznaka o tome šta se pod time tačno podrazumeva, iako bi se o tome moglo zaključivati i na osnovu tumačenja celine dokumenta i konteksta. U celini, Rezolucija ostavlja otvorenim pitanja o kojima bi se moglo detaljnije raspravljati (Teson, 2015). U konsultovanoj literaturi koja se bavi pitanjem suvereniteta nad prirodnim resursima moguće je identifikovati više zajedničkih elemenata. Za potrebe ekonomskih analiza prirodni resursi se široko definišu kao prirodna dobra (sirovine) koja se javljaju u prirodi i koja se mogu koristiti za ekonomsku proizvodnju ili potrošnju (UN, 1997). Slično i kod Milutinovića (2020, p. 23). U studiji grupe autora (Yilanci, Aslan & Ozgur, 2021, p. 8), u cilju razlikovanja uticaja pojedinih resursa na ekonomski rast, govori se o pet vrsta prirodnih resursa (ugalj, šume, minerali, prirodni plin i nafta). U Istraživačkom priručniku za međunarodno pravo i prirodne resurse razlikuju se resursi koji su pod nacionalnom jurisdikcijom i van te jurisdikcije. Resursi pod nacionalnom jurisdikcijom razvrstani su u tri kategorije: biološki resursi (zemljište, šume, ribarstvo, divljač i predeli, genetički resursi), energija (pitanja vezana za korišćenje nafte, gasa, obnovljive energije, biogoriva) i „drugi resursi“, pod čime se razmatraju voda, minerali i arktički resursi. U grupi resursa koji su van nacionalne jurisdikcije posebno se analiziraju ribarenje na otvorenom moru, resursi Međunarodnog podmorja, morski genetički resursi, područja van nacionalne jurisdikcije i antartički resursi (Morgera & Kulovesi, 2016). Kada je reč o „očuvanju“, „zaštiti“ i „upravljanju“ prirodnim resursima, postoje različite definicije. Očuvanje se definiše kao zaštita divlje flore i faune i njihovih prirodnih staništa, a upravljanje prirodnim resursima

imaju „suvereno pravo korišćenja sopstvenih resursa“ (al. 8). Istovremeno se „reafirmiše princip suvereniteta država u međunarodnoj saradnji u vezi sa promenom klime“ (al. 9). Konvencija o biološkoj raznovrsnosti takođe ima poseban član koji je naslovljen sa „principi“ u kojem je formulisano „suvereno pravo“ država da eksploatišu sopstvene resurse.

⁷ Van ove rasprave, zbog ograničenog prostora, ostaje i pitanje razumevanja pojma „suverenitet“ država.

⁸ U radu se ne ulazi u raspravu o odnosima između koncepta „zajedničke brige čovečanstva“ i nekih srodnih principa i pojmova. French (2001, p. 394) skreće posebnu pažnju na dva: *res communis* i zajednička baština čovečanstva.

se odnosi na održivo korišćenje glavnih prirodnih resursa kao što su zemlja, voda, šume i ribarstvo (James *et al.*, 2021, p. 1).

2.2. Prirodni resursi u međunarodnim ugovorima u oblasti životne sredine – opšti pregled

Ako za osnovu analize uzmemo međunarodne ugovore u oblasti životne sredine koji se vode u registru UN kao depozitaru međunarodnih ugovora, onda se odmah uočava da je moguće relativno jasno identifikovati nekoliko oblasti u okviru kojih se pitanje odnosa prema prirodnim resursima može posebno razmatrati. Zaštita biljnog i životinjskog sveta mogla bi se smatrati prvom takvom grupom međunarodnih ugovora. Najšira osnova, kako po predmetu regulisanja tako i po geografskom obuhvatu područja (globalno) i broju država članica (univerzalno), definisana je u Konvenciji o biološkoj raznovrsnosti koju je Republika Srbija potvrdila posebnim zakonom 2001. Pravila koja definiše ovaj međunarodni ugovor odnose se na „biološku raznovrsnost“, pod čime se podrazumeva „raznovrsnost živih organizama u svim okvirima uključujući, između ostalog, suvozemne, morske i druge vodene ekosisteme i ekološke komplekse čiji su deo“, što uključuje i „raznovrsnost u okviru vrste, između vrsta i između ekosistema“ (čl. 2).⁹ Pod „resursima“ se u Konvenciji misli na „biološke resurse“ u koje spadaju „genetički resursi, organizmi i njihovi delovi, populacija ili bilo koje druge biotičke komponente ekosistema sa stvarnom ili potencijalnom namenom ili korišćenja za čovečanstvo“ (čl. 2).¹⁰ Pritom bi se moralo imati u vidu da je osnovna intencija ovog međunarodnog ugovora da reguliše ponašanje država u odnosu prema „biološkim resursima“, što je eksplicitno propisano na više mesta (od preambule do dela u kojem se propisuju konkretnije obaveze i prava država).¹¹ Pokušaj definisanja jasnije granice s nekim srodnim pojmovima za potrebe onoga čime se ovaj međunarodni ugovor bavi (uključujući i pojam „prirodnih resursa“) učinjen je kroz definiciju pojma „biološki resursi“ i „genetički resursi“. Ipak, u Konvenciji se pravi i jasna referenca prema „prirodnim resursima“, ali taj pojam nije na poseban način definisan, već bi se iz norme čl. 15 moglo zaključiti da se pod tim pojmom podrazumeva širi spektar pitanja. Naime, u pomenutom članu se propisuju pravila koja se odnose na „pristup genetičkim resursima“. Istovremeno, „priroda“ se spominje i u kontekstu prava i obaveza koji se odnose na „prirodna staništa“, „prirodnu sredinu“ i „prirodne ekosisteme“.

⁹ Sadržaj ove odredbe nas upućuje na potrebu definisanja pojma „ekosistem“ koji se u posebnom stavu čl. 2 Konvencije definiše kao „dinamički kompleks zajednice biljaka, životinja, mikroorganizama i njihove nežive okoline, koji međusobno deluju kao jedna ekološka celina“.

¹⁰ Posebno su definisani „genetički resursi“ pod kojima se podrazumeva „genetički materijal od stvarne ili potencijalne vrednosti“. S tim u vezi je i pojam „genetički materijal“ koji obuhvata „bilo koji materijal biljnog, životinjskog, mikrobijalnog ili drugog porekla koji sadrži funkcionalne jedinice nasleđa (čl. 2, tač. 9 i 10 Konvencije). Protokol iz Nagoje o pristupu genetičkim resursima i pravednoj i jednakoj raspodeli koristi koje proističu iz njihovog korišćenja uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti iz 2010. (ratifikovan u Srbiji 2018) upućuje na definicije iz Konvencije i istovremeno pod pojmom „korišćenje genetičkih resursa“ podrazumeva „izvođenje istraživanja i razvoj genetičkih i/ili biohemijskih jedinjenja koja predstavljaju genetičke resurse, uključujući i putem primene biotehnologije kao što je definisano u članu 2 Konvencije“ (čl. 2, tač. v Protokola).

¹¹ Npr. u preambuli Ugovora se „ponovo potvrđuje da države imaju suverena prava na sopstvene biološke resurse“, zatim se „potvrđuje“ da su „države odgovorne za očuvanje svoje biološke raznovrsnosti i korišćenje sopstvenih bioloških resursa na održiv način“ itd.

Međutim, posebne obaveze u vezi s „prirodnim resursima“ nisu propisane.¹²

Šume nisu na poseban način identifikovane kao predmet zaštite u međunarodnim ugovorima globalnog ili regionalnog karaktera (od značaja za RS), iako bi se o tome moglo detaljnije raspravljati zbog veza između zaštite pojedinih elemenata biljnog i životinjskog sveta i šuma.

Zemljište kao predmet zaštite, u okviru međunarodnog prava životne sredine, prepoznato je tek u poslednjoj fazi razvoja ove grane međunarodnog prava. Na globalnom nivou se ta vrsta zaštite odnosi na prava i obaveze država koji proističu iz Konvencije UN o borbi protiv dezertifikacije u zemljama s teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi iz 1994. Zemljište na koje se odnosi ovaj međunarodni ugovor obuhvata „terestrični bioproduktivni sistem koji obuhvata zemljište, vegetaciju, druge žive vrste i ekološke i hidrološke procese koji se odvijaju unutar tog sistema“ (čl. 1, tač. d Konvencije), a nekoliko procesa u vezi s kojima su propisane izvesne obaveze i prava država definisani su na specifičan način. To su procesi koji su označeni kao „dezertifikacija“, „suša“ i „degradacija zemljišta“.

Rude i rudna bogatstva nisu predmet zaštite u okviru posebnog međunarodnog ugovora. Međutim, predmet regulisanja su upravljanje nekim procesima u okviru proizvodnje i upotreba određenih elemenata povezanih s rudama. Na globalnom nivou je Minimata konvencija o živi iz 2013. godine verovatno najjasniji primer, dok bi se međunarodni ugovori koji imaju za predmet regulisanja korišćenje fosilnih goriva (u sektoru energetike) morali posebno razmatrati.

Upravljanje vodama je jedno od najčešćih pitanja kojima se bavi međunarodno pravo životne sredine. Razvijen je čitav niz međunarodnih ugovora na svim nivoima (od globalnog nivoa, preko subregionalnih i regionalnih nivoa do lokalnih) koji imaju za cilj regulisanje odnosa između država povodom različitih vidova korišćenja vodnih resursa. Dva međunarodna ugovora zaslužuju da se na njih posebno ukaže. Na globalnom nivou zaključena je Konvencija o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova iz 1997, ali je daleko od toga da dostigne univerzalnost u pogledu članstva.¹³ „Vodni resursi“ se uzimaju kao jedan od „faktora od značaja za pravično i razumno korišćenje“ (čl. 6 navedene konvencije)¹⁴.

Istovremeno, Konvencija propisuje obaveze i prava država članica koje se odnose na „obavezu neprouzrokovanja značajne štete“ (čl. 7), „opštu obavezu saradnje“ (čl. 8), redovnu razmenu podataka i informacija (čl. 9) itd.

Drugi međunarodni ugovor koji se odnosi na vodne resurse je regionalnog karaktera. Zaključen je u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu. Reč je o Konvenciji o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotokova i međunarodnih jezera iz 1992. godine (ratifikovana

¹² Beyerlin & Holzer (2013) naglašavaju da je, sa stanovišta terminologije, pojam „prirodni resursi“ uži od pojma „priroda“, ali širi od pojma „biološki diverzitet“.

¹³ Iako je otvoren za potpisivanje za sve države i organizacije regionalnih ekonomskih integracija (dakle, globalni po svom karakteru), ovaj međunarodni ugovor sa 37 država članica na dan 26. 5. 2020. je jedini međunarodni ugovor ovakvog karaktera koji ima ovako skroman broj država u svom članstvu.

¹⁴ U Konvenciji se kaže da „korišćenje međunarodnog vodotoka na pravičan i razuman način, u smislu člana 5 ove Konvencije, zahteva uzimanje u obzir svih relevantnih faktora i okolnosti, uključujući: [...] (f) očuvanje, zaštitu, razvoj i ekonomiju korišćenja vodnih resursa vodotoka i troškove mera preduzetih u tom cilju; [...]“ (aut. pod.)

u Srbiji 2013) u kojoj se jasnije prepoznaje voda kao „resurs“. Konvencija u delu kojim se regulišu opšte obaveze svih strana ugovornica propisuje da će strane „preduzeti sve odgovarajuće mere za sprečavanje, kontrolu i smanjenje bilo kakvog prekograničnog uticaja“, kao i to da će preduzeti sve odgovarajuće mere da „obezbede da se prekogranične vode koriste u skladu sa ekološki zasnovanim i racionalnim upravljanjem vodom, očuvanjem vodnih resursa [istakao autor] i zaštitom životne sredine“ (čl. 2, tač. 2). Govoreći o načelima kojima će se strane ugovornice „rukovoditi“ prilikom preduzimanja mera iz čl. 2, u Konvenciji je propisano da će se „vodnim resursima [...] upravljati tako da se potrebe sadašnjih generacija zadovoljavaju ne ugrožavajući pritom mogućnost zadovoljavanja potreba budućih generacija“ (čl. 2, tač. 5v).

Zaštita vazduha, za koji je prekogranični karakter takođe neupitan, regulisana je posebnom grupom međunarodnih ugovora. Konvencija o prekograničnom zagađivanju vazduha na velikim udaljenostima, ratifikovana 1986, spominje „biološke resurse i ekosisteme“ kada definiše izraz „zagađivanje vazduha“, vezujući ga za posledice „štetnog delovanja“ materija i energije koje čovek „unos u atmosferu“ (čl. 1, tač. a). Pravila koja ovaj međunarodni ugovor propisuje odnose se na region Ekonomske komisije UN za Evropu,¹⁵ dok se na globalnom nivou ključnim ugovorom u ovoj oblasti može smatrati Okvirna konvencija UN o promeni klime. Pitanje na koji način i do koje mere se „klima“ može smatrati „resursom“ izgleda izlišno ako se detaljnije pogleda sadržaj normi iz ovog međunarodnog ugovora. Pod pojmom „klimatski sistem“ ovaj ugovor označava „celinu koja obuhvata atmosferu, hidrosferu, biosferu i geosferu i njihove interakcije“, a „resursi“ se eksplicitno spominju na nekoliko mesta. Prvi put je to učinjeno baš u kontekstu „suverenog prava korišćenja sopstvenih resursa“ (al. 8 Preambule), zatim u kontekstu prava svih zemalja, a posebno zemalja u razvoju na pristup resursima (al. 22 Preambule), obaveze svih članica u vezi s principom „zajedničke ali izdiferencirane odgovornosti“ (da „sarađuju u pripremama za prilagođavanje uticajima promene klime; razrađuju i razvijaju odgovarajuće i integrisane planove za upravljanje priobalnim zonama, vodnim resursima i poljoprivredom“ – čl. 4, tač. 1e), kao i u kontekstu obaveza članica – „razvijenih zemalja i ostalih strana navedenih u Aneksu I“ u pogledu preduzimanja odgovarajućih mera ublažavanja klime (čl. 4, tač. 2a).¹⁶

2.3. *Stalni suverenitet nad prirodnim resursima*

Kao što je već naznačeno Rezolucijom Generalne skupštine UN iz 1962. godine, ustanovljen je princip suvereniteta država nad prirodnim resursima zbog čega je, pri tumačenju smisla ovog principa, nužno imati u vidu okolnosti u kojima je dokument usvojen i njegove ciljeve.¹⁷ Kada se pogleda sadržaj trenutno važećih međunarodnih ugovora, jasno

¹⁵ Ova pravila su detaljnije razrađena kroz osam protokola koji su tri puta menjani ili dopunjavani.

¹⁶ Ovde se članice obavezuju da pri preduzimanju mera „uzmu u obzir razlike u polaznim stanovištima i pristupima ovih zemalja ekonomskim strukturama i baznim resursima, potrebu za očuvanjem jakog i stabilnog ekonomskog rasta, raspoložive tehnologije i druge konkretne okolnosti, kao i potrebu za pravednim i odgovarajućim doprinosom svake od ovih Strana u globalnim naporima na realizaciji postavljenog cilja“.

¹⁷ Ovo se pre svega odnosi na činjenicu da je ovde ustanovljen „suverenitet država“ nerazdvojno povezan s pravom naroda na samoopredeljenje, što nije predmet rasprave u ovom članku (šire vid. Todić, 2018b).

se uočava da je pomenuti princip u međuvremenu doživeo izvesne promene – dopunjen je, a njegove granice su precizirane. Naime, međunarodni ugovori osim što sadrže jasne odredbe kojima se upućuje na priznavanje i obavezu poštovanja „suvereniteta država nad prirodnim resursima“, propisuju i izvesne obaveze država. U Konvenciji o biološkoj raznovrsnosti (1992) razlikuju se „suverena prava (država) na sopstvene biološke resurse“ (al. 4 Preambule) od „suverenog prava da eksploatišu sopstvene resurse“ (čl. 3). Opšti okvir „suverenog prava“ država je utemeljen u Povelji UN i principima međunarodnog prava. Međutim, istovremeno ovo pravo država se ograničava obavezom da „eksploatacija“ mora biti u skladu s njihovim „politikama zaštite životne sredine“, kao i njihovom odgovornosti u pogledu „osiguranja da aktivnosti u okviru njihove jurisdikcije ili kontrole ne prouzrokuju štetu po životnu sredinu drugih država ili oblasti van granica nacionalne jurisdikcije“. Dakle, dogradnja principa suvereniteta država proklamovanog 1962. godine učinjena je kroz propisivanje odgovornosti država koja se odnosi na druge države, kao i područja van njihove nacionalne jurisdikcije.¹⁸

Bez obzira na razlike u materijalnom karakteru onoga što se reguliše, skoro identičnu odredbu o suverenitetu država sadrži i Okvirna konvencija UN o promeni klime (1992). Ona već u preambuli kaže da „države imaju suvereno pravo korišćenja sopstvenih resursa u skladu sa svojom politikom u oblasti životne sredine i razvoja kao i odgovornost da aktivnosti u okviru njihove jurisdikcije ili kontrole ne nanose štetu životnoj sredini drugih država ili regiona izvan granica pod nacionalnom jurisdikcijom“.¹⁹ I sve to u skladu s Poveljom UN i principima međunarodnog prava.²⁰ Na sličan način se i u Stokholmskoj konvenciji o dugotrajnim organskim zagađujućim supstancama iz 2001. „naglašava“ suvereno pravo država da „koriste sopstvene resurse“ (al. 10 Preambule). Uz „ponovno potvrđivanje“ načela 2 Deklaracije iz Rija o zaštiti životne sredine i razvoju i Konvencija o borbi protiv dezertifikacije u zemljama s teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi (1994), naglašava „suvereno pravo“ koje države imaju u pogledu „vlastitih prirodnih resursa“ (al. 15 Preambule). Međutim, jedan deo međunarodnih ugovora ne sadrži pozivanje na princip suvereniteta. Može biti interesantno da je takav slučaj s Konvencijom o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova (1997), Minamatskom konvencijom o živi (2013) i Bazelskom konvencijom o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada (1989).

¹⁸ Sprečavanje prekogranične štete koje se uzima kao centralni element ovako propisanog pravila o suverenitetu država nad prirodnim resursima smatra se „principom“ savremenog međunarodnog prava životne sredine i „pravilom“ međunarodnog običajnog prava. Njegovi koreni se vezuju za arbitražnu presudu u slučaju topionice bakra iz 1938. godine da bi u međuvremenu bio „oblikovan“ različitim instrumentima u okviru UN, regionalnim instrumentima, odlukama Međunarodnog suda pravde itd. (UN, 2018, p. 7).

¹⁹ ILA izveštaj za polaznu osnovu „konceptualizacije globalne klime kao podeljenog i zajedničkog resursa“ uzima princip stalnog suvereniteta nad prirodnim resursima, koji je sadržan u Rezoluciji Generalne skupštine 1803 (XVII) i čl. 1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, odnosno Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ILA, 2012, p. 22).

²⁰ Iz citirane odredbe UNFCCC-a vidi se da se uporedo s principom suverenosti ističe i princip odgovornosti države. To je, dakle, deo jedinstvene celine i odgovornost država za stanje u oblasti životne sredine, naročito kada ono pričinjava štetu drugoj državi, nije uopšte sporna. Na ovo se naslanja i obaveza država da ne prouzrokuju štetu životnoj sredini koja se često formuliše i kao poseban princip. Na sličan način je formulisano „suvereno pravo“ država „da eksploatišu svoja vlastita bogatstva“ i u preambuli Bečke konvencije o zaštiti ozonskog omotača (al. 2 Preambule).

S druge strane, kada se radi o regionalnim međunarodnim ugovorima čiji su depozitar UN, jedino Konvencija o prekograničnim efektima industrijskih udesa, ratifikovana u Srbiji 2009, zaključena u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu, upućuje na načelo 2 Deklaracije iz Rija o zaštiti životne sredine i razvoju koje se odnosi na suverena prava država „da koriste vlastite resurse“ (al. 8 Preambule). Ovome bi trebalo dodati da i Regionalni sporazum o pristupu informacijama, učešću javnosti i pravdi u pitanjima koja se tiču životne sredine u Latinskoj Americi i Karibima u čl. 3 eksplicitno potvrđuje „princip stalnog suvereniteta država nad njihovim prirodnim resursima“ kao jedan od jedanaest „principa u primeni Sporazuma“.

2. 4. „Zajednička briga čovečanstva“

U dva međunarodna ugovora u oblasti životne sredine globalnog značaja eksplicitno se konstatuje da pitanja kojima se oni bave predstavljaju „zajedničku brigu čovečanstva“.²¹ Taj koncept je primenjen u slučaju „klimatskih promena“ i „biološke raznovrsnosti“.²² Osim dva pomenuta ugovora, ostaje otvoreno pitanje koji još međunarodni ugovori u oblasti životne sredine imaju za svoje polazište koncept „zajedničke brige čovečanstva“.²³ Weiss (2012) se zalaže za to da „kvantitet i kvalitet sveže vode i pristup vodi“ postane zajednička briga čovečanstva. Cullet (2011) smatra da bi prihvatanje stava da je voda zajednička briga čovečanstva unapredilo raspravu utoliko što bi time bio učinjen prvi korak koji vodi priznanju da se voda, kao resurs, mora posmatrati na kvalitativno drugačiji način, tj. prepoznavanju da zaslužuje brigu celog čovečanstva. Autor sugeriše da takva kvalifikacija, sama po sebi, neće dovesti do promena, a to zapažanje potvrđuju i drugi primeri. U stvari jedna od glavnih „vidljivih“ posledica kod biološke raznovrsnosti, koja je zajednička briga čovečanstva, jeste ta što države sada ostvaruju „suverena prava“, a ne puni suverenitet. Nedovoljna jasnoća koncepta bila je razlog, kako navodi Castillo-Winckels (2016), na koji su ukazali članovi Komisije za međunarodno pravo povodom Odluke te komisije iz 2015. godine da iz svog Nacrta smernica o zaštiti atmosfere ukloni koncept da je degradacija atmosferskih uslova „zajednička briga čovečanstva“, uz dodatni razlog

²¹ O implikacijama koncepta „zajedničke brige“ i njegovoj primeni u međunarodnom pravu životne sredine prvi se put raspravljalo na Sastanku Grupe pravnih stručnjaka za ispitivanje koncepta zajedničke brige čovečanstva u vezi s globalnim pitanjima životne sredine (Sastanak pravnih stručnjaka) na Univerzitetu Malte u decembru 1990. (Horn, 2015, p. 25). Međutim, ideja „zajedničke brige“ spominjala se u međunarodnom pravu pre rasprave o klimatskim promenama, a u kontekstu rešavanja problema koji se odnose na zajedničku nadležnost i resurse. Korene vuče iz predloga koji se odnose na zaštitne funkcije na otvorenom moru. Još se 1949. godine smatralo da je zaštita tuna i drugih riba „od zajedničke brige“ za strane u određenim ugovorima (Cottier *et al.*, 2014). Izraz „zajednička briga“ istaknut je i u Izveštaju Međunarodne komisije za životnu sredinu i razvoj 1987. godine (UNEP, 1987). Prvi deo Izveštaja, pod naslovom „zajednička briga“, govori o potrebi ujedinjavanja globalne zajednice u rešavanju zajedničkih problema. Vid. i: Bowling *et al.*, 2018.

²² Tokom pregovora o Konvenciji o biološkoj raznovrsnosti, pregovarači su se složili s izrazom „zajednička briga čovečanstva“ delimično jer je, prema njihovom mišljenju, „to podrazumevalo međugeneracijsku pravednost i pravičnu podelu tereta“ (Bowling *et al.*, 2018, p. 3).

²³ Na „zajedničku brigu čovečanstva“ podseća se i u Afričkoj konvenciji o zaštiti prirode i prirodnih resursa (Maputo, 2003), ali u kontekstu „očuvanja globalne životne sredine“. „Očuvanje životne sredine Afrike“ smatra se „primarnom brigom svih Afrikanaca“ (al. 4 Preambule).

što je izostala podrška u praksi država za njegovo uključivanje. Koncept zajedničke brige čovečanstva povezan je i s načelom zajedničke baštine čovečanstva, koje se uopšteno odnosi na geografska područja ili resurse, dok se zajednička briga čovečanstva tiče određenih pitanja. Stoga bi idejni okvir zajedničke baštine bio prikladniji za upravljanje održivim korišćenjem zajedničkih resursa, dok koncept zajedničke brige čovečanstva pruža osnovu za zaštitu zajedničkih resursa kojima pretil globalni problem. I Scholtz (2008, pp. 335, 336) konstatuje da tačno značenje i status „zajedničke brige čovečanstva“ nisu jasni u međunarodnom pravu, ali se ne može reći da to nema nikakvih implikacija na države. Pojam „zajedničke brige čovečanstva“ ukazuje na to da je globalna životna sredina odgovornost i interes svih država, da nijedna država ne može samostalno preduzimati radnje koje mogu biti štetne za globalnu životnu sredinu i da nije potpuno nezamislivo da se neka pitanja koja su od „zajedničkog interesa“ mogu razviti u obaveze *erga omnes*. U nastavku autor, pozivajući se na druge izvore, sugerise da bi za „zajedničku brigu“ moglo biti ključno i to da bi trebalo da se troškovi aktivnosti ravnomerno podele među državama, uzimajući u obzir istorijske doprinose i sadašnje tehničke i finansijske mogućnosti. Soltau (2016, pp. 207, 208) tvrdi da osnovne karakteristike zajedničke brige čovečanstva uključuju sledeće: 1. interesi nadilaze interese pojedinih država i dotiču se vrednosti ili etike od globalnog značaja; 2. pretnje takvim interesima obeležene su njihovom težinom i potencijalnom nepovratnom posledicom; i 3. zaštita interesa zahteva kolektivno delovanje i kolektivnu odgovornost. Cottier *et al.* (2014, pp. 18-23), razrađujući smisao i sadržaj zajedničke brige, u cilju definisanja takvog principa, posebno razmatraju četiri elementa: dužnost saradnje, odgovornost „kod kuće“, odgovornost „u inostranstvu“ i poštovanje postojećih obaveza. Osnovom „novonastajućeg načela u međunarodnom pravu“ autori smatraju obavezu saradnje, obavezu delovanja unutar granica države i pravo na preduzimanje radnji, iako to povlači za sobom ekstrateritorijalne efekte u rešavanju problema koji su označeni kao „zajednička briga“ (Cottier *et al.*, 2014, p. 25).

3. Zaključak

Širi kontekst rasprave o mestu prirodnih resursa u međunarodnim ugovorima u oblasti životne sredine određen je značajem koji prirodni resursi imaju za ekonomski razvoj i odnose između država povodom eksploatacije, upravljanja i zaštite tih resursa. Iako na prvi pogled može da izgleda da prirodni resursi nisu eksplicitno formulisani kao predmet regulisanja u međunarodnim ugovorima u oblasti životne sredine, zaštita prirodnih resursa se može prepoznati u značajnom delu međunarodnih ugovora. Posredstvom činjenice da prirodni resursi predstavljaju deo pojma „životna sredina“, kao i činjenice da analizirani međunarodni ugovori direktno upućuju na princip suvereniteta država nad prirodnim resursima, prepoznatljivost prirodnih resursa se može jasno pratiti u međunarodnim ugovorima koji se odnose na biljni i životinjski svet (i biološku raznovrsnost u celini), upravljanje vodama i zemljištem. Pozivanje na princip stalnog suvereniteta država nad prirodnim resursima evidentno je i kod ugovora kojima se reguliše zaštita vazduha i klimatske promene. Na ovakav način prepoznat princip predstavlja neku vrstu opšteg

okvira aktivnosti država i međunarodne zajednice u celini. Ipak, domete principa bi trebalo tumačiti vodeći računa o okolnostima u kojima je nastao, ali i elementima nadogradnje formulisanim u savremenim međunarodnim ugovorima. To se pre svega odnosi na ograničenja suvereniteta nad prirodnim resursima u vidu odgovornosti država za stanje u oblasti životne sredine na svojoj teritoriji, teritoriji drugih država i teritoriji van nacionalne jurisdikcije. Na taj način princip suvereniteta dobija nove elemente pretačući svoj smisao u princip sprečavanja prekogranične štete. Smisao i sadržaj koncepta „zajedničke brige čovečanstva“, koji je formulisan u dva međunarodna ugovora globalnog karaktera (Okvirnoj konvenciji UN o promeni klime i Konvenciji o biološkoj raznovrsnosti), trebalo bi tražiti u nastojanju da se „globalni“ značaj određenih pitanja u oblasti životne sredine posebno naglasi kroz isticanje obaveza svih država u pogledu njihove zaštite i saradnje. Ipak, pitanje karaktera odnosa između principa suvereniteta nad prirodnim resursima i „zajedničke brige čovečanstva“ trebalo bi tumačiti pažljivo, uz uvažavanje savremenih tendencija u razvoju međunarodnog prava životne sredine i opštih promena u razumevanju suvereniteta država u globalizacijskim okolnostima. Pravni karakter principa suvereniteta nad prirodnim resursima ima svoje utemeljenje u okolnostima kada je nastao, kao i potvrdu u kasnijoj praksi i tumačenju. Koncept „zajedničke brige čovečanstva“, bez obzira na to što se on negde već sada označava i kao „princip“, trebalo bi posmatrati kao princip u nastajanju. Za njegove ključne elemente (globalni karakter problema, obaveza saradnje države, obaveza sprečavanja prekogranične štete itd.) trenutno se ne bi moglo smatrati da su u suprotnosti s principom suverenosti nad prirodnim resursima. Ipak, razvoj i buduća praksa u tumačenju sadržaja „principa“ i „koncepta“ bi trebalo da pokažu u kojoj tački bi njihov međusobni odnos mogao poprimiti i karakteristike međusobne isključivosti.

Literatura

- Beyerlin, U. & Holzer, V. 2013. Conservation of Natural Resources. In: Wolfrum, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*. Oxford: OUP, online ed. Dostupno na: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1569#>.
- Bodnar, T. & Salathé, M. 2012. Governing the Global Commons with Local Institutions. *PloS ONE*, 7(4), pp. 1-7. doi: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0034051>.
- Bowling, C., Pierson, E. & Ratté, S. 2018. *The Common Concern of Humankind: A Potential Framework for a New International Legally Binding Instrument on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in the High Seas*. Dostupno na: https://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/BowlingPiersonandRatte_Common_Concern.pdf, (16. 5. 2021).
- Castillo-Winckels, N.S. 2016. Why “Common Concern of Humankind” Should Return to the Work of the International Law Commission on the Atmosphere. *Georgetown Environmental Law Review*, 29(1), pp. 131-152.
- Cottier, T., Aerni, P., Karapinar, B., Matteotti, S., de Sèpibus J. & Shingal, A. 2014. *The Principle of Common Concern and Climate Change*, Working Paper No 2014/18,

- June 2014. Dostupno na: https://www.wti.org/media/filer_public/0d/a9/0da93bab-02b6-49f3-a789-d8f4a0ab3982/cottier_et_al_common_concern_and_climate_change_archiv_final_0514.pdf, (25. 8. 2021).
- Cullet, P. 2011. Water Law in a Globalised World: The Need for a New Conceptual Framework, *Journal of Environmental Law*, 23(2), pp. 233-254. doi: <https://doi.org/10.1093/jel/eqr003>.
- Donnelly, J. 2014. State Sovereignty and International Human Rights. *Ethics & International Affairs*, 28(2), pp. 225-238.
- French, A.D. 2001. A Reappraisal of Sovereignty in the Light of Global Environmental Concerns, *Legal Studies*, 21(3), pp. 376-399.
- Heffron, R., Rønne, A., Tomain, J., Bradbrook, A. & Talus, K. 2018. A Treatise for Energy Law. *The Journal of World Energy Law & Business*, 11(1), pp. 34-48. doi: <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwx039>.
- Horn, L. 2004. The Implications of the Concept of Common Concern of Human Kind on Human Right to Healthy Environment. *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, 1(2), pp. 233-268.
- Horn, L. 2015. Climate Change and the Future Role of the Concept of the Common Concern of Humankind. *Australian Journal of Environmental Law*, 2(1), pp. 24-56.
- ICJ. 1996. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996.
- ILA. 2012. *Legal Principles Relating to Climate Change*. International Law Association, Sofia Conference.
- James, R., Gibbs, B., Whitford, L., Leisher, C., Konia, R. & Butt, N. 2021. Conservation and Natural Resource Management: Where Are All the Women?. *Oryx*, pp. 1-8. doi: <https://doi.org/10.1017/S0030605320001349>.
- Joyner, C. C. 1999. The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law. *Emory International Law Review*, 13(2), pp. 615-628.
- Kiss, A. 1997. The Common Concern of Mankind. *Environmental Policy and Law*, 27(4), pp. 244-247.
- Leal-Arcas, R. 2017. Sustainability, Common Concern, and Public Goods. *George Washington International Law Review*, 49(4), pp. 801-878.
- Lopez-Claros, A., Dahl, A., & Groff, M. 2020. Responding to Global Environmental Crises. In: *Global Governance and the Emergence of Global Institutions for the 21st Century*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 360-378.
- Milutinović, S. 2020. *Upravljanje prirodnim resursima*. Niš: Fakultet zaštite na radu.
- Morgera, E. & Kulovesi, K. (eds). 2016. *Research Handbook on International Law and Natural Resources*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 137-448. Dostupno na: <https://www.e-elgar.com/shop/gbp/research-handbook-on-international-law-and-natural-resources-9781783478323.html>, (10. 5. 2021).
- Murillo, J. 2008. Common Concern of Humankind and Its Implications in International Environmental Law. *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, 5(2), pp. 133-148.

- Natarajan, U. & Khoday, K. 2014. Locating Nature: Making and Unmaking International Law. *Leiden Journal of International Law*, 27(3), pp. 573-593. doi: <https://doi.org/10.1017/S0922156514000211>.
- Romanin Jacur, F., Bonfanti, A. & Seatzu, F. (eds). 2015. *Natural Resources Grabbing: An International Law Perspective*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff.
- Rudra, N. & Jensen, M. 2011. Globalization and the Politics of Natural Resources. *Comparative Political Studies*, 44(6), pp. 639-661.
- Sands, P., Peel, J., Fabra, A. & Mac Kenzie, R. 2012. General Principles and Rules. In: *Principles of International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 187-237. doi: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139019842.012>.
- Scholtz, W. 2008. Custodial Sovereignty: Reconciling Sovereignty and Global Environmental Challenges Amongst the Vestiges of Colonialism. *Netherlands International Law Review*, 55(3), pp. 323-341.
- Shelton, D. 2009. Common Concern of Humanity. *Environmental Policy and Law*, 39(2), pp. 83-86.
- Shinar, C. 2013. The Challenges Posed to Welfare States by Globalization. *European Review*, 21(3), pp. 448-464.
- Soltau, F. 2016. The Common Concern of Humankind. In: Gray, K.R., Tarasofsky, R. & Carlarne, C. (eds), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL]. doi: <https://doi.org/10.1093/law/9780199684601.003.0010>.
- Stec, S. 2010. Humanitarian Limits to Sovereignty: Common Concern and Common Heritage Approaches to Natural Resources and Environment. *International Community Law Review*, 12(3), pp. 361-390.
- Stein, A. 2016. The Great Trilemma: Are Globalization, Democracy, and Sovereignty Compatible?. *International Theory*, 8(2), pp. 297-340.
- Teson, F.R. 2015. Revising International Law: A Liberal Account of Natural Resources. *San Diego Law Review*, 52(5), pp. 1123-1148.
- Todić, D. 2018a. *Ujedinjene nacije, međunarodni ugovori i životna sredina*. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu.
- Todić, D. 2018b. The Right to Self-determination and Sovereignty over Natural Resources in International Law: Ranges and Limitations. In: Proroković, D. (ed.), *Kosovo: Sui Generis or Precedent in International Relations*. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, pp. 137-169.
- Vukasović, V. & Todić, D. 2021. *Environmental Law in Serbia*. The Netherlands: Wolters Kluwer.
- Weiss, E. 2012. The Coming Water Crisis: Common Concern of Humankind. *Transnational Environmental Law*, 1(1), pp. 153-168.
- Wisner, S. 2018. Criminalizing Corporate Actors for Exploitation of Natural Resources in Armed Conflict: UN Natural Resources Sanctions Committees and the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*, 16(5), pp. 963-983. doi: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqy060>.

Yilanci, V., Aslan, M. & Ozgur, O. 2021. Disaggregated Analysis of the Curse of Natural Resources in Most Natural Resource-abundant Countries. *Resources Policy*, 71. doi: <https://doi.org/10.1016/j.resourpol.2021.102017>.

Pravni izvori

- UN Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses 1997. [Konvencija o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova]. Dostupno na: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/09/19980925%2006-30%20PM/Ch_XXVII_12p.pdf.
- UN Minamata Convention on Mercury, 2013. [Minamatska konvencija o živi]. Dostupno na: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf>, (12. 7. 2021).
- UN 1962. GAR 1803 (XVII). Permanent Sovereignty over Natural Resources. Dostupno na: [https://www.undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/1803\(XVII\)](https://www.undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/1803(XVII)), (16. 5. 2021).
- UN 1997. Glossary of Environment Statistics, Studies in Methods, Series F, No. 67, New York: United Nations. Dostupno na: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=1740>
- UN 2012. Interagency Framework Team for Preventive Action, Toolkit and Guidance for Preventing and Managing Land and Natural Resources Conflict.
- UN 2018. Gaps in International Environmental Law and Environment-related Instruments Towards a Global Pact for the Environment. Report of the Secretary-General, GA, A/73/419, 30 November 2018.
- UNEP 1987. Report of the World Commission on Environment and Development, UNEP/GC.14/13, 14 April 1987. Dostupno na: <https://digitallibrary.un.org/record/133790?ln=en>, (25. 8. 2021).
- UNTC. *United Nations Treaty Collection (UNTC) – Environment*. Dostupno na: https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en, (15. 5. 2021).
- Zakon o potvrđivanju Bazelske konvencije o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/1999.
- Zakon o potvrđivanju Konvencije Ujedinjenih nacija o biološkoj raznovrsnosti, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/2001.
- Zakon o potvrđivanju Konvencije UN o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i dezertifikacijom, posebno u Africi, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 102/2007.
- Zakon o potvrđivanju Konvencije o prekograničnim efektima industrijskih udesa, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 42/2009.
- Zakon o potvrđivanju Konvencije o prekograničnom zagađivanju vazduha na velikim udaljenostima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/1986.
- Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotokova i međunarodnih jezera i amandmana na čl. 25 i 26 Konvencije o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotokova i međunarodnih jezera, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/2013.

Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije UN o promeni klime sa aneksima, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/1997.

Zakon o potvrđivanju Protokola iz Nagoje o pristupu genetičkim resursima i pravednoj i jednakoj raspodeli koristi koje proističu iz njihovog korišćenja uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2018.

Dragoljub C. Todić, PhD

Full-time Professor, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Serbia

e-mail: dtodic@ymail.com

NATURAL RESOURCES IN INTERNATIONAL TREATIES – FROM THE SOVEREIGN RIGHTS OF STATES TO THE COMMON CONCERN OF HUMANKIND

Summary

The paper points out the importance of natural resources and discusses their international legal protection. It analyses the UN deposited international agreements in the field of environment as well as the views of various authors. In specific, relations of the international agreements with the principle of permanent sovereignty of states over natural resources („principle“) and the concept of „common concern of humankind“ („concept“) is explored. The aim of the paper is to identify relevant international agreements, determine how they relate to „natural resources“ and assess the content of norms related to the „principle“ and „concept“. The conclusion states that the „principle“ and the „concept“ are simultaneously defined in two international agreements (Convention on Biological Diversity and the UN Framework Convention on Climate Change), that the content and meaning of the „principle“ was upgraded, as well as that there are elements of intertwining and lack of clarity when it comes to characterising relations between the „principle“ and the „concept“.

Keywords: natural resources, environment, international treaties, sovereignty over natural resources, common concern of humankind.

Primljeno: 21. 6. 2021.

Izmenjeno: 29. 8. 2021.

Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

RADNOPRAVNI POLOŽAJ DIGITALNIH RADNIKA – ISKUSTVA EVROPSKIH ZEMALJA

Sažetak

Upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija (IKT) unosi značajne novine u proces rada i dovodi do pojave novih zanimanja i profesija. Ovakva digitalizacija rada utiče na povećanje efikasnosti i lakše obavljanje niza poslova, ali i na prekarizaciju rada i izmeštanje fokusa poslodavaca sa radnog odnosa na druge, atipične forme rada. Istovremeno, digitalni radnici koji rade u radnom odnosu različita prava ostvaruju na specifičan način. Digitalni rad podrazumeva u većini slučajeva i fizičku odvojenost od poslodavca, što otvara niz pitanja: kako organizovati radno vreme, kako vršiti nadzor nad radom digitalnih radnika, kako oni mogu ostvariti svoja kolektivna prava, kako poslodavac može urediti bezbednu radnu sredinu kod rada van njegovih prostorija i slično. S druge strane, radnici koji rade van radnog odnosa, među kojima se posebno izdvajaju platformski samozaposleni radnici i frilenseri, nalaze se u značajno težem položaju kada je reč o ostvarivanju osnovnih prava po osnovu rada. Pojava lažne samozaposlenosti, koja beleži ekspanziju uporedo sa rastom korišćenja IKT-a u procesu rada u raznim zanimanjima, kao i praktično nerešen status „slobodnih zaposlenih“ koji rade isključivo u kratkoročnim oblicima radnog angažovanja za više poslodavaca simultano ili sukcesivno, neki su od najaktuelnijih problema kada je reč o savremenom radnom pravu. Istraživanje je usmereno ka analizi svih ovih pitanja; ono se u najvećoj meri ne bavi bazičnim pojašnjavanjem pojmova i razvoja određenih kategorija radnog angažovanja – ova pitanja su obrađena samo površno – već ukazuje na nadogradnju početnih tendencija izmena u shvatanju rada i radnog odnosa, sa naročitim naglaskom na povratak klasičnoj formi uređenja radnog odnosa, koja je oplemenjena i osavremenjena novim elementima koji proističu iz digitalizacije rada.

Ključne reči: radni odnos, digitalni radnici, lažna samozaposlenost, frilenseri, platformski radnici.

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

** Master pravnik, istraživačica pripravnica, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija, e-mail: j.misailovic@iup.rs

1. Uvodna razmatranja

Izvesno je da je radno pravo XXI veka donelo važne novine u shvatanju i regulisanju rada. Njihova pojava može da se posmatra iz ugla digitalizacije rada ali i iz ugla prekarizacije rada. Digitalizacija rada predstavlja normativni i praktični odgovor na razvoj informaciono-komunikacionih tehnologija (dalje: IKT), koji je omogućio novi način organizacije i izvršenja radnih zadataka u nizu zanimanja, kao i pojavu do sada nepoznatih profesija. U tom smislu se o (redovnoj) digitalizaciji rada može govoriti kao o korišćenju IKT-a za izvršavanje različitih poslova. Takozvani „rad na daljinu“ poznat je još od sedamdesetih godina XX veka, kada je naftna kriza uzrokovala da poslodavci počnu da razmatraju rad od kuće kao alternativu redovnom obavljanju poslova. Kada se kriza okončala, rad od kuće je ostao relativno prisutan zbog svojih prednosti, najpre zbog umanjena troškova rada na strani poslodavaca (Leonova, 2021, p. 4). Međutim, tek je pomenuti razvoj IKT-a doveo do značajne ekspanzije profesija koje se mogu podvesti pod „digitalni rad“ (Jašarević, 2018, p. 927).¹ Ovaj oblik rada naročito je postao popularan tokom 2020. godine, za vreme pandemije virusa kovid 19 i masovnog prebacivanja radnika na režim rada, od kuće. Digitalizacija rada, međutim, ima i drugu dimenziju – stvaranje različitih novih formi rada koje se predstavljaju kao suštinski nova zanimanja i novi procesi rada a služe kao izgovor za prekarizaciju položaja radnika i mimoilaženje koncepta klasičnog radnog odnosa između radnika i poslodavca.

Ove dve tendencije se dešavaju istovremeno i prepliću se, što dovodi do raznovrsnih normativnih i faktičkih rešenja, kao i do različitih reakcija aktera radnih odnosa. Osnovni put koji je do sada pređen pod izgovorom digitalizacije rada može se opisati kao naglo udaljenje od tradicionalnog radnog odnosa i jaki talas prekarizacije koja je isticana kao nužna fleksibilizacija rada u promenjenim okolnostima. S druge strane, poslednjih nekoliko godina postoje snažne tendencije vraćanja elementarnim vrednostima i postulatima radnog odnosa kako bi se opet postigla potrebna ravnoteža u odnosima između radnika i poslodavaca koju je uspostavilo radno pravo. Kao rezultat ovakvog razvoja događaja javljaju se značajne razlike u tretiranju pojedinih oblika rada u različitim državama, kao i polemike da li je digitalizacija rada koja vodi fleksibilizaciji (a zapravo prekarizaciji) zaista tehnološka nužnost i organizaciona potreba ili je nastala iz želje za stvaranjem ekstraprofita poslodavaca namernim napuštanjem zakonskih koncepata rada i stvaranjem prividnih alternativnih pravila u svetu digitalnog rada.

Može se reći da je ova tema jedna od najkompleksnijih i najaktuelnijih u radnom pravu poslednjih godina. Pod naletom teorije nužnosti korenitih promena u tradicionalnom shvatanju radnog odnosa, za kratko vreme nastao je veći broj novih kategorija radnika i definisanja njihovog položaja u odnosu na poslodavca. Ovi radnici i oblici rada imenovani su najčešće kroz teorijska razmatranja njihovog položaja, a imajući u vidu specifičnosti rada u kojem učestvuju. Tako je tokom vremena nastalo više pojmova koji se međusobno prepliću i upotrebljavaju kako u literaturi tako i u novijim propisima, a da pri tome nije uvek jasno na koga se odnose i koji su (i da li postoje) jasni elementi njihovog razgraničenja.

¹ Jašarević pravilno zapaža da se nisu promenili samo mesto rada i sredstva za rad već i čitav kontekst radnog odnosa: način odvijanja rada, način odvijanja radnih odnosa, subjekti radnog odnosa i pravni pristup radnom odnosu.

Pojam „digitalni radnici“ se najčešće upotrebljava kao generički pojam, i on obuhvata najširu grupu u koju spadaju svi radnici koji koriste IKT u obavljanju svojih radnih zadataka. Veoma sličan njemu je pojam *telework* koji za sada nema adekvatan prevod na srpski jezik (vid. više Lubarda, 2012, pp. 354–355). *Telework* je, prema sadržini, identičan pojmu „digitalni radnici“, ali u nacionalnim zakonodavstvima najčešće obuhvata radnike koji se nalaze u radnom odnosu i u svom radu upotrebljavaju IKT, a ređe se koristi da bi se njime podrazumevao obuhvat radnika u oblicima radnog angažovanja van radnog odnosa. Za njihov radnopravni status se ponekad kaže da su „radnici na daljinu“, međutim ni ovaj pojam se ne shvata jednoobrazno i može dovesti do konfuzije. Dok se u pojedinim kontekstima rad na daljinu posmatra isključivo kao rad posredstvom IKT-a bez obzira na to gde radnik obavlja svoj rad (kod kuće ili na nekoj drugoj lokaciji), pojedina zakonodavstva (među kojima je i zakonodavstvo Srbije) rad na daljinu posmatraju kao jedan od oblika rada van prostorija poslodavca, a koji ne mora nužno označavati rad uz korišćenje IKT-a – kao što je to slučaj sa zakonskim regulisanjem rada van prostorija poslodavca u Srbiji (Zakon o radu, čl. 42 i 44). U tom kontekstu se pojavljuje i razlikovanje rada na daljinu i rada od kuće, koje samo na prvi pogled nije od naročitog značaja, ali zapravo ima veliki uticaj na obaveze poslodavca koje se odnose na stvaranje bezbednih uslova rada, kao i na nadzor poslodavca nad radom radnika. Dodatnu konfuziju unose i pojmovi koji se odnose na atipične oblike rada korišćenjem IKT-a, pa su najčešće pominjane kategorije „platformski radnici“ i „frilenseri“ (pojam koji je ušao u svakodnevnu upotrebu transkribovanjem engleske reči, a da ni za njega ne postoji odgovarajući prevod na srpski jezik). Platformski radnici imaju zajedničko to da koriste određene digitalne platforme kao posrednike za ostvarivanje kontakta sa potencijalnim klijentima. One se mogu podeliti na internet platforme, koje posreduju između radnika i poslodavaca kao i svaka berza poslova, odnosno agencija za posredovanje u zapošljavanju – poslodavci istaknu svoje potrebe za radnicima, a radnici oglašavaju svoje stručne sposobnosti. S druge strane, postoje platforme koje se odnose na pružanje specifičnih usluga – kao što su usluga prevoza ili dostave – koje imaju daleko kompleksniji odnos sa platformskim radnicima koji ih koriste, jer ne služe samo prostom povezivanju ponude i potražnje za određenom uslugom već se iza njihovog koncepta i delovanja krije značajno složeniji sistem subordinacije platformskog radnika i vlasnika platforme, koji po pravilu faktički nije prepoznat kao radni odnos, ali zapravo poseduje sve elemente da to formalno bude. Frilenseri su lica koja posredstvom IKT-a obavljaju poslove koji nisu vezani samo za jednog poslodavca i koji ne moraju imati kontinuitet. Oni svoje poslodavce najčešće nalaze putem platformi – posrednika, ali i na druge načine (direktnom preporukom, na društvenim mrežama i slično). Mogu imati jednog poslodavca ili više poslodavaca istovremeno, sa kojima zaključuju ugovor o delu ili ugovor o autorskom delu (u skladu sa politikom poslodavca, prirodom posla i zakonodavstvom države koje je merodavno za pravni posao koji se zaključuje). Oni predstavljaju trenutno najfleksibilniji oblik rada koji redefiniše postojanje subordinacije, nadzora nad radom radnika, radnog vremena – otuda frilenseri imaju do sada najveću slobodu u ostvarivanju svojih radnih zadataka. Međutim, oni su istovremeno praktično potpuno obespravljani, ne ostvaruju nijedno pravo koje imaju radnici, a ni sistemi socijalnog osiguranja često ne prepoznaju ovu vrstu rada. Zbog toga je njihova sloboda u radu praktično jednaka njihovoj ranjivosti

u odnosima sa poslodavcima, naročito kada je reč o poslovima koji se zaključuju sa inostranim poslodavcima. Imajući u vidu pravnu prirodu ugovora koje zaključuju, njihov rad je više obligacionopravnog nego radnopravnog karaktera, dok s druge strane postoji realna potreba da se zaštite u procesu rada i steknu mogućnost da ostvaruju neka osnovna radna i socijalna prava.

Imajući u vidu pomenutu kompleksnost teme koja se obrađuje, ovo istraživanje usmereno je pre svega na analizu najnovijeg razvoja u oblasti digitalizacije rada. Pod digitalnim radnicima podrazumevaće se najširi mogući kontekst koji obuhvata i radnike u radnom odnosu i radnike u nespecifičnim modelima radnog angažovanja.

U tom smislu je i struktura istraživanja upodobljena zamisli autora da obuhvate nekoliko važnih pitanja. U prvom delu rada fokus je na postojećoj evropskoj i uporednoj regulativi. Uporedna analiza usmerena je na države koje su najdalje razvile koncepte identifikacije digitalnog rada u radnom odnosu. Potom se obrađuju pitanja koja su se u praksi pokazala kao složena i zaslužuju posebnu analizu kako bi se razrešile neke praktične dileme koje postoje. Njima su posvećena dva dela istraživanja – prvi koji se odnosi na ugovaranje digitalnog rada i drugi u kojem se obrađuju neka od osnovnih prava digitalnih radnika. Poseban deo rada ukazuje na položaj i probleme koje je donela veštački osmišljena fleksibilizacija rada digitalnih radnika i napuštanje tradicionalnog koncepta radnog odnosa, kroz takozvanu „lažnu samozaposlenost“ i neke druge forme rada. U ovom delu fokus je na normativnim i sudskim intervencijama evropskih država, koje ubrzano odustaju od koncepta nužne nesigurnosti koju nudi fleksibilizacija digitalnog rada i podvode ove forme rada pod radni odnos. U poslednjem delu rada autori su izveli zaključke koji se odnose na probleme i pitanja pokrenuta tokom njihovog istraživanja.

Normativna analiza i uporednopravni metod preovlađuju u ovom istraživanju. Velika pažnja se poklanja i analizi slučaja, odnosno analizi sudske prakse. Osnovne hipoteze od kojih autori polaze odnose se na potrebu za detaljnijim regulisanjem rada van prostorija poslodavca, a posebno rada od kuće, u nacionalnim okvirima, kako u terminološkom smislu tako i u suštinskom smislu ostvarivanja osnovnih prava koje radnici na daljinu moraju imati u istom obimu i kvalitetu kao i drugi radnici. Kada je reč o nestandardnim oblicima rada koji su nastali kao posledica digitalizacije rada, hipoteza autora je da se ove forme moraju podvesti pod tradicionalni radni odnos i da je takozvana fleksibilizacija digitalnog rada potrebna samo radi stvaranja novog korpusa pravila kao podvrste klasičnog radnog odnosa. S druge strane, nema nikakve potrebe usložnjavati regulativu veštačkim osmišljavanjem nekih međumodela rada kojima se pravi otklon od radnog odnosa, pre svega zbog manjih troškova rada takvih radnika, a kojim se istovremeno oni neopravdano stavljaju u prekan i eksploatisan položaj.

Pojam „radnik“ je u ovom istraživanju upotrebljen tako da obuhvati sva lica koja učestvuju u procesu rada, bez obzira na to da li su u radnom odnosu ili se nalaze u nekom drugom pravnom ili faktičkom modelu rada.

2. Pravni okvir digitalnog rada – osvrt na evropsko komunitarno pravo i pravo država članica

Ako se digitalni rad posmatra kao rad koji se izvršava (u celini ili delimično) korišćenjem IKT-a, mogu se identifikovati različite situacije u kojima se o radnicima u radnom odnosu može govoriti kao o digitalnim radnicima. Radnik može koristiti IKT kako u prostorijama poslodavca, tako i radeći van tih prostorija. Kao što je već napomenuto, rad van prostorija može biti rad od kuće ili rad na daljinu. Postoje profesije koje se mogu obavljati samo na terenu (kao što je kurirska dostava), ali one nisu obuhvaćene ovim pojmom u klasičnim okolnostima izvršavanja radnih zadataka. Na primer, poštanski službenik koji isporučuje paket neće biti smatran digitalnim radnikom – on jednostavno obavlja posao na terenu jer je priroda njegovih radnih zadataka takva da se ne mogu izvršiti na drugačiji način. Ako je, međutim, kurirska služba organizovana po sistemu digitalne platforme putem koje se primaju i uređuju (organizuju) radni zadaci kurira, onda se kurir može smatrati digitalnim radnikom. U evropskim propisima, kao i nacionalnim propisima država, najčešće se kao generički koristi termin *telework*. Budući da ovaj pojam za sada nema adekvatan prevod, biće korišćena sintagma „digitalni radnici“, odnosno „digitalni rad“; u situacijama kada se naglašava da je u pitanju digitalni rad van prostorija poslodavca, koristiće se izraz „rad na daljinu“.

Regulisanje digitalnog rada instrumentima međunarodnopravnog karaktera uglavnom izostaje. Na nivou Evropske unije postoji nekoliko relevantnih propisa.

Evropski okvirni sporazum o digitalnom radu² (European Framework Agreement on Telework, dalje: EOS) zaključen je još 2002. godine kao prvi sporazum između evropskih socijalnih partnera.³ Državama je prepušteno da ga implementiraju na nacionalnom nivou u skladu sa svojim pravnim sistemima. EOS je pružio prvu definiciju digitalnog rada (*telework*): „Digitalni rad je oblik organizacije i/ili izvođenja rada uz upotrebu IKT-a, u okviru ugovora o radu/radnom odnosu, u kojem se posao koji bi se mogao obavljati u prostorima poslodavca redovno obavlja izvan tog prostora.“ Pod digitalnim radnikom se podrazumeva svaki radnik koji obavlja digitalni rad. S pravom se, međutim, naglašava da ova definicija ne obuhvata sve digitalne radnike, već samo one koji su u radnom odnosu sa poslodavcem – frilenseri, samozaposleni, platformski radnici ne uklapaju se u ovu definiciju (Leonova, 2021, p. 26). Navedeno ne iznenađuje, budući da su sve navedene kategorije bile tek u početnim fazama razvoja, ili nisu ni postojale (platformski radnici) u vreme kada je EOS zaključen.

Prema EOS-u, osnovni principi uređenja digitalnog rada su sledeći:

- Dobrovoljnost i informisanje radnika. Digitalni rad je po pravilu dobrovoljan, što znači da se i radnik i poslodavac moraju složiti oko uslova njegovog uvođenja.

² U prevodu EOS-a na hrvatski jezik termin *telework* preveden je isključivo kao „rad na daljinu“ (Okvirni sporazum o radu na daljinu, 2002). Ovo nije sasvim precizno određenje pojma *telework*, budući da se rad na daljinu može vršiti i bez korišćenja IKT-a (Lodovici *et al.*, 2021, p. 18).

³ Potpisnici su bili: European Trade Union Confederation (ETUC), Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe/The European Union of Crafts and Small and Medium-Sized Enterprises (UNICE/UEAPME) i Centre of Enterprises with Public Participation (ECPE). Vid.: *Teleworking*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>.

Digitalni rad može biti predviđen ugovorom o radu ili se kasnije ugovoriti aneksom. U svakom slučaju, poslodavac je dužan da digitalnom radniku predoči uslove rada i sve druge relevantne informacije u skladu sa Direktivom o obavezi poslodavca da obavesti radnike o uslovima koji se primenjuju na ugovor o radu ili radni odnos (Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship).

- Uslovi rada. Načelno se primenjuje princip jednakosti, odnosno digitalni radnici uživaju sva prava kao i ostali radnici. Imajući u vidu specifičnosti načina i organizacije rada digitalnih radnika, ovaj princip mora biti dopunjen posebnim klauzulama radnika i poslodavca koje regulišu pomenute specifičnosti.
- Zaštita podataka. Budući da digitalni rad stvara nove rizike vezane za zaštitu podataka, poslodavac mora to imati u vidu i obezbediti odgovarajuću zaštitu podataka.
- Privatnost. Nadzor nad radom digitalnog radnika mora biti prilagođen i odgovarajući, tako da ne ugrožava njegovu privatnost, u skladu sa Direktivom o minimalnim zahtjevima u pogledu sigurnosti i zaštite zdravlja pri radu sa opremom sa ekranima (Council Directive 90/270/EEC of 29 May 1990 on the minimum safety and health requirements for work with display screen equipment (fifth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC)) (koja je postojala u vreme zaključenja EOS-a) i Direktivom 2007/30/EC (Directive 2007/30/EC of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 amending Council Directive 89/391/EEC, its individual Directives and Council Directives 83/477/EEC, 91/383/EEC, 92/29/EEC and 94/33/EC with a view to simplifying and rationalising the reports on practical implementation) (koja je naknadno usvojena 2007. godine).
- Sredstva za rad. Poslodavac je dužan da obezbedi sva potrebna sredstva za rad, i to se smatra opštim pravilom. Važe i opšta pravila za naknadu štete koju radnik eventualno počinu na opremi za rad koju je obezbedio poslodavac, a o kojoj je radnik trebalo da brine. Takođe, poslodavac snosi sve troškove koji su vezani za upotrebu opreme (na primer za internet vezu koju radnik koristi), troškove tekućeg i vanrednog održavanja, kao i tehničke podrške koju mora obezbediti radniku. U samom tekstu EOS-a navodi se da svi ovi uslovi rada moraju biti ugovoreni pre početka digitalnog rada, dakle samim ugovorom o radu ili aneksom ugovora o radu. Budući da se navodi da je korišćenje opreme poslodavca „opšte pravilo“, jasno je da ugovorne strane mogu predvideti i neke druge mogućnosti, kao što je korišćenje opreme samog radnika.
- Bezbednost i zdravlje na radu. Ovo veoma osetljivo pitanje regulisano je izjednačavanjem prava i obaveza digitalnog radnika i poslodavca sa radom u redovnim uslovima, a u skladu sa Direktivom o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu (Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work). Kada je reč o posebnim pravilima, poslodavac ima pristup mestu rada digitalnog radnika u svakom slučaju, a ako digitalni radnik radi od kuće, pristup je moguć isključivo uz pristanak radnika.

Radnik, s druge strane, ima pravo obraćanja inspeksijskim organima i traženja inspeksijskog nadzora.

- Organizacija rada. I u ovom slučaju se uvodi jednakost sa radnicima koji rade u redovnom režimu rada. Ipak, važno je naglasiti da EOS uvodi pravilo da je digitalni radnik, u okvirima zakonodavstva i pravilima postavljenim kod poslodavca, dužan da samostalno organizuje radno vreme. Takođe, poslodavac je dužan da s vremena na vreme organizuje susrete digitalnih radnika i redovnih radnika kako bi se sprečila njihova izolacija od ostatka kolektiva.
- Osposobljavanje i usavršavanje. Digitalni radnici imaju isti pristup usavršavanju koje organizuje poslodavac kao i ostali radnici. Oni, međutim, moraju imati i dodatne obuke kako bi mogli da na pravilan i optimalan način koriste opremu kojom se služe pri digitalnom radu.
- Kolektivna prava. Digitalni radnici ostvaruju kolektivna prava na identičan način kao ostali radnici (Teleworking, 2005).

Na nacionalnom nivou digitalni rad se uglavnom reguliše zakonom kojim se uređuje rad, dok se konkretizacija odredaba zakona uređuje autonomnim izvorima prava, odnosno kolektivnim ugovorima o radu. U većini evropskih zemalja, kao što su Litvanija, Poljska, Rusija i Španija, postoji jedinstveno zakonsko regulisanje digitalnog rada u zakonu o radu. U Italiji je ovo takođe slučaj, ali različite vrste radnika imaju različito uređen status ako rade kao digitalni radnici. Rusko rešenje, međutim, ne obuhvata transnacionalni digitalni rad; drugim rečima, pojmom digitalnog rada obuhvaćeni su samo radnici koji rade u Rusiji, za poslodavca čije se sedište nalazi u Rusiji (Gerasimova, Korshunova & Chernyaeva, 2017, p. 117).⁴ U Nemačkoj prevladava sistem isključivog uređenja kolektivnim ugovorima, dok u Belgiji, Italiji, Francuskoj i Portugaliji kolektivni ugovori imaju veliki značaj u regulisanju položaja ovih radnika (i razradi zakonskih normi). U propisima se *teleworking* uglavnom prepoznaje kao oblik organizacije rada, a ne kao posebna vrsta rada. Posledica toga je da se u pojedinim državama pravila vezana za digitalni rad primenjuju i onda kada radnici rade u prostorijama poslodavca (Francuska, Španija, Portugalija). Osim u Španiji i Italiji, digitalni radnici su prepoznati kao „obični“ radnici u pogledu svog pravnog položaja (koji naravno izvršavaju svoj rad na specifičan način) (Luque Parra & Camargo Rodriguez, 2017, pp. 4-6).

3. Osnovna prava digitalnih radnika u radnom odnosu

3.1. Dobrovoljnost digitalnog rada

Digitalni rad se po pravilu ugovara, što znači da se traži saglasnost obe strane za ovakav način rada, iskazana kroz potpisivanje ugovora o radu ili aneksa ugovora o radu (na primer takva situacija je u Belgiji, Nemačkoj, Francuskoj, Italiji – u privatnom

⁴ Ovo nije neuobičajeno rešenje, budući da je jedan od najvećih problema digitalnih radnika kako obezbediti izvršenje zaključenog ugovora ukoliko poslodavac nema nikakvih tački vezivanja sa državom iz koje dolazi digitalni radnik.

sektoru, Poljskoj, Portugaliji i Ujedinjenom Kraljevstvu). Ipak, od ovog opšteg pravila postoje i izuzeci. U Litvaniji, Portugaliji i Velikoj Britaniji postoji *pravo na rad na daljinu*, što znači da radnik može zahtevati da radi u ovom režimu u određenim okolnostima (održavanje trudnoće, briga o deci, nasilje u porodici i slično). Od značaja je ukazati na rešenje u Nemačkoj, prema kojem može da se kolektivno ugovori *teleworking* za određenu kategoriju radnika (čime se praktično oduzima mogućnost radnicima da se pojedinačno o tome izjasne) dok je u Španiji ova mogućnost izričito odbijena od strane Vrhovnog suda (Luque Parra & Camargo Rodriguez, 2017, pp. 6–7). Prema nekim autorima, međutim, kriza izazvana pandemijom virusa kovid 19 pokazala je da u izuzetnim okolnostima digitalni rad može biti i jednostrano nametnut, odnosno da država može izmeniti pravila ugovaranja digitalnog rada u situacijama kada je potrebno da poslodavci organizuju rad na ovaj način jer je klasičan sistem rada objektivno nemoguć (Leonova, 2021, p. 15). Iako suštinski tačno, ovo zapažanje se ipak može pre svrstati u izuzetke od pravila nego u novo pravilo – uvođenje digitalnog rada aktom države i jednostranom odlukom poslodavaca objektivno je ograničeno kako izuzetnim okolnostima, tako i vremenski oročeno (dakle, privremeno) na period trajanja tih okolnosti.

3.2. Osnovna prava digitalnih radnika

Princip jednakog tretmana digitalnih radnika i drugih radnika praktično podrazumeva da digitalni radnici mogu da uživaju sva prava na radu i u vezi sa radom u identičnom kvalitetu i obimu kao i drugi radnici. Njihov specifičan položaj međutim nužno zahteva određene korekcije u odnosu na radnike koji rade u prostorijama poslodavca. Tokom godina, nekoliko važnih tema se izdvojilo kada je reč o načinu ostvarivanja prava digitalnih radnika.

Radno vreme digitalnih radnika jedno je od važnijih pitanja. Veoma retko se predviđaju posebna pravila u pogledu radnog vremena (na primer u Italiji) (Luque Parra & Camargo Rodriguez, 2017, p. 7). Obično je ova oblast neregulisana, odnosno primenjuju se shodno opšta pravila o trajanju i rasporedu radnog vremena, dnevnom i nedeljnom odmoru. Međutim, istraživanja pokazuju da digitalni radnici rade duže od proseka radnog vremena u zemlji iz koje dolaze. Istovremeno, čak se 80% prekovremenog rada koji oni ostvare ne plaća. Ovo je pre svega posledica činjenice da kod digitalnih radnika ne postoji kontinuirano identično i unapred određeno radno vreme (Gschwind & Vargas, 2019, pp. 48–49). Zbog toga se određena pažnja posvećuje obavezi poslodavaca da vode evidencije radnog vremena digitalnih radnika na način koji je prilagođen njihovom (fleksibilnom) radnom vremenu (Eurofound, 2020a, p. 7) – na primer logovanjem u sistem na početku rada (odnosno svake radne sesije ako se radi višekratno) i po završetku rada. Pojedina zakonska rešenja (na primer u Rumuniji) jasno ukazuju na činjenicu da je poslodavac taj koji uređuje radno vreme, i pored očigledne fleksibilnosti digitalnog radnika, naročito ukoliko nadzor nad njegovim radom nije prekomeran.

Drugi problem koji se mora rešiti posebnim pravilima jeste razlikovanje raspoloživosti i pripravnosti za rad. Klasična razlika između ta dva instituta nije relevantna za digitalne radnike koji rade od kuće, budući da je mesto rada (to jest kuća) istovremeno određeno i

kao mesto na kojem su raspoloživi, i kao mesto na kojem bi trebalo da se pojave u najkraćem roku tokom pripravnosti (Eurofound, 2020a, p. 7). Budući da se raspoloživost računara u radno vreme (i po pravilu plaća značajno više), postoji tendencija da se neaktivni boravak digitalnog radnika u kući označi kao pripravnost a ne kao raspoloživost. U ovim situacijama bi trebalo da poslodavac uvede jasna pravila kada je u pitanju jedna kategorija radnog vremena a kada druga, kao i da definiše razlikovanje, odnosno slobodu kretanja digitalnog radnika u toku pripravnosti za rad kao tačku razlikovanja dva režima radnog vremena.

Postupajući po Direktivi o određenim aspektima organizacije radnog vremena (Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time) najveći broj država je – nezavisno od regulisanja položaja digitalnih radnika – utvrdio način vođenja evidencije o radnom vremenu kako bi se postigli standardi radnog vremena utvrđeni Direktivom. Trenutno jedino Grčka nije uvela posebna pravila ove vrste, dok su ostale države-članice Evropske unije uglavnom regulisale ovu obavezu poslodavca opštim odredbama. Samo devet zemalja ima posebna pravila koja se odnose na evidenciju radnog vremena radnika na daljinu i digitalnih radnika (Eurofound, 2020a, p. 28).⁵ Austrija, Bugarska, Hrvatska, Litvanija i Rumunija kao pravilo imaju obavezu digitalnog radnika da podnosi podatke o radnom vremenu, dok je poslodavac dužan da mu obezbedi mehanizam kako će to raditi. Zakoni Malte i Španije, s druge strane, ostavljaju široke mogućnosti poslodavcu da odabere način na koji će vršiti nadzor nad radnim vremenom digitalnih radnika, što bez odgovarajućih ograničenja može dovesti do kršenja njihovog prava na privatnost. Svakako je slovačko rešenje veoma zanimljivo: smatra se da digitalni radnik radi u ono vreme koje je određeno kao radno vreme, ukoliko se poslodavac i radnik drugačije ne dogovore. Svaki rad van tog radnog vremena se neće beležiti, niti računati, kao na primer noćni ili prekovremeni rad (Eurofound, 2020a, p. 33). Iako je svrha ovakvog rešenja da obeshrabri digitalne radnike da previše fleksibilno pristupe svom radnom vremenu, činjenica je da ovo rešenje može dovesti i do značajnih zloupotreba od strane poslodavaca.

U vezi sa problemima (ne)ograničenog radnog vremena, javljaju se dva povezana pitanja: uspostavljanje balansa između profesionalnog i privatnog života, kao i pravo digitalnog radnika da se „isključi“ (engl. *right to disconnect*), odnosno da bude nedostupan za komunikaciju sa svojim poslodavcem nakon isteka radnog vremena.

Kod prvog problema nailazi se i na problem rodne neravnopravnosti. Istraživanja pokazuju da digitalne radnice koje rade od kuće imaju manje vremena za obavljanje plaćenog rada budući da više vremena provode obavljajući kućne poslove (Gscwind & Vargas, 2019, p. 52).

Ravnoteža između privatnog i poslovnog života je teško održiva za mnoge digitalne radnike, naročito ukoliko nemaju stambene i/ili druge uslove da se za vreme rada od kuće u potpunosti izoluju od drugih članova domaćinstva i njihovih dnevnih potreba (na primer odlazak po dete u vrtić). Za mnoge digitalne radnike ovo je zapravo prednost ovakvog načina rada, jer su u većoj meri slobodni da svoj radni dan prilagode privatnim potrebama. U realnosti, međutim, to često dovodi do mešanja poslovnih i privatnih obaveza,

⁵ Te države su: Austrija, Bugarska, Hrvatska, Danska, Litvanija, Malta, Rumunija, Slovenija i Španija.

tako da se i jedne i druge prepliću tokom celog dana, i van radnog vremena. Ovako nešto i dovodi do „produžetka“ radnog vremena, odnosno većeg broja radnih sati efektivnog rada digitalnih radnika od njihovih kolega koji slične poslove obavljaju u prostorijama poslodavaca. Takođe, trebalo bi napomenuti i da ovakav položaj digitalnih radnika na neki način stvara kod poslodavaca utisak da su oni uvek dostupni za komunikaciju, ali i za nadzor, čak i kada okončaju svoj radni dan, odnosno odgovarajući broj radnih sati. Zbog toga je nastalo pravo radnika da odbije komunikaciju sa poslodavcem van vremena u kojem obavlja svoje radne obaveze u skladu sa ugovorom o radu i ugovorenim radnim vremenom, odnosno van utvrđenog perioda obavljanja poslova.

Francuska je najdalje otišla u uspostavljanju prava radnika da se isključi i shodno tome izmenila Zakon o radu 2016. godine⁶ tako da postoje jasna pravila kada radnik prekida komunikaciju sa poslodavcem bez straha da će na taj način prekršiti radnu obavezu ili trpeti neke štetne posledice zbog svog ponašanja. Ovim izmenama uspostavljena je obaveza da se ovo pravo uredi kroz kolektivno pregovaranje kod svakog poslodavca koji ima više od 50 radnika. Ukoliko kolektivno pregovaranje ne dovede do rezultata ili ga nije moguće sprovesti, poslodavac će akt o uređenju doneti jednostrano, nakon konsultacija sa predstavnicima radnika.

U svakom slučaju, odredbe kojima se ovo pravo uređuje moraju biti precizne i dovoljne da radniku obezbede zaštitu od digitalnog uznemiravanja van radnog vremena (Gswind & Vargas, 2019, p. 65). Od 2016. godine slične odredbe u svoja radna zakonodavstva unele su i Belgija (u Belgiji se ovo pravo primenjuje kao i u Francuskoj, kod poslodavaca koji imaju više od 50 zaposlenih) (Vargas-Llave, Weber & Avogaro, 2020, p. 42), Italija i Španija, dok je u Portugaliji 2019. godine odbačen predlog ovih izmena (Eurofound, 2020a, p. 15). Špansko rešenje je donekle drugačije – pravo radnika da se isključi primenjuje se na svakog poslodavca, nezavisno od njegove veličine i činjenice da pripada privatnom ili javnom sektoru. Ne postoji obaveza pregovaranja o ovim pitanjima između poslodavaca i sindikata, ali poslodavac mora imati razvijena pravila o korišćenju ovog prava koja će doneti u saradnji sa sindikatima, ili predstavnicima zaposlenih (Vargas-Llave, Weber & Avogaro, 2020, pp. 42–43). Konačno, u Italiji se od 2017. godine normira pravo na isključivanje, ali se ono odnosi samo na takozvane „pametne radnike“, koji rade u hibridnom režimu u kojem se kombinuju rad kod poslodavca i rad kod kuće, pre svega zbog usaglašavanja porodičnih dužnosti i poslovnih obaveza.⁷ Normiranje je međutim izvedeno posrednim putem. Pravo radnika da se isključi ne navodi se direktno, već se može izvesti iz odredaba da poslodavac i radnik moraju zaključiti sporazum koji će, između ostalog, uključiti i pravo radnika na period odmora, u toku kojeg neće morati da koristi IKT za komunikaciju sa poslodavcem (Vargas-Llave, Weber & Avogaro, 2020, p. 42).

Već pomenuto pravo na privatnost digitalnih radnika je naročito ugroženo.

⁶ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, uveden je novi član L2242-17.

⁷ Kako Spinelli navodi, ne radi se o posebnoj vrsti radnog odnosa, već o modalitetu redovnog radnog odnosa koji se razlikuje samo u jednoj važnoj karakteristici: radnici koji rade u ovom režimu mogu svoje radne zadatke izvršavati relativno fleksibilno, na mestu i u vreme koje sami sebi odrede (Spinelli, 2020, p. 4). Naravno, ova sloboda radnika nije apsolutna i realizuje se u granicama ugovorenih rokova za izvršavanje zadataka.

Korišćenje IKT-a u poslovnoj komunikaciji otvorilo je niz pitanja u pogledu prava zaštite podataka o ličnosti, ali i u radnom pravu, u odnosu na ponovno razgraničenje zamagljene granice privatnosti i poslovne komunikacije radnika koja u svakom trenutku mora biti dostupna poslodavcu. Kod digitalnih radnika je ovaj problem još kompleksniji jer se njihovi računari ne nalaze fizički u prostoru poslodavca, a pristup njima je omogućen poslodavcu na daljinu. Ukoliko poslodavac ne obezbeđuje sredstva za rad digitalnom radniku, moguće je da se i privatni i poslovni sadržaji radnika nalaze na istom računaru, ili mobilnom telefonu. Zbog toga se stvaraju pravila koja omogućavaju da pravo na privatnost radnika i u ovakvim okolnostima bude maksimalno zaštićeno (vid. Reljanović, 2020a, pp. 61–92). Posebne poteškoće se javljaju u oblasti nadzora nad radom digitalnog radnika i prekomerne upotrebe IKT-a od strane poslodavca koja narušava pravila privatnosti. Otuda se u pojedinim državama posebno uređuju ova pravila. U Finskoj je na primer nadzor moguć samo tokom utvrđenog radnog vremena, a i tada će se odvijati samo na osnovu pravila koja su poslodavac i digitalni radnik sporazumno utvrdili (Lodovici *et al.*, 2021, p. 105). Suprotno tome, u Mađarskoj je određeno da (ukoliko nije zaključen neki poseban sporazum) poslodavac mora obavestiti radnika o načinu i sredstvima nadzora unapred (ali je period obaveštavanja ostavljen na utvrđivanje poslodavcu). Opštom odredbom sublimiran je princip minimalnog mogućeg nadzora koji postiže svoju svrhu – nadzor koji poslodavac primeni ne sme predstavljati nepotreban teret za radnika, ali ni za druge osobe koje se nalaze u prostoru u kojem digitalni radnik obavlja svoj rad (Bankó, 2020, p. 121).

Pravo na posebnu obuku digitalnog radnika uglavnom nije regulisano propisima. U najvećem broju država ne postoji regulisana obaveza poslodavca da obučni radnika za rad na tehnologijama koje podrazumevaju digitalni rad. Izuzetak je Ujedinjeno Kraljevstvo, gde postoje obuka i probni rad u kancelarijama poslodavca pre nego što radnik započne samostalni digitalni rad (Luque Parra & Camargo Rodriguez, 2017, p. 8).

Privremenost obavljanja digitalnog rada nije pitanje kojem se posvećuje veća pažnja. Za razliku od digitalnog rada u nestandardnim oblicima rada, digitalni rad u radnom odnosu posmatra se kao redovan rad, koji nije posebno nepovoljan po radnika. Zbog toga poslodavci uglavnom nemaju obavezu obaveštavanja o alternativnim radnim mestima koja ne podrazumevaju digitalni rad, a koja je propisana u identičnim situacijama za neke druge kategorije radnika (sa nepunim radnim vremenom, na radu na određeno vreme). Jedino je u Španiji poslodavac dužan da obavesti digitalnog radnika o postojanju upražnjenog „redovnog“ radnog mesta (Luque Parra & Camargo Rodriguez, 2017, p. 8).

Bezbednost i zaštita zdravlja na radu logično se razlikuju u odnosu na radnike koji rade u prostorijama poslodavca. Rešenja su međutim raznovrsna i za neka se može reći da su samo parcijalna. U Austriji postoji koncept „kancelarije kod kuće“ i sve nezgode koje se dogode u tom prostoru spadaju u povredu na radu, ako su vremenski i uzročno povezane sa procesom rada. U Španiji međutim procenu rizika na radnom mestu vrše sami digitalni radnici (Eurofound, 2020a, p. 33). U Holandiji je Apelacioni sud Amsterdama još 2006. godine utvrdio da poslodavac ima obavezu da uredi radno mesto radnika od kuće na isti način na koji bi ono bilo uređeno u prostorijama poslodavca (Leonova, 2021, p. 21). U Mađarskoj se pod radnim mestom digitalnog radnika podrazumeva svaki prostor za koji se radnik i poslodavac dogovore da će tome služiti (nije potrebno da se nalazi u kući

radnika, ali je potrebno da radnik koristi isti prostor svakog radnog dana). Na radnom mestu, koje je poslodavac dužan da prilagodi poslovima koje digitalni radnik obavlja poštujući standarde bezbednosti i zaštite zdravlja na radu, digitalni radnik nije ovlašćen da čini izmene koje se tiču ovih pitanja. Lice koje je zaduženo za kontrolu bezbednosti na radu kod poslodavca može običi ovaj prostor, uz saglasnost radnika (Bankó, 2020, p. 121).

Kada je reč o kolektivnim pravima, ona su formalno ista kao i za ostale radnike. Ipak, digitalni radnici često mogu izgubiti osećaj pripadnosti kolektivu, umanjiti ili potpuno obustaviti komunikaciju sa drugim radnicima, radničkim savetima, sindikatima i slično. Da bi se sprečila ova vrsta izolacije, pojedina zakonodavstva sadrže rešenja prema kojima se digitalnim radnicima olakšava dobijanje svih relevantnih informacija digitalnim putem (Portugalija i Italija), radnik se vezuje za određeni radni centar iako radi na daljinu (Španija) ili se ustanovljava obaveza poslodavcu da obezbedi IKT telima koja predstavljaju radnike, kako bi se mogla uspostaviti komunikacija sa digitalnim radnicima (Nemačka) (Luque Parra & Camargo Rodriguez, 2017, p. 9). U nekim državama, međutim, ne postoje posebne odredbe i primenjuje se opštim režim koji važi za sve radnike – takva je na primer situacija u Rusiji, što u praksi čini da se određena prava, kao što je pravo na udruživanje, veoma teško ostvaruju (Gerasimova, Korshunova & Chernyaeva, 2017, pp. 125–126).

4. Digitalni radnici u atipičnim oblicima rada – platformski radnici

Digitalni radnici često se nalaze u atipičnim oblicima rada. Prema istraživanju Eurofounda, 24% digitalnih radnika nalazi se u nesigurnim oblicima radnog angažovanja: oni rade na kratkoročnim ugovorima sa niskim primanjima, uz sveprisutnu neizvesnost oko nastavka radnog angažovanja i nedostatak mogućnosti uživanja nekih osnovnih prava, kao što je pravo na stručno usavršavanje (Eurofound, 2020b, p. 41). Veliki broj digitalnih radnika u nesigurnim oblicima rada su takozvani platformski radnici. Platformski radnici se javljaju u dve kategorije radnog angažovanja: kao „lažno samozaposleni“ radnici i kao radnici angažovani na kratkotrajnim ugovorima o delu ili autorskom delu. Za oba vida radnog angažovanja karakteristično je to da radnici upotrebljavaju digitalne platforme kako bi došli do konkretnih radnih zadataka. Njihov položaj je formalnopravno različit, ali se mogu uočiti pojedine dodirne tačke.

4.1. Lažno samozaposlena lica

Pojam „lažna samozaposlenost“ (engl. *false self-employment*) nije novina u evropskoj praksi (vid. Reljanović, 2020b, p. 770). Suština ove nezakonite prakse je u tome da poslodavac, umesto da sa radnikom zaključi ugovor o radu, uslovi saradnju time da radnik otvori svoju preduzetničku radnju i registruje se kao samozaposleno lice. Nakon toga se umesto ugovora o radu zaključuje neka vrsta ugovora o poslovnoj saradnji i u pravnom prometu se pojavljuju dva poslodavca, a ne poslodavac i radnik. Razlozi za ovakvo nezakonito postupanje poslodavaca su kako finansijske prirode (rad lažnog samozaposlenog je daleko jeftiniji za

poslodavca od rada radnika u radnom odnosu⁸) tako i zbog prebacivanja rizika poslovanja sa poslodavca na lažno samozaposlenog. Ukoliko poslodavac ima posla, angažovaće lažno samozaposlenog. Ukoliko ga nema, nema ni radnog angažovanja lažno samozaposlenog lica, a ni troškova dok traje takvo stanje. Drugim rečima, lažno samozaposleni ne košta poslodavca dok ne radi – ovde se ovakva praksa približava takozvanim „ugovorima sa nultim radnim vremenom“ (Reljanović, 2020b, p. 771).⁹

Profesije kojima se bave digitalni radnici idealne su za ovakvu vrstu nezakonitog postupanja poslodavca: radnici su izolovani, ne nalaze se u prostorijama poslodavca, naizgled imaju visok stepen samostalnosti u radu zbog koje je ponekad veoma teško razlučiti stepen faktičke nezavisnosti lažnog samozaposlenog od pojedinačnog poslodavca. Otuda se lažna samozaposlenost upravo vezuje za rad van prostorija poslodavca uz upotrebu IKT-a. Lažno samozapošljavanje postoji u programerskim delatnostima, novinarstvu, dizajnu, prevodilačkim delatnostima i slično. U svim tim slučajevima digitalni radnici se u pravnom prometu pojavljuju kao preduzetnici, iako su faktički u radnom odnosu sa poslodavcem.

Kod platformskih radnika je međutim veza sa poslodavcem dugo vremena bila relativno zamagljena.¹⁰ Platformski radnici su najčešće digitalni radnici koji se bave prevozom putnika i robe ili dostavljačkim (kurirskim) delatnostima. Oni su povezani na digitalnu platformu putem koje dobijaju radne zadatke koje izvršavaju. Odnos sa samom platformom može biti raznolik i manje ili više kompleksan. Platforma može obezbeđivati radniku osnovno sredstvo za rad (automobil, bicikl, tablet ili mobilni telefon preko kojeg komunicira sa platformom, pa čak i uniformu). Postoje i slučajevi u kojima sva sredstva obezbeđuje sam radnik, o sopstvenom trošku. Potom, platforma može zahtevati plaćanje članarine da bi joj se pristupilo, ali se to uglavnom ne dešava. Zatim, način isplate radnika može biti različit – klijent plaća direktno digitalnom radniku po izvršenju zadatka ili novčana transakcije ide preko platforme. U drugom slučaju, platforma može plaćati radnika za svaki izvršeni zadatak ili periodično na osnovu broja izvršenih radnih zadataka. U teoriji je moguće i fiksno plaćanje na osnovu ugovora o poslovnoj saradnji, ali se u praksi ono retko sreće iz jednostavnog razloga što bi tada radnik imao pravo na ugovoreni deo bez obzira na broj izvršenih zadataka, čime bi se rizik poslovanja ponovo delimično prebacio na poslodavca.

Odnos između platforme i radnika može biti raznovrstan i svakako je složen. Ono što je međutim jasno jeste da za sve platformske radnike postoje određeni zajednički

⁸ Ovo proističe pre svega iz činjenice da poslodavac ne plaća porez i doprinose na zaradu samozaposlenog lica, već je ono dužno da to učini samostalno. Takođe, prilikom zaključenja ugovora o poslovnoj saradnji ne primenjuju se pravila radnog prava, pa tako samozaposleno lice dobija bruto iznos koji se ugovori (u apsolutnom iznosu ili prikazan u elementima plaćanja po radnom učinku) koji uključuje i sve troškove koje to lice ima povodom rada kao i njegovu celokupnu zaradu (ne postoje elementi njenog uvećanja, kao ni pravo na minimalnu zaradu). Troškove boravka na plaćenom odsustvu takođe pokriva samozaposleno lice, bez obzira na uzrok odsustvovanja sa rada.

⁹ Gines i Fabrellas ovo nazivaju „uberizacijom“ radnog odnosa, prema imenu digitalne platforme Uber koja se bavi prevozom putnika putem angažovanja digitalnih radnika (Gines i Fabrellas, 2020, p. 2). Ugovore po pozivu, odnosno ugovore sa nultim radnim vremenom, međutim, ne poznaju mnoga evropska zakonodavstva, niti postoji plan da se oni uvedu u pravni promet. S druge strane, preduzetništvo je široko rasprostranjeno i regulisano u svim evropskim državama – to čini lažnu samozaposlenost daleko rasprostranjenijom.

¹⁰ Vid. više: Stojković Zlatanović, 2021, pp. 1–18 i Janković, 2019, pp. 387–406.

elementi radnog angažovanja, među kojima je najznačajnije postojanje subordinacije koja je karakteristična za radni odnos. Ovo je navelo zakonodavce i sudove širom Evrope da se pitanjem lažne samozaposlenosti ozbiljno bave u prethodnih desetak godina, u cilju njenog smanjivanja i konačno iskorenjivanja (vid. više Kovačević, 2013, pp. 217–223).

Platformski radnici, u položaju u kojem se formalno nalaze, ne mogu koristiti nijedno pravo iz radnog odnosa. Oni se u mnogim zakonodavstvima uopšte ne percipiraju kao radnici, već kao poslodavci. Iz ove činjenice proističe da oni sami plaćaju poreze i doprinose, kao i druge takse koje su karakteristične za rad preduzetnika, a koje zavise od nacionalnog zakonodavstva. Sav rizik poslovanja je, kako je već objašnjeno, isključivo na njima. Ne postoje limiti koji se odnose na radno vreme, pa su mnogi od njih u situaciji da moraju da rade daleko više od prosečnog radnog vremena kako bi mogli da pokriju sve troškove i zarade dovoljno za dostojanstven život. Oni sami sebi plaćaju i osiguranje i obezbeđuju mere bezbednosti i zaštite zdravlja na radu – ukoliko nemaju dovoljno finansijskih sredstava i mogućnosti da poštuju minimalne standarde, rizikuju da budu sankcionisani od strane inspeksijskih organa, ali i da budu u jako nezavidnom položaju ukoliko se dogodi da iz bilo kojeg razloga nisu u stanju da rade određeni vremenski period.

Imajući sve ovo u vidu, odgovor mnogih evropskih država na omasovljavanje lažne samozaposlenosti bio je dosta energičan. Isto se odnosi i na Evropski sud pravde. U kratkom pregledu koji sledi biće obrađeno nekoliko najznačajnijih odluka sudova širom Evrope, koje su uticale na promenu percepcije položaja platformskih radnika i veću rešenost da se on drastično promeni u korist lažno samozaposlenih lica. Ove odluke su takođe od izuzetnog značaja zbog reafirmisanja klasičnog pojma radnog odnosa i novih interpretacija elemenata koji ukazuju na postojanje radnog odnosa u određenim okolnostima, u skladu sa Preporukom 198 Međunarodne organizacije rada (Preporuka 198 Međunarodne organizacije rada o radnom odnosu iz 2006. godine).

Evropski sud pravde (dalje: ESP) bavio se pojmom radnika i radnog odnosa u većem broju slučajeva u prošlosti, dok je u odnosu na lažno samozaposlena lica taj pojam nadogrudio i osavremenio. ESP podržava jedinstveni evropski koncept radnika koji se zasniva na objektivnim kriterijumima na osnovu kojih se prepoznaje radni odnos, sa svim pravima i obavezama obe strane (*Kiiski*, C-116/06 od 20. 9. 2007. godine; *Isere*, C-428/09 od 14. 10. 2010. godine; *Balkaya*, C-229/14 od 9. 7. 2015. godine). Kako pravilno prepoznaje Llobera, ESP postavlja odnos subordinacije kao centralnu tačku ispitivanja da li postoji radni odnos ili ne, ali u toj analizi prevazilazi tradicionalni element zavisnosti zaposlenog od poslodavca, odnosno posmatra ga veoma široko. Visina naknade, broj radnih časova u toku nedelje, kao i relativno niska produktivnost radnika, nisu elementi koji bi isključili postojanje radnog odnosa, imajući u vidu *specifičnu prirodu rada putem digitalnih platformi*. Elementi za postojanje subordinacije¹¹ na koje ESP ukazuje su: okolnosti u kojima je radnik angažovan; priroda radnih obaveza koje su mu poverene; domašaj ovlašćenja radnika i stepen nadzora koji postoji nad njegovim radom; uslovi da se radnik ukloni iz procesa rada (Llobera, 2020, pp. 2-4). ESP definiše radnika kao svako lice koje obavlja poslove za drugo lice i pod direktnom supervizijom drugog lica, za šta prima naknadu (*Lawrie-Blum*,

¹¹ Detaljno o sadržini pravne subordinacije u radnom odnosu vid. Kovačević, 2013, pp. 135–139.

C-66/85 od 3. 7. 1986. godine; *Kiiski*, C-116/06 od 20. 9. 2007. godine; *Balkaya*, C-229/14 od 9. 7. 2015. godine; *Danosa*, C-232/09, od 11. 11. 2010. godine; *FNV*, C-413/13 od 4. 12. 2014. godine; *Ruhrlandklinik*, C-216/15, od 17. 11. 2016. godine). Na osnovu ove definicije, Evropska komisija je identifikovala tri elementa radnog odnosa: subordinaciju, profesionalnu aktivnost i naknadu (vid. Communication of the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and Committee of the Regions). Osvrćući se na jedan od elemenata odnosa između platforme i lažno samozaposlenog radnika, ESP je naglasio da sredstva za rad koja je obezbedio sam radnik jesu važna za proces rada, ali su irelevantna u poređenju sa infrastrukturom koja je esencijalna za stvaranje viška vrednosti. Kompanija obezbeđuje aplikaciju bez koje bi bilo nemoguće pružiti uslugu (prevoza) i bez koje bi se korisnik usluge (koji se prevozi) odlučio za korišćenje nekog drugog pružaoca usluge – i ovo su ključni elementi za (re)definisanje poslovnog odnosa platforme i radnika (vozača) (C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi vs. Uber Systems Spain S.L.* od 20. 12. 2017. godine, navedeno u Gines i Fabrellas, 2020, p. 10). Ili, kako to Alvarez Alonso primećuje, znak postojanja radnog odnosa između platformskog radnika i platforme jeste i u tome što lažno samozaposleni van platforme na kojoj radi nema nikakvu poslovnu infrastrukturu i nikakvu šansu da autonomno razvija svoje poslovne aktivnosti (Alvarez Alonso, 2020, p. 10).

Nacionalni sudovi zauzimaju slična stanovišta. Španski Vrhovni sud doneo je presudu protiv kurirske službe *Glovo* (Odluka Vrhovnog suda Španije 805/2020 od 25. 9. 2020. godine) i na taj način okončao nedoslednu sudsku praksu koja je postojala u Španiji (Alvarez Alonso, 2020, pp. 12–13). Koristeći kombinaciju klasičnih elemenata radnog odnosa i novog pristupa definisanju radnog odnosa, španski sud je zaključio da okolnosti digitalne ekonomije ne utiču na praksu zaključivanja ugovora o radu, odnosno prijema digitalnog radnika u radni odnos, kao i da je zadatak koji stoji pred španskim zakonodavcima i sudovima da reformišu pojam radnog odnosa imajući u vidu napred rečeno (Pérez, 2021). Praktično stavljajući u specifičan kontekst analiziranu presudu ESP-a u slučaju *Uber*, sud je ovom prilikom zaključio da je za postojanje radnog odnosa suštinski značajno da uslove rada diktira samo jedna strana, kao i da je jedna strana vlasnik sredstava za rad (platforme) bez koje bi izvršenje rada bilo nemoguće. Takva strana ne može biti samo posrednik između restorana i kurira, već je strana koja utvrđuje način rada za pružanje određenih usluga (Gomez, 2020). Algoritmi prema kojima platformski radnici rade i prema kojima su „nagrađeni“ ili „sankcionisani“ zbog kvaliteta rada jasno ukazuju na odnos subordinacije i način na koji se poslodavci ophode prema platformskim radnicima u procesu rada (iako se platformski rad uglavnom poistovećuje sa slobodom radnika da li će i kada raditi, u praksi se to nikada ne dešava).¹² Od velikog je, dakle, značaja da sud ceni i subjektivne elemente i odnos poslodavca prema lažno samozaposlenim licima, a ne samo formu. U prilog tome je i deo presude donete u Ujedinjenom Kraljevstvu protiv Ubera iz 2016. godine (jedna od prvih nacionalnih odluka u kojima se rešavalo o statusu platformskih radnika), gde je sud ugovore koje su vozači potpisivali sa Uberom označio samo kao paravan (formalni izgovor) za poslodavca da radnicima uskrati prava koja bi imali prema važećim zakonima (Butler, 2021).

¹² Više o algoritmima u procesu rada u narednom delu istraživanja.

Kombinacija novih i starih indikatora prilikom utvrđivanja postojanja radnog odnosa je od velikog značaja – i uostalom prava prilika da se pojam radnog odnosa prilagodi novonastalim profesijama i tehnologijama koje se upotrebljavaju u procesu rada. U suprotnom bi dosledna primena klasičnih indikatora neminovno dovela do pogrešnih zaključaka. Tako se u dokumentu u Republici Irskoj (The Programme for Prosperity and Fairness's, navedeno u: Međunarodna organizacija rada, 2013, p. 4), kojim je pokušano da se olakša primena Preporuke 198 MOR, kao neki od elemenata radnog odnosa pominju: ukoliko radnik ulaže samo rad i eventualno neka manje važna sredstva za rad; ukoliko prima fiksnu periodičnu naknadu za svoj rad; ukoliko nije izložen finansijskom riziku poslovanja. Sasvim je jasno da ovi elementi, inače potpuno indikativni za postojanje „klasičnog“ radnog odnosa, ne mogu dovesti do zaključka da lažno samozaposleni jeste u radnom odnosu. Ovo lice snosi rizik poslovanja, ulaže esencijalna sredstva za rad (mada to ne mora uvek biti slučaj) i prima naknadu prema broju realizovanih radnih zadataka, dakle nema pravo na fiksnu naknadu bez obzira na to da li se plaća periodično ili po izvršenom pojedinačnom zadatku. Sasvim je jasno da se ovi elementi ne mogu koristiti u definisanju radnopravnog položaja platformskih radnika, jer se fokusiraju na formu i ne uzimaju u obzir upravo ono na šta je ESP u presudi u slučaju *Uber* skrenuo pažnju: da je radni odnos prikriven specifičnim odnosom poslodavca i radnika, ali da suštinski element njegovog postojanja nije u poklapanju sa tradicionalnim indikatorima postojanja radnog odnosa, već u činjenici da takav odnos ne predstavlja poslovni odnos, a da se u nedostatku elemenata poslovnog odnosa krije namera poslodavca da prikriva radni odnos koji suštinski postoji.

Presude slične pomenutim donete su u još nekoliko zemalja: Holandiji (Presuda Okružnog suda u Amsterdamu (*Rechtbank Amsterdam*) protiv kurirske službe *Deliveroo*),¹³ Italiji (Presuda Kasacionog suda (*Corte di Cassazione*) 11629/2019 od 24. 1. 2020. godine) (Vid. Llobera, 2020, pp. 10–11; Bešker, 2021),¹⁴ Nemačkoj (Presuda Federalnog radnog suda Nemačke iz decembra 2020. godine). Značajno je da se u italijanskoj presudi sud osvrće na plaćanje po učinku a ne po radnom satu i ne ocenjuje taj element kao dokaz nepostojanja radnog odnosa, već kao pokazatelj da je jedna forma uređenja rada zloupotrebljena da bi se poslodavcima rad platformskih radnika učinio jeftinijim – pa tako presuda sadrži obavezu poslodavaca da svojim kuririma-dostavljačima uvedu redovnu zaradu, kao i deo kojim se poslodavci obuhvaćeni njome obavezuju da uplate sve doprinose za obavezno socijalno osiguranje koje su bili dužni da uplate kao poslodavci (a ne poslovni partneri) svojih kurira-dostavljača (Llobera, 2020, pp. 10–11; Bešker, 2021). Na osnovu presuda Federalnog radnog suda Nemačke, nadležno Ministarstvo za rad i socijalnu politiku Nemačke najavilo je korak dalje u rešavanju sličnih situacija u budućnosti, kroz izmene zakonodavstva koje bi vodile tome da u situacijama kada platformski radnik tvrdi da je u

¹³ Ova presuda je značajna i po tome što je sud još jednom naglasio da forma ugovora koji su strane zaključile nije relevantna, naročito kada se radi o ugovoru po pristupu koji nameće jedna strana potpisnica, kao i da izbor lažno samozaposlenog lica da li će i kada raditi nije presudan prilikom analize da li u konkretnim okolnostima radni odnos odista postoji (Llobera, 2020, pp. 11–13).

¹⁴ Ovom presudom protiv platformskih kompanija za dostavljanje hrane *Uber Eats*, *Glovo-Foodinho*, *JustEat* i *Deliveroo* izrečene su sankcije poslodavcima u iznosu od ukupno 733 miliona evra zbog kršenja normi radnog prava i bezbednosti na radu.

radnom odnosu, teret dokazivanja postojanja poslovnog odnosa, odnosno drugog odnosa koji nije radni odnos, bude na poslodavcu (umesto dosadašnjeg pravila da postojanje radnog odnosa na sudu dokazuje radnik) (Kormann, 2021).

Analizirane odluke svakako ukazuju na evoluciju pojma radnog odnosa, ali i na značajne promene ka priznavanju takvog razvoja događaja od strane sudova i relevantnih državnih vlasti. Istina je da razvoj tehnologije nudi nove izazove u pogledu shvatanja radnog odnosa, ali je odgovor nadnacionalnih i nacionalnih sudskih vlasti u prethodnih nekoliko godina bio gotovo jedinstven, makar kada je reč o najvišim nacionalnim sudovima. Lažna samozaposlenost se jasno označava kao nepoželjna praksa, a poslodavci koji računaju na primenjivanje ovog sistema obespavljanja platformskih radnika u navedenim državama moraju u budućnosti računati na oštre reakcije sudova, kao i na postepeno prilagođavanje radnopравnih propisa utemeljenoj sudskoj praksi.

4.2. Digitalni radnici u obligacionopravnom statusu (frilenseri)

Veoma je teško poistovetiti fluktuirajući pojam „frilensera“ sa jednom kategorijom radnika. Frilenseri su obično percipirani kao radnici koji ne rade za jednog određenog poslodavca, već svoje profesionalne usluge nude većem broju poslodavaca istovremeno ili sukcesivno, bez trajnog radnog angažovanja. Osnov njihovog rada obično su ugovori obligacionopravnog karaktera – ugovor o (autorskom) delu je verovatno najčešći oblik ovakvog angažovanja. Frilenseri ne moraju biti digitalni radnici po svojoj prirodi posla (dizajneri, programeri) ali svakako upotrebljavaju IKT u komunikaciji sa poslodavcem. Oni se stoga mogu smatrati digitalnim radnicima u širem smislu, pa su iz tog razloga i predmet ove analize.

Frilenseri su po pravilu u prekarnom obliku radnog angažovanja, kako u tradicionalnom tako i u modernom značenju tog pojma. Kratkoročnost njihovog angažovanja za pojedinačnog poslodavca u samoj je srži prirode „frilensinga“, odnosno slobode da se na tržištu izaberu oni poslovi koje frilenser želi da obavlja. Ovakvo romantično shvatanje njihovog rada najčešće nema mnogo uporišta u realnosti. Frilenseri često rade u takvom režimu zato što im odgovara fleksibilnost radnih obaveza, radnog vremena, mesta rada, koje sami biraju. Često međutim frilensing nije stvar ličnog izbora, već nemogućnosti da se pronađe stalno zaposlenje. Oni ne mogu da ostvare niti jedno pravo iz radnog odnosa, jer se ne nalaze u radnom odnosu. Kada je reč o pravima iz socijalnog osiguranja, države su tek u poslednjoj deceniji, sa razvojem IKT-a koji je uzrokovao nagli porast broja frilensera u novim digitalnim zanimanjima, počele da obraćaju više pažnje i delimično rešavaju njihove statute.

Poseban problem predstavljaju frilenseri koji rade putem platformi koje deluju kao posrednici u zapošljavanju. Ove platforme¹⁵ po svaku cenu žele da održe ulogu posrednika i ne prihvataju ulogu poslodavca, iako im je položaj relativno sličan položaju

¹⁵ Postoje na stotine popularnih platformi koje obezbeđuju posao za jedan uži stručni profil frilensera ili za više stručnih profila istovremeno. Među najpoznatijim su: Upwork, Fiverr, Supersourcing, Freelancer.com i tako dalje (Vid.: G2, n.d.).

platformi kod lažno samozaposlenih lica.¹⁶ Frilenseri imaju posebne poteškoće ukoliko se njihov poslodavac ne pridržava ugovorenih uslova (na primer odbija da isplati ugovorenu naknadu) a fizički se ne nalazi, niti poseduje imovinu, u državi u kojoj frilenser radi. Ukoliko ovo pitanje nije rešeno između konkretnih država na nadnacionalnom (bilateralnom ili multilateralnom) nivou, ne postoji mogućnost da frilenser naplati svoj rad osim da pokrene sudski postupak u zemlji poslodavca – a to je najčešće višestruko skuplje od samog iznosa koji poslodavac duguje i povezano je sa značajnim problemima (nepoznavanje pravnog sistema, nemogućnost prisustvovanja sudskom postupku i slično). Može se stoga konstatovati da je položaj frilensera verovatno najranjiviji kada je reč o digitalnim radnicima i da će tek u godinama koje dolaze ovom pitanju morati da se posveti značajno veća pažnja.

5. Algoritmi i automatizacija rada

Pitanje koje je usko povezano sa pravima digitalnih radnika, bez obzira na to da li rade u radnom odnosu ili nekom drugom obliku radnog angažovanja, jeste upotreba algoritama u procesu rada. Algoritmi podrazumevaju vrhunac automatizacije rada (bez fizičke zamene radnika mašinama). Oni se upotrebljavaju u različite svrhe: kao način efikasnije organizacije rada, kao sredstvo za kontinuirano praćenje radnog učinka i evaluaciju radnika, kao način racionalizacije procesa rada i smanjenja troškova rada. Iako je njihovo dejstvo zamišljeno kao pozitivno i za poslodavca i za radnike, razvoj upotrebe algoritama i automatizacija rada koji se sprovede poslednjih desetak godina prevazilaze njihovu očekivanu ulogu i drastično utiču na opadanje kvaliteta uslova rada, odnosno kršenje prava radnika. Autorke Alexander i Tippet su možda na najbolji način opisale ovu inovaciju, kao „hakovanje radnog prava“ (Alexander & Tippet, 2018).¹⁷

Mogu se razlikovati dve kategorije radnika: oni koji nisu digitalni radnici ali njihovim radom upravljaju algoritmi u potpuno automatizovanom procesu rada, i oni koji jesu digitalni radnici u klasičnom smislu tog pojma (upotrebljavaju IKT u svom redovnom radu). U drugoj grupi radnika, ovakva automatizacija je naročito ostvarila uticaj na platformske radnike, odnosno na pružanje kurirskih usluga (dostavljanje robe).

Radnici koji nisu digitalni radnici imaju već gotovo punu deceniju značajne probleme sa algoritmima. Njihov položaj možda najbolje opisuje Nurski: „U skladištima

¹⁶ Osnovna razlika ogleda se u tome što platforme zaista posreduju pri zaključenju ugovora o radnom angažovanju između frilensera i poslodavca, za razliku od digitalnih platformi u uslugama prevoza i kurirskih službi koje koriste digitalne radnike za direktno pružanje usluga korisnicima samih platformi. Ipak, čini se da ne postoji razlog zašto se test koji se primenjuje na lažno samozaposlena lica ne bi mogao primeniti i na ovu situaciju – rezultati bi verovatno bili slični i pored činjenice da frilenseri uglavnom istovremeno koriste više platformi za nalaženje poslova.

¹⁷ Autorke izraz „hacking labour law“ koriste da bi pokazale (na veoma upečatljivim primerima) kako računarske matrice koje se koriste prilikom nadzora nad zaposlenima, radi vođenja evidencija radnog vremena i planiranja rasporeda radnog vremena, odnosno radi obračuna optimalnog radnog učinka, mogu uticati na umanjenje ili čak poništavanje određenih prava radnika. „Hakovanje“ je izraz koji se upotrebljava da se pokaže kako se određene pravne norme mogu „zaobići“ upotrebom odgovarajućih softvera i tehnologija (naravno, takvo ponašanje poslodavca je u mnogim slučajevima nezakonito, ali je teško uočljivo i uglavnom se ne percipira kao nedozvoljeno, čak i od strane samih radnika na koje se primenjuje).

roboti još uvek ne zamenjuju radnike, ali algoritmi optimizuju poslove kako bi radnici postali sličniji robotima i minimizirali vreme praznog hoda radnika (do te mere da preskaču pauze za odlazak u toalet). U maloprodaji algoritmi zakazivanja radnog vremena radnicima pružaju duge i nepredvidive radne sate, što čini nemogućim usklađivanje ličnog života sa poslom“ (Nurski, 2021).

Kada je reč o platformskim radnicima, situacija je izuzetno nepovoljna. Dostavljači rade prema algoritmima koji ocenjuju njihovu efikasnost u svakom pogledu: da li su spremni da se uključe u rad, da li odbijaju ponuđene radne zadatke, da li ih izvršavaju na vreme i da li kasne sa isporukama, da li postoje žalbe korisnika na njihov rad, i tome slično. Algoritmi vrše procenu rada na osnovu unapred određenih podataka. Njihove procene samim tim ne uzimaju u obzir okolnosti rada. Na primer, ukoliko dostavljač odbije da radi određenog dana zbog bolesti, algoritam će dodeliti negativne poene ne ulazeći u opravdanost razloga za izostanak, kao ni u činjenicu da radniku prema zakonu pripada pravo na odsustvo sa rada zbog bolesti. Ukoliko sakupe previše negativnih bodova, odnosno ukoliko je njihova ocena ispod određenog cenzusa, dostavljači neće imati prioritet prilikom ponuđivanja poslova, a zabeležena je praksa i da im bude otkazan ugovor o radnom angažovanju – takođe putem mašine (Soper, 2021). Pomenuta presuda španskog Vrhovnog suda upravo u jednom delu analizira ovaj problem i ustanovljava obavezu poslodavaca da radnicima daju potpune informacije kako algoritmi koji ocenjuju njihov rad i dodeljuju im radne zadatke funkcionišu (Alemany Ortiz, 2021).

Algoritmi mogu dakle biti veoma korisni za povećanje efikasnosti procesa rada, njegovu optimizaciju i procene prilagođavanja raspoloživom broju radnika i obima posla. Navedeni primeri međutim ukazuju na to da se algoritmi danas koriste i za radnu eksploataciju, kao i dehumanizaciju procesa rada. Jasno je da se nadzor putem algoritma može napadati ne samo zbog potencijalnog neprirodnog povećanja radne norme radnika već i zbog neprimerenog (i nezakonitog) nadzora nad radom. Ukoliko se kao jedan od elemenata postojanja radnog odnosa analizira stepen nadzora poslodavca nad radom radnika, kako je ESP istakao i kako je analizirano u prethodnom tekstu, može se zaključiti da ne samo što u svim navedenim oblicima i formama radnog angažovanja nadzor putem algoritama postoji već je on disproporcionalan svrsi postojanja nadzora i značajno invazivniji nego u klasičnom shvatanju prava poslodavca da prati proces rada. Takođe, ovakav način organizovanja i procene rada platformskih radnika razbija iluziju njihove slobode rada i izbora radnih zadataka. Odbijanje posla, čak i kada je opravdano, vodi dodeljivanju lošijih radnih zadataka, ređem angažovanju, pa čak i raskidu ugovora. Stoga je sloboda samo prividna – platformski radnici koji se bave kurirskim poslovima i dostavom praktično moraju biti slobodni u svakom trenutku dok ne odrade dnevnu normu. Tako nešto ih stavlja ne samo u „manje slobodan“ položaj u odnosu na radnike u radnom odnosu već vodi njihovoj ekstremnoj eksploataciji i preopterećenju – oni su tokom radne smene uvek angažovani na zadacima koji se moraju izvršiti u ekstremno kratkim intervalima. Ove okolnosti utiču na njihovo zdravlje u celini, ali i na koncentraciju u radu, pa su dostavljači često žrtve saobraćajnih nezgoda.

Može se zaključiti da zakonodavac tek treba da odgovori na pravi način na ovakvo „hakovanje“ radnog prava. Ostaje da se vidi da li će druge države slediti primer Španije

i da li će uskoro upotreba tehnologije poslodavcima biti ograničena poštovanjem opštih standarda radnog prava. U tom smislu je navedena presuda tek skroman početak na dugom putu prilagođavanja (Aranguiz, 2021).¹⁸

6. Zaključak

Napredak tehnologije nije nužno doneo raskid sa klasičnim konceptom radnog odnosa. Naprotiv, modeli rada digitalnih radnika koji su se javili kako bi se plasirala ideja da radno pravo zadržava razvoj tehnologije samo su ukazali na mogućnosti i potrebu njegove reafirmacije. Svakako je neizbežno da se radni odnos posmatra na drugačiji način, imajući u vidu njegove elemente koji se razvijaju pod uticajem novih procesa rada i razvojem novih delatnosti i zanimanja. Ipak, srž odnosa između zaposlenog i poslodavca ostala je nepromenjena i u takvim novim okolnostima. Kao i uvek, društveni procesi koji utiču na izmenu pravnog režima su spori i ne odgovaraju dinamici razvoja samih proizvodnih (i radnih) odnosa. Otuda su u analizi uočeni različiti koncepti izbegavanja zaključenja ugovora o radu od strane poslodavaca, ali ne u cilju razvoja tehnologija koje se upotrebljavaju u procesu rada, već u cilju korišćenja takvih tehnologija radi obezbeđivanja većeg stepena radne eksploatacije i smanjenja troškova proizvodnje/obavljanja poslovanja. Kada se pravi kritički osvrt na ove pojave, neizostavno je pomenuti lažnu samozaposlenost, kao i zloupotrebu ugovora o delu, u situacijama kada poslodavac zaključenjem drugih ugovora pokušava da prikrije postojanje radnog odnosa. Sudovi su, posle izvesnog vremena i razmatranja, reagovali pravilno na ovakve zloupotrebe. Sasvim je izvesno da će u narednoj deceniji odredbe kojima se sprečava lažna samozaposlenost postati deo radnog prava evropskih država, možda i nadnacionalnih propisa Evropske unije.

Ne treba međutim smetnuti sa uma i činjenicu da je rad u radnom odnosu pretrpeo velike promene. Sama mogućnost da neko obavlja svoje poslove van prostorija poslodavca na isti način na koji bi to radio da se nalazi u prostorijama poslodavca otvara različita pitanja koja su – kako je pokazano kroz ovo istraživanje – za sada različito rešavana u nacionalnim zakonodavstvima. Svakako je prethodni period, koji je obeležila pandemija virusa kovid 19 i koja je dovela do naglog uvećanja broja radnika koji rade od kuće, bio poučan da se sagledaju postojeći nedostaci u normativnim okvirima ovakvih modela rada. A nedostaci su različiti, počev od terminološke neujednačenosti, preko podregulisanja pojedinih pitanja, do potpunog ignorisanja određenih modela rada. Radno pravo se, u većoj meri nego što je to do sada bio slučaj, oslanja i na druge oblasti prava – zaštita privatnosti i podataka o ličnosti postaje jedno od centralnih pitanja u svetu digitalnog rada, na način koji ranije nije regulisan jer za time do pre desetak godina nije bilo potrebe.

¹⁸ Sa pravom se ističe da je – iako važna – presuda španskog suda samo prvi korak koji obuhvata samo jedan mali procenat radnika (dostavljače koji rade preko platformi) i to u samo jednom aspektu njihovog rada. Van domašaja presude ostaje ugovori „na poziv“, odnosno takozvani ugovori sa „nultim radnim vremenom“, o kojima je već bilo reči u prethodnom tekstu, a koji takođe predstavljaju jedan od raširenih načina prebacivanja rizika poslovanja sa poslodavca na radnike, što rezultira krajnjom neizvesnošću obima posla koji će radniku biti ponuđen (kao i pratećom neizvesnošću u vezi sa zaradom koju će radnik na ovaj način ostvariti).

Evoluirao je u tom digitalnom okruženju i sam pojam radnog odnosa. Subordinacija je i dalje tačka oko koje se sve nadograđuje, i tako bi i ubuduće trebalo da bude. Ipak, priroda odnosa između poslodavca i zaposlenog (radnika) je donekle izmenjena. Digitalizacija rada može doneti prividne slobode, kao što je analizirano kod položaja platformskih radnika. Ali radnicima u radnom odnosu može doneti i realnu slobodu da svoje radno vreme prilagode drugim, privatnim i porodičnim obavezama i dužnostima. Neki elementi radnog odnosa, kako je pokazano na primeru Republike Irske, nisu više tako značajni – prema mišljenjima sudova, u određenom kontekstu i potpuno gube na značaju. Neki od njih su u ranijim fazama diferenciranja radnog odnosa bili nezaobilazni činioci njegovog postojanja, kao što je pomenuto uređivanje rasporeda radnog vremena, kao i obezbeđivanje osnovnih sredstava za rad. Neki drugi, kao što je rizik poslovanja, nezakonitim postupanjem poslodavaca se upravo prebacuju na radnika u cilju dokazivanja da se ne radi o radnom odnosu – i to im oduzima karakter relevantnosti. Za određenje savremenog radnog odnosa, makar u okvirima digitalnog rada, od presudne važnosti nije forma, već priroda odnosa koji postoji između radnika i poslodavca. Davidov zaključuje – i čini se da je sasvim ispravna njegova logika razmišljanja – da se zakoni donose sa određenom svrhom, da se njima regulišu neki društveni odnosi i aktivnosti, na širem apstraktnom nivou stvari (zaštita dostojanstva radnika, uspostavljanje jednakosti i pravične distribucije, zaštita autonomije radnika) ili na bazičnom konkretnom nivou (da li radnik prima zaradu od poslodavca, da li uživa pravo na ograničeno radno vreme) (Davidov, 2012, p. 174). Ciljno tumačenje radnog prava uvek mora ići u pravcu postojanja radnog odnosa i postupanja obe strane, radnika i poslodavca, a odredbe radnog prava moraju se tumačiti u cilju zaštite radnika jer je to svrha postojanja radnog prava. Određeni odnosi, koji se na prvi pogled čine kompleksnim, iz ovog ugla posmatranja odista postaju daleko jasniji, a sve rečeno o tumačenju postojećih normi od strane evropskih zemalja u cilju zaštite radnika i utvrđenja postojanja radnog odnosa dobija svoj smisao.

Mnoge teme ostale su neobrađene u ovom istraživanju, budući da se radi o oblasti koja je izuzetno široka i u okviru koje su otvorena mnoga pitanja na koja nije tako lako dati odgovor. Ne slučajno, već upravo iz razloga kompleksnosti teme, ostali su po strani hibridni radnici iako se na neki način (u odnosu na određena zanimanja i za tako nešto pogodne poslove) njihov položaj obično smatra najracionalnijom budućnošću evolucije radnog odnosa. Ovakva predviđanja možda i imaju smisla, naročito ako se ima u vidu da empirijska istraživanja pokazuju da su ovi radnici najproduktivniji na svojim poslovima (Lodovici *et al.*, 2021, p. 61). Italijanski model „pametnih radnika“ je samo dotaknut, bez namere upuštanja u detaljniju kritiku, ali je i on svakako jedna od formula na koje u budućnosti treba računati.

Bez obzira na smer daljeg razvoja digitalnog rada, položaj digitalnih radnika treba tražiti isključivo u okvirima radnog odnosa. Kako to tvrdi Ginès i Fabrellas, alternativa pojavi prekarnih i eksploatorskih formi rada, koja se često pogrešno označava kao zastarela, utopijska, ili kao prepreka tehnološkim promenama, jeste da se insistira na radnom odnosu i na tome da se poslodavci uklope u režim rada u radnom odnosu, umesto da se veštački stvaraju forme rada koje nisu u skladu sa važećim propisima (Ginnes i Fabrellas, 2020, p. 15) i, treba dodati, koje nisu odgovor na tehnološki razvoj, već predstavljaju zloupotrebu tehnološkog razvoja da bi se rad učinio jeftinijim, a radnici bili lakše eksploatisani.

Literatura

- Alvarez Alonso D. 2020. Assessing the employment status of digital platform workers: renewed approach, new indicators and recent judgments. *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 2–4 September 2020, Lisabon.
- Bankó, Z. 2020. The situation of telework regulation in Hungary. In: Reljanović, M. (ed.), *Regional Law Review*. Belgrade: Institute of Comparative Law, pp. 115–126. doi: https://doi.org/10.18485/iup_rlr.2020.ch9.
- Communication of the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and Committee of the Regions, “A European Agenda for the Collaborative Economy” (COM (2016) 356 final), 2. 6. 2016.
- Davidov, G. 2012. Freelancers: An Intermediate Group in Labour Law?. In: Fudge, J., McCrystal, S. & Sankaran, K. (eds.), *Challenging The Legal Boundaries Of Work Regulation*. Hart, pp. 171–185.
- Eurofound. 2020a. *Regulations to address work–life balance in digital flexible working arrangements, New forms of employment series*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Eurofound. 2020b. *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age. New forms of employment series*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Gerasimova, E., Korshunova, T. & Chernyaeva, D. 2017. New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development. *Pravo, Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, 2, pp. 116–129. doi: <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2017.2.116.129>.
- Ginès i Fabrellas, A. 2020. Algorithms as subordination: the role of technology in classifying workers in the platform economy. *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 2–4 September 2020, Lisabon.
- Gschwind, L. & Vargas, O. 2019. Telework and its effects in Europe. In: Messenger, J. (ed.), *Telework in the 21st Century*. Geneva, pp. 36–75. doi: <https://doi.org/10.4337/9781789903751.00007>.
- Janković, S. 2019. Pravni režim o drumskom prevozu putnika zaključenog putem internet platforme. *Pravo i privreda*, 7–9, pp. 387–406. doi: <https://doi.org/10.5937/zrpfns52-19391>.
- Jašarević, S. 2018. Radno pravo Srbije u XX i XXI veku. *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 52(3), pp. 925–943.
- Kovačević, Lj. 2013. *Pravna subordanicaja i njene granice*. Beograd: Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu.
- Leonova, A. 2021. *Working Remotely: Legal and Human Resources Challenges (Comparative Analysis of the Netherlands, the Russian Federation and the EU)*. Master teza. Tilburg: Tilburg University, Law School.
- Llobera, M. 2020. Bogus self-employment in collaborative platforms: Recent trends in

- European case-law. *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 2–4 September 2020, Lisbon.
- Lubarda, B. 2012. *Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*. Beograd: Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu.
- Luque Parra, M. & Camargo Rodríguez, A. 2017. Teleworking and Labor Conditions – Conclusions. *IUSLabor*, 2, pp. 1–39.
- Reljanović, M. 2020a. Zaštita podataka o ličnosti u radnom odnosu. U: Andonović, S., Prlja, D. & Diligenski, A. (ur.), *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji*. Beograd: Institut za uporedno pravo, pp. 61–92.
- Reljanović M. 2020b. Informacione tehnologije i izazovi u reformi radnog prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu*, 2, pp. 763–780. doi: <https://doi.org/10.5937/zrpfns54-23133>.
- Spinelli, C. 2020. New technologies at Work: Smart working and employment protection in Italy. *XIII European Regional Congress of the International Society for Labor and Social Security Law – Work in a Digital Era: Legal Challenges*, 2–4 September 2020, Lisbon.
- Stojković Zlatanović, S. 2021. Radnopravne implikacije IV industrijske revolucije i digitalizacije rada – izazovi normiranja i perspektive razvoja. *Pravo i privreda*, 1, pp. 1–18. doi: <https://doi.org/10.5937/PiP2101001S>.
- Vargas-Llave O., Weber T. & Avogaro M. 2020. *Right to disconnect in the 27 EU Member States*. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Eurofound.

Internet izvori

- Alemayehu Ortiz, M. 2021. *Spain is about to shatter the gig economy's algorithmic black box*. Dostupno na: <https://www.wired.co.uk/article/spain-gig-economy-algorithms>, (20. 8. 2021).
- Alexander, C. & Tippett, E. 2018. The Hacking of Employment Law. *Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper No. 2018-09*. Dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=3016624>, (16. 8. 2021).
- Aranguiz, A. 2021. *Spain's platform workers win algorithm transparency*. Dostupno na: <https://socialeurope.eu/spains-platform-workers-win-algorithm-transparency>, (21. 8. 2021).
- Bešker, I. 2021. *Italija naredila da se 60.000 dostavljača mora zaposliti na neodređeno*. Dostupno na: <https://www.jutarnji.hr/vijesti/svijet/italija-naredila-da-se-60-000-dostavljacka-mora-zaposliti-na-neodredeno-15053578>, (19. 8. 2021).
- Butler, S. 2021. *Uber loses right to classify UK drivers as self-employed*. Dostupno na: <https://www.theguardian.com/technology/2021/feb/19/uber-drivers-workers-uk-supreme-court-rules-rights>, (15. 8. 2021).
- G2. n.d. *Freelance platforms*. Dostupno na: <https://www.g2.com/categories/freelance-platforms>, (1. 8. 2021).

- Gomez, M. V. 2020. *Spanish Supreme Court rules food-delivery riders are employees, not self-employed*. Dostupno na: https://english.elpais.com/economy_and_business/2020-09-24/spanish-supreme-court-rules-food-delivery-riders-are-employees.html?rel=listapoyo, (13. 8. 2021).
- Kormann, R. 2021. *Germany adds to recognition of platform workers*, Dostupno na: <https://socialeurope.eu/germany-adds-to-recognition-of-platform-workers>, (19. 8. 2021).
- Nurski, L. 2021. *Algorithmic management is the past, not the future of work*. Dostupno na: <https://www.bruegel.org/2021/05/algorithmic-management-is-the-past-not-the-future-of-work/>, (19. 8. 2021).
- Okvirni sporazum o radu na daljinu. 2002. Dostupno na: https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2019-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20HR.pdf.
- Pérez, G. R. 2021. *Spain approves landmark law recognizing food-delivery riders as employees*. Dostupno na: https://english.elpais.com/economy_and_business/2021-05-12/spain-approves-landmark-law-recognizing-food-delivery-riders-as-employees.html?fbclid=IwAR0tn4XWCSsm_TCqi24RWUXP8fFxRyPzzFQZjF-ewtuQOISUhzUurgsIRMQ, (15. 8. 2021).
- Soper, S. 2021. *Fired by Bot at Amazon: 'It's You Against the Machine'*. Dostupno na: <https://www.bloomberg.com/news/features/2021-06-28/fired-by-bot-amazon-turns-to-machine-managers-and-workers-are-losing-out>, (16. 8. 2021).
- Teleworking*. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>, (22. 8. 2021).
- The Programme for Prosperity and Fairness. 2010. *Code of practice for determining employment or self-employment status of individuals*. Dostupno na: https://www.workplacerelements.ie/en/publications_forms/cop_determining_employment_or_self-employment_status_individuals.pdf, (18. 8. 2021).

Pravni izvori

- Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.
- Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, *OJ L* 288, 18. 10. 1991, pp. 32–35.
- Council Directive 90/270/EEC of 29 May 1990 on the minimum safety and health requirements for work with display screen equipment (fifth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), *OJ L* 156, 21. 6. 1990, pp. 14–18.
- Directive 2007/30/EC of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 amending Council Directive 89/391/EEC, its individual Directives and Council Directives 83/477/EEC, 91/383/EEC, 92/29/EEC and 94/33/EC with a view to simplifying and rationalising the reports on practical implementation (Text with EEA relevance), *OJ L* 165, 27. 6. 2007, pp. 21–24.

Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, *OJ L* 183, 29. 6. 1989, pp. 1–8.

Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, *OJ L* 299, 18. 11. 2003.

Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Preporuka 198 Međunarodne organizacije rada o radnom odnosu iz 2006. godine (R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198)). Dostupno na: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,en,R198,/Document.

Sudska praksa

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Asociacion Profesional Elite Taxi vs. Uber Systems Spain S.L.*, C-434/15, od 20. 12. 2017. godine.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Lawrie-Blum*, C-66/85, od 3. 7. 1986. godine.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Kiiski*, C-116/06 od 20. 9. 2007. godine.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Balkaya*, C-229/14 od 9. 7. 2015. godine.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Danosa*, C-232/09, od 11. 11. 2010. godine.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *FNV*, C-413/13 od 4. 12. 2014. godine.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Ruhrlandklinik*, C-216/15, od 17. 11. 2016. godine.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Isere*, C-428/09 od 14. 10. 2010. godine.

Odluka Vrhovnog suda Španije 805/2020 od 25. 9. 2020. godine. Dostupno na: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03>.

Presuda Federalnog radnog suda Nemačke iz decembra 2020. godine. Dostupno na: https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2020-12&nr=24710&pos=5&anz=6&titel=Arbeitnehmereigenschaft_von_%84Crowdworkern%93.

Presuda Kasacionog suda (Corte di Cassazione) 11629/2019 od 24. 1. 2020. godine.

Presuda Okružnog suda u Amsterdamu (Rechtbank Amsterdam) protiv kurirske službe Deliveroo. Dostupno na: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2021:392>.

Mario Lj. Reljanović, PhD

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

e-mail: *m.reljanovic@iup.rs*

Jovana M. Misailović, MA

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

e-mail: *j.misailovic@iup.rs*

LABOUR STATUS OF DIGITAL WORKERS – EXPERIENCE OF EUROPEAN COUNTRIES

Summary

The use of information and communication technologies in the work process introduced significant innovations, as well as the emergence of new occupations and professions. This digitalisation of work affects the increase of efficiency and easier performance of a number of jobs, but also the precarisation of labour and shifting the focus of employers from employment to other, atypical forms of labour relations. At the same time, employed digital workers exercise some of their labour rights in a specific way. In most cases, digital work implies physical separation from the employer, which raises a number of questions: how to organise working hours, how to supervise the work of digital workers, how they can exercise their collective rights, how the employer can arrange a safe working environment outside its premises, and similar. On the other hand, workers who work outside the employment relationship, among which platform self-employed workers and freelancers stand out, are in a significantly more difficult position when it comes to exercising basic labour rights. The emergence of false self-employment, which is expanding along with the growth of the use of ICT in the work process in various occupations, as well as the virtually unresolved status of the „freelancers” working exclusively in short-term employment for multiple employers simultaneously or successively, are some of the most pressing problems in modern labour law. The research is focused on the analysis of all these issues; it does not largely deal with the basic clarification of the concepts and development of certain categories of employment - these issues are treated only superficially - but it rather indicates the upgrade of the initial tendencies of changes in the understanding of labour and employment, with particular emphasis on returning to classical form of labour relation, which has been refined and modernised with new elements resulting from the digitalisation of work.

Keywords: labour relation, digital workers, false self-employment, freelancers, platform workers.

Primljeno: 30. 8. 2021.

Izmenjeno: 20. 9. 2021.

Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

OBLICI ZAVEŠTANJA U EVROPSKIM ZAKONODAVSTVIMA

Sažetak

Zaveštanje predstavlja jednostrani pravni posao zato što nastaje izjavom volje jednog lica i po svojim osobinama se izdvaja od ostalih pravnih poslova. Zaveštalac zaveštanjem može da raspolaže svojim pravima i da stvori obavezu za sebe, a obaveze zaveštanja deluju tek posle smrti zaveštaoca. Zaveštanje se može sačiniti u jednom od zakonom propisanih oblika. Primarni cilj ovog rada jeste upravo prikazivanje i analiza oblika zaveštanja u zakonodavstvu Republike Srbije i odabranim evropskim zakonodavstvima Francuske, Nemačke, Italije i Engleske. Metode koje će biti korišćene u okviru rada biće: komparativna analiza oblika zaveštanja u navedenim zakonodavstvima, koju će upotpuniti normativni metod, dok ćemo analizom sadržaja na sistematičan način pristupiti proučavanoj materiji, i istorijski metod, koji će nam poslužiti da sagledamo poreklo određenih oblika zaveštanja.

Ključne reči: oblici zaveštanja, zaveštalac, testament, evropsko zakonodavstvo.

1. Uvod

Jedan od najznačajnih instituta naslednog prava jeste zaveštanje, tj. testament. Zaveštanje u materijalnopravnom smislu (zaveštanje u subjektivnom smislu), predstavlja poslednju zaveštaočevu volju, koja može biti samo jedna i jedinstvena, bez obzira na broj zaveštanja u formalnom smislu (Počuča, 2012, pp. 109–110). Kao uslov punovažnosti zaveštanja forma je garancija ozbiljne, promišljene i zrele odluke zaveštaoca o rasporedu svoje zaostavštine, a istovremeno štiti od eventualnog falsifikovanja njegove prave izjave poslednje volje i predstavlja dokazno sredstvo o postojanju punovažnosti zaveštanja. Jedna od bitnih osobina zaveštanja jeste upravo to da je to strogo formalni pravni posao. Tako je i u našem Zakonu o nasleđivanju (dalje: ZNRS) punovažan samo onaj testament koji je sačinjen u obliku utvrđenom u zakonu i pod uslovima predviđenim zakonom, što znači da je zaveštanje koje nije sačinjeno u obliku i pod uslovima određenim zakonom u pravu Srbije rušljivo.

* Master pravnik, doktorand, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu i sekretar Farmaceutskog fakulteta, Novi Sad, Srbija, e-mail: vasiljkovicjovana5@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0254-3685>

** Doktor pravnih nauka, docent, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, Novi Sad, Srbija, e-mail: krstincdalibor@yahoo.com, e-mail: krstincdalibor@yahoo.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9731-9178>

U okviru proučavane tematike kao relevantno postavlja se pitanje oblika zaveštanja. U našem pravu danas postoji više oblika zaveštanja sa izraženijom ili manje izraženom notom formalnosti. Zaveštajno sposobnom licu je na ovaj način omogućeno da prema svom nahodjenju i svojim mogućnostima odabere oblik zaveštanja koji je za njega najpogodniji (Stojanović, 2007, p. 193). Prema svojim osnovnim obeležjima svi oblici zaveštanja mogu biti raspoređeni u određene grupe, te postoje pisana i usmena, javna i privatna, redovna, vanredna i izuzetna zaveštanja. Svi oblici zaveštanja, u zavisnosti od toga da li je zaveštalac svoju izjavu poslednje volje saopštio napisanim ili usmeno izgovorenim rečima, grupišu se na pisana i usmena zaveštanja. Zaveštanja mogu biti javna ili privatna u zavisnosti od toga da li je u sastavljanju određenog oblika zaveštanja bila potrebna asistencija nadležnog organa vlasti ili nije. Što se tiče redovnih zaveštanja, ona se mogu sačinjavati u svim prilikama i u svako doba, važe neograničeno, a zahtevi forme su strogi i brojni, dok se vanredna zaveštanja sačinjavaju samo u određenim okolnostima i važe određen vremenski period, a u osnovi formalni zahtevi su isti kao i kod redovnih oblika zaveštanja. S druge strane, izuzetni oblici zaveštanja mogu biti sačinjeni samo u izuzetnim prilikama kada nije moguće koristiti drugi oblik zaveštanja, traju ograničeno, a u odnosu na redovne i vanredne zahtevi forme su pojednostavljeni. Naše pravo predviđa sledeće oblike zaveštanja: svojeručno (olografsko), pismeno zaveštanje pred svedocima (alografsko), sudsko, konzularno, brodsko, vojno, međunarodno, usmeno i javnobeležničko zaveštanje. Ipak rešenja koja se tiču oblika zaveštanja nisu jednoobrazna na nacionalnim nivoima, kao ni mogućnosti za realizaciju slobode zaveštanja u savremenim zakonodavstvima Evrope. Prisutne su razlike u pogledu broja, kao i u pogledu oblika zaveštanja koji su u njima pravno uređeni. Stoga ćemo u okviru rada analizirati zakonska rešenja koja se tiču oblika zaveštanja u našem zakonodavstvu, kao i zakonodavstvima Nemačke, Italije i Francuske, kao zemljama kontinentalnog prava, i Engleskoj, kao predstavniku anglosaksonskog prava, koja sadrži specifična rešenja u odnosu na pravo drugih evropskih zemalja.¹

2. Svojeručno (olografsko) zaveštanje

Svojeručno zaveštanje jeste pisani, privatni i redovni oblik zaveštanja. Ovaj oblik zaveštanja nastao je iz rimskog privilegovanog testamenta (*testamentum inter liberos*). Njega su sačinjavali roditelji u korist svoje dece, jer za njegovu punovažnost nije bilo potrebno prisustvo svedoka. U savremenim pravima prvi put se pojavljuje kao redovni oblik zaveštanja u Francuskoj ordonansom iz 1629. godine, odakle je i unet u *Code civil* a kasnije prihvaćen i u drugim kodifikacijama (Počuča, 2012, p. 158). Naš zakonodavac za punovažnost svojeručnog zaveštanja jedino zahteva da je ono napisano i potpisano od zaveštaoca, koji ga može sačiniti na svom maternjem ili bilo kom drugom jeziku na kojem zna da čita i piše (čl. 84 ZNRS). Znači nije dovoljno da zaveštalac svojeručno napiše testament, nego je potrebno da ga on i potpiše, i to punim imenom i prezimenom, adresom, iako izuzetno važi potpis koji je na drugi način učinjen, ali je važno da je autentičan (nadimak i sl.). Bez

¹ U okviru ovog rada korišćemo izraz zaveštanje i testament kao sinonime.

izuzetaka, teorija i praksa prihvataju da je svojeručno napisano i potpisano zaveštanje i ono koje je zaveštalac sročio nekim drugim delom tela, npr. veštačkom rukom, ustima ili nogom. Za punovažnost ovog zaveštanja ne utiče činjenica da li je napisano pisanim ili štampanim slovima, ali je važno da je ono svojeručno napisano. Prednosti svojeručnog zaveštanja jesu jednostavan način sastavljanja, minimalni troškovi i obezbeđena tajnost njegove sadržine, dok se nedostaci ogledaju u potencijalnoj nerazumljivosti upotrebljenih formulacija, nečitkosti rukopisa, riziku od falsifikovanja, a i opasnosti da se ne realizuje ukoliko se zaveštanje ne pronađe (Stojanović, 2011, p. 212). Naš zakonodavac ne zahteva da u svojeručnom zaveštanju bude naznačeni datum i mesto sačinjavanja testameta, nego to samo preporučuje. Međutim, u pravnoj nauci su veoma često istaknuti argumenti kojima se opravdava obaveznost datuma kod ovog oblika testameta. Prema shvatanju teorije, datiranje podrazumeva da se navedu dan, mesec i godina sastavljanja testameta. Pravne posledice nepotpunog datuma mogu biti sporne. Dok pravna nauka stoji na stanovištu da je dozvoljeno dopunjavanje datuma, ako se iz samog testameta može zaključiti o nedostajućim elementima, za sudove nepotpun, to jest netačan datum predstavlja razlog za poništenje olografskog zaveštanja (Đurđević, 2009, p. 860). Uzimajući u obzir činjenicu da svojeručno zaveštanje nema svedoka, u nedostatku datuma ne može se utvrditi da li je zaveštalac u vreme njegovog sačinjavanja imao aktivnu testamentarnu sposobnost. Takođe, ako postoji više zaveštanja, nedostatak datuma onemogućava utvrđivanje punovažnosti testameta u materijalnom smislu. Unošenje datuma u svojeručnom zaveštanju čini preciznu granicu između nacrtā zaveštanja i poslednje volje zaveštaoca kao konačnog akta (Antić, 2013, p. 283). Može se reći da su relevantnost unošenja datuma u ovaj oblik testameta prepoznala zakonodavstva Francuske (čl. 970 *Code civil*), Građanski zakonik Italije (čl. 602) i nemački Građanski zakonik (par. 2247).

Svojeručno zaveštanje u savremenim pravima Evrope predstavlja opšteprihvaćeni oblik zaveštanja, odnosno privatni oblik testameta koji je moguće sačiniti u redovnim okolnostima (Vidić-Trninić, 2016, p. 1261). Ovaj oblik zaveštanja u kome zaveštalac može izjaviti svoju poslednju volju našao je odgovarajuće mesto u zakonodavstvu svih zemalja. Ipak navedeni oblik zaveštanja zastupljen je u dve varijante, i to kao olografski testament za koji se podrazumeva da bude sačinjen od strane zaveštaoca i potpisan, kao i testament u okviru kog je sadržana kombinacija elemenata olografskog i alografskog zaveštanja, o čemu će više biti reči u radu.

U italijanskom pravu² za svojeručno zaveštanje je karakteristična najjednostavnija forma, jer je potrebno da zaveštalac svojeručno napiše testament, potpiše ga i stavi datum. Jedino ograničenje za sačinjavanje svojeručnog testameta uslovljeno je sticanjem punoletstva, koje se stiče sa osamnaest godina (Kaščelan, 2010, p. 139), dok se u našem pravu testamentarna sposobnost stiče sa petnaest godina (čl. 79 ZNRS).

Svojeručni testament (fr. *testament olographe*) u francuskom pravu je regulisan odredbom francuskog građanskog zakonika (dalje: FGZ) – *Code civil* iz 1804. godine – paragrafom 970. Babić (1996, p. 199) navodi da ova relativno kratka zakonska odredba

² U italijanskom zakonodavstvu najveći deo propisa koji se odnosi na nasleđivanje sadrži Građanski zakonik – druga knjiga pod nazivom *Delle Successioni*. Svojeručno zaveštanje (ital. *testamento olografo*), pripada redovnom obliku zaveštanja i regulisan je članom 602 italijanskog Građanskog zakonika.

ne daje odgovor na mnoga pitanja koja se mogu sresti u praksi i zato je relevantna uloga pravne doktrine koja je kreirala mnoge odgovore u različitim situacijama. Paragrafom 970 FGZ-a propisano je da testament u potpunosti mora biti napisan rukom zaveštaoca. Na osnovu tumačenja ove odredbe doktrina je zauzela stav da zaveštalac mora znati da čita i piše, a sudska praksa je ocenila da je testament nepunovažan ukoliko je u njemu označen zaveštalac koji ne zna da čita i piše niti razume smisao teksta koje je pripremio treće lice, kao i testament koji je napravljen nejasno ili je kopija. Pored toga ništava je i isprava o testamentu ukoliko je sačinjena pisaćom mašinom ili odštampana, pa i ukoliko je datirana i potpisana (Lucas, 1989, p. 449). Ipak stav doktrine je da u izuzetnim slučajevima može učestvovati treće lice pod pretpostavkom da je zaveštalac duševno sposoban za pisanje testamenta i da treće lice ne utiče na njegovu volju. Uloga trećeg lica bi bila da pridržava, tj. vodi ruku zaveštaoca prilikom sačinjavanja zaveštanja zbog čega se i označava kao testament vođene ruke (fr. *testament a main quidee*).

U pravu Nemačke svojeručni testament mora biti u potpunosti napisan i potpisan od strane zaveštaoca, s tim da postoji mogućnost da se zaveštalac potpiše i na drugačiji način ako je on dovoljan za utvrđivanje njegovog identiteta. Prema Građanskom zakoniku Nemačke u testamentu je neophodno navesti dan, mesec, godinu i mesto sačinjavanja testamenta, jer u suprotnom neće biti punovažan (par. 2247 Građanskog zakonika Nemačke). Sačinjavanje svojeručnog testamenta u pravu Nemačke uslovljeno je sticanjem potpune poslovne sposobnosti koja se stiče sa šesnaest godina, ali pre navršenih osamnaest godina ne može se raspolagati u slučaju smrti u formi svojeručnim testamentom. Za razliku od rešenja navedenih zakonskih tekstova, engleski zakonodavac predviđa kao uslove za punovažnost ovog oblika zaveštanja da ono bude napisano i potpisano od strane zaveštaoca, ali u prisustvu svedoka koji u tom svojstvu potpisuju testament. Na ovaj način klasični oblik olografskog testamenta kombinovan je sa elementima alografskog testamenta, te je stvoren poseban oblik testamenta koji je jedino važeći u engleskom pravu. U mnogim državama pod jakim uticajem engleskog prava prihvaćen je ovakav oblik zaveštanja (Toroman, 1996, p. 187).

3. Pismeno zaveštanje pred svedocima – alografski testament

Odredbom čl. 85 ZNRS-a regulisano je pismeno zaveštanje pred svedocima. Ovaj oblik zaveštanja je pisani zato što se ispoljava u obliku pisane isprave. Takođe je redovno zaveštanje, jer je sačinjeno u uobičajenim prilikama, i privatno je zato što prilikom njegovog sačinjavanja ne učestvuju državni organi. Ovo zaveštanje može da sačini lice koje zna da čita i piše, a ne mogu ga sačiniti nepismena lica, tj. lica koja nisu u stanju da pročitaju zaveštanje i nije bitno ko je fizički sastavio testament, nego je od važnosti da je zaveštanje sastavljeno po izjavi zaveštaoca. Neki pravni teoretičari ovaj oblik zaveštanja označavali su i kao privatni testament koji je pisan po drugom licu, to jest kao advokatski testament. Pisano zaveštanje pred svedocima može da sačini bilo koje lice koje zna da čita i piše tako što će u prisustvu dva svedoka izjaviti da je u ispravi koju mu je neko drugi sastavio sadržana njegova poslednja volja, te će takvu ispravu svojeručno potpisati (Ćeranić, 2010, p. 789). Ovaj oblik zaveštanja nastaje kroz nekoliko sukcesivnih radnji ostavioca i uz dva zaveštajna svedoka. U vezi sa ovim

radnjama, za formalnu punovažnost testamenta potrebno je da budu ispunjeni i dodatni uslovi u pogledu svojstava zaveštaoca i testamentarnih svedoka. Ukoliko te pretpostavke nisu ispunjene, ovakvo raspolaganje za slučaj smrti neće biti punovažno, odnosno biće rušljivo jer nije sačinjeno u obliku i pod uslovima određenim Zakonom (čl. 168 ZNRS). Prvu fazu alografskog testamenta čini zapisivanje zaveštaočeve poslednje volje, koje po zahtevu ili kazivanju zaveštaoca čini neko treće lice ili on sam. U principu pravljenje zapisa ne utiče na formalnu punovažnost zaveštanja, pa je u potpunosti nevažno kada je on napravljen. Važno je da je zapis nastao, bilo kada, bilo gde i od strane bilo koga. Naime, zapisivanje predstavlja tehničku radnju, bez koje se ne može govoriti o nastanku testamenta, ali koja ne podleže nikakvim formalnim zahtevima. Iz tog razloga nisu u potpunosti u pravu autori koji ističu da „sastavljanje pismena ne ulazi u akt sačinjavanja zaveštanja“. Ova radnja predstavlja deo testamentarnog raspolaganja, ali nije uslovljena dodatnim formalnim zahtevima. Drugu fazu obavlja zaveštalac u vidu priznavanja sadržine zapisa za njegovu poslednju volju, dok se treća radnja sastoji u stavljanju zaveštaočevog svojeručnog potpisa ispod sačinjenog zapisa. U pravu Srbije, zaveštalac još mora izjaviti da je već sačinjeno pismeno pročitao. Takođe, prilikom obavljanja druge i treće faze u isto vreme moraju prisustvovati dva zaveštajna svedoka, s tim da ove radnje moraju biti u prostornoj, vremenskoj i logičkoj vezi. U četvrtoj fazi svedoci preduzimaju aktivnu radnju, to jest svojeručno se potpisuju ispod zaveštaoca (Ćeranić, 2010, p. 790). Nakon ispunjenja svih formalnih pretpostavki nastaje pisano zaveštanje pred svedocima i iz tog razloga nisu u pravu autori koji ističu da ovaj oblik zaveštanja nastaje momentom potpisivanja od strane zaveštaoca (Babić, 1994, p. 78). Kod ovog oblika zaveštanja nije od značaja na kom je materijalu sačinjen, ali Antić (2013, p. 288) navodi da uvek treba voditi računa o okolnostima, zbog mogućih pitanja da li je zaveštanje ozbiljno izjavljeno – *animo testandi*– da li je zaveštalac bio sposoban u trenutku sastavljanja zaveštanja i sl. Stoga je poželjno da pismeno zaveštanje pred svedocima bude sastavljeno na hartiji ili nekom surogatu hartije. Zanimljiv primer je da je u engleskoj sudskoj praksi priznat testament koji je napisan na ljusci jajeta (Parry & Clark, 1996, p. 17). U analiziranim zakonodavstvima Italije, Francuske i Nemačke nije prisutan pismeni oblik zaveštanja pred svedocima. Izuzetak predstavlja englesko nasledno pravo, kao što smo već pomenuli, u kojem su kombinovani oblici alografskog (saopštenog i potpisanog pred svedocima) i olografskog (svojeručno napisanog i potpisanog) zaveštanja i koje je stvorilo jedini punovažan oblik redovnog zaveštanja koji je karakterističan za englesko pravo.

4. Sudsko zaveštanje

Sudsko zaveštanje vodi poreklo iz rimskog prava. Justinijanovo i postklasično pravo predviđalo je dve forme javnog zaveštanja. Prvi je *testamentum apud acta conditum* – testament izdiktiran u zapisnik pred sudskim službenikom ili municipalnim organima a čuvan u arhivu tog suda ili drugog organa – a drugi *testamentum principi oblatum* je testament koji je deponovan u imperatorovoj kancelariji (Stojčević, 1985, p. 317). Danas sudsko zaveštanje, na osnovu usmene izjave zaveštaoca, sastavlja sudija na način propisan zakonom. Ovaj oblik zaveštanja se mora sačiniti u pisanom obliku, javan je zato što u njegovom sastavljanju

učestvuje državni organ – sudija – i redovan je jer ga po pravilu može sačiniti svako lice bez obzira na to gde se nalazi. Sudsko zaveštanje je veoma važan oblik pismenog, redovnog i javnog oblika zaveštanja, ne samo zato što je najčešće korišćena forma javnog testamenta, nego zato što je to model čija pravila, *mutatis mutandis*, važe i kod drugih javnih zaveštanja – konzularnog, brodskog i vojnog. Sudsko zaveštanje se po pravilu sastavlja u prostorijama suda, ali ako postoje okolnosti kao što su bolest, odsluženje zatvorske kazne, koje sprečavaju zaveštaoca da sačini zaveštanje u sudu, nadležni sudija izlazi na lice mesta, gde se zaveštalc nalazi – u bolnicu, kaznenopopравни завод itd. (Stojanović, 2011, p. 216). Naš zakonodavac propisuje da je sudija dužan da pre sastavljanja zaveštanja utvrdi identitet zaveštaoca i identitet svedoka. Takođe naš zakonodavac pravi preciznu razliku u situaciji kada je zaveštalc u stanju da pročita sudsko zaveštanje i situaciji kada nije u stanju to da učini (čl. 87–88 ZNRS).

Sudsko zaveštanje kao jedan od redovnih oblika zaveštanja nije predviđen u zakonodavstvima većine zemalja. Od analiziranih zakonodavstava nijedan zakonik ne predviđa ovaj oblik zaveštanja. Iako italijanski Građanski zakonik ne predviđa ovaj oblik zaveštanja, on propisuje zaveštanje koje se može sačiniti u prisustvu sudije, gradonačelnika, njegovog zamenika ili ministra kada se zaveštanje sačinjava u slučaju zaraznih bolesti, nesreća ili javnih nepogoda. U ovom slučaju reč je o vanrednom obliku zaveštanja.

5. Konzularno zaveštanje

Konzularno zaveštanje je oblik poslednje izjave volje koje, našem državljaninu u inostranstvu, sačinjava konzularni ili diplomatski predstavnik Srbije. Ovaj oblik redovnog zaveštanja po svojoj sadržini i načinu na koji se sastavlja sličan je sudskom i javnobeležničkom zaveštanju. Jedina razlika koja postoji među njima jeste u pogledu organa pred kojim se sastavlja, tj. kome se predaje napisano zaveštanje na čuvanje. Upravo u tome bi se mogao pronaći razlog što ovaj oblik zaveštanja nije predviđen u okviru zakonskih tekstova kojim se reguliše oblast naslednog prava pojedinih zemalja, odnosno u okviru građanskih zakonika. Naime, ovaj oblik zaveštanja pominje se u tekstovima kojima je propisana stvarna i mesna nadležnost diplomatsko-konzularnih organa (Toroman, 1996, p. 190).

Konzularni oblik zaveštanja sastavlja se po odredbama ZNRS-a (čl. 91) u zgradi diplomatskog, tj. konzularnog predstavništva, zato što je samo ono eksteritorijalno – smatra se kao da je zaveštanje sastavljeno u Srbiji (Babić, 2008, p. 128). Konzularno zaveštanje može da koristi naš državljanin koji se nađe u inostranstvu, i to bez obzira na razloge i dužinu boravka (Antić, 2013, p. 292). S druge strane, dužnost konzularnog predstavnika naše države jeste da upozori zaveštaoca koji nema prebivalište u Republici Srbiji na opasnost da konzularno zaveštanje, kojim on raspoređuje svoju imovinu za slučaj smrti, a koja se nalazi u državi njegovog prebivališta, možda neće proizvesti pravno dejstvo ako pravo dotične države ne poznaje takav oblik zaveštanja. U ovom slučaju zaveštaocu bi trebalo predložiti drugi oblik zaveštanja, kao što je međunarodno zaveštanje (Stojanović, 2011, p. 220). Od analiziranih zakonodavstava pravo Engleske i Francuske ne poznaju konzularni oblik zaveštanja. Ipak državljani ovih zemalja mogu izjaviti poslednju volju u obliku međunarodnog zaveštanja.

6. Brodsko zaveštanje

U srpskom pravu brodsko zaveštanje je pismeni, javni i vanredni oblik zaveštanja koje zaveštaocu na srpskom brodu sačinjava zapovednik broda po pravilima koja važe za sastavljanje sudskog zaveštanja. S obzirom na to da je brodski testament vanredni oblik zaveštanja, njegova punovažnost je vremenski ograničena, te po proteku 30 dana od povratka zaveštaoca u Srbiju ovaj oblik zaveštanja gubi svoju važnost (čl. 108 ZNRS).

Englesko pravo poznaje zaveštanje mornara koji se nalaze na moru i vojnika koji se nalaze u aktivnoj službi. Ova zaveštanja pripadaju privilegovanim oblicima zaveštanja. U početku su ovaj oblik zaveštanja mogli da koriste samo vojnici i mornari, a kasnije je ova mogućnost proširena i mogu je koristiti i pripadnici ratnog vazduhoplovstva, daktilografkinje i bolničarke. Navedena lica u slučaju ratnog stanja mogu izjaviti svoju poslednju volju na bilo koji način, usmeno ili pismeno bez svedoka. Jedini uslov za punovažnost ovog zaveštanja je postojanje sigurnih dokaza postojanja i sadržine samog zaveštanja (Parry & Clark, 1996, pp. 87–89).

Italijanski zakonodavac predviđa da lica koja se nalaze na brodu mogu izjaviti svoju poslednju volju pred komandantom broda i dva zaveštajna svedoka. Ovaj oblik zaveštanja ovlašćeno lice sastavlja u dva originalna primerka koja potpusuju ovlašćeno lice, zaveštalac i svedoci. A ako nedostaje potpis svedoka ili zaveštaoca, u zaveštanju mora biti naveden razlog za to (čl. 621 italijanskog Građanskog zakonika). Brodsko zaveštanje se zadržava među dokumentima broda i mora se poštovati određena procedura čuvanja i dostavljanja ovog oblika zaveštanja koja je propisana odredbama članova 614–616 Građanskog zakonika Italije. Ovaj oblik zaveštanja prestaje da važi istekom roka od tri meseca koji počinje da teče od momenta kada se zaveštalac nađe u mestu u kom može da sačini neki od oblika redovnog zaveštanja (čl. 615 italijanskog Građanskog zakonika).

7. Vojno zaveštanje

Vojno zaveštanje (*in procinctu*) u rimskom pravu bio je vanredni oblik zaveštanja a iz samog naziva *procintus*, koji označava naoružanu vojsku spremnu za borbu, evidentno je da su ga sačinjavali vojnici uoči boja (Ilić, 2014). Ovaj oblik zaveštanja Zakon o nasleđivanju Srbije iz 1974. godine (*Službeni glasnik SRS*, br. 52/1974), nazivao je „testament sastavljen za vreme mobilizacije ili rata“. Danas naš zakonodavac predviđa da se vojno zaveštanje sastavlja po svim pravilima koja važe za sudski testament, a ulogu sudije ima vojni starešina određenog ranga, komandir čete ili drugi starešina. Kod sačinjavanja ovog oblika zaveštanja specifično je to da samo sastavljanje po kazivanju zaveštaoca ne mora vršiti određeni starešina, nego i drugo lice, ali uvek u prisustvu starešine određenog ranga. Za prestanak punovažnosti vojnog zaveštanja važne su dve okolnosti. Ako se radi o ratu, vojno zaveštanje gubi važnost protekom roka od 60 dana od prestanka rata, a ako je zaveštalac demobilisan posebno, pre ili posle opšte demobilizacije, njegovo zaveštanje gubi važnost nakon isteka roka od 30 dana (čl. 109 ZNRS).

Oblik vojnog zaveštanja u raznim varijantama postoji u zakonodavstvima većine zemalja evropskog kontinentalnog prava. Tako npr. Građanski zakonik Italije predviđa

vojno zaveštanje koje mogu sačiniti pripadnici vojnih snaga koji učestvuju u ratu, i to pred sveštenikom, vojnim zvaničnikom ili službenikom Crvenog krsta. Italijanski zakonodavac je predvideo da vojno zaveštanja prestaje da važi istekom roka od tri meseca koji počinje da teče od momenta kada se zaveštalac nađe u mestu u kom može da sačini neki od oblika redovnog zaveštanja (čl. 618 italijanskog Građanskog zakonika). Određen oblik vojnog zaveštanja prisutan je i u engleskom pravu, a mogu ga koristiti lica koja su na vojnoj dužnosti u vazdušnim, kopnenim i morskim snagama (Parry & Clark, 1996, pp. 87-89).

Relevantno je naglasiti da je jak uticaj na zakonodavstva koja predviđaju ovaj oblik zaveštanja imalo francusko pravo u kome je vojno zaveštanje regulisano na osnovama rimskog prava uz značajna poboljšanja. Tako npr. francuski zakonodavac propisuje da se vojno zaveštanje sastavlja u dva primerka. Ako zbog zdravstvenog stanja zaveštaoca to nije moguće, biće sačinjen prepis originalnog primerka zaveštanja (Ilić, 2014, pp. 61–63).

8. Međunarodno zaveštanje

Međunarodno zaveštanje, kao dopunski oblik zaveštanja, u naše pravo uveo je Zakon o ratifikaciji Konvencije o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta sa Prilogom koji je usvojila Skupština SFRJ, na sednici Saveznog veća 3. juna 1977. godine i na sednici Veća republika i pokrajina 3. juna 1977. godine (Marković, 1980, p. 107). Međunarodno zaveštanje je pismeni, redovni i javni oblik zaveštanja. Ovlašćena lica za sastavljanje ovog oblika testamenta su sudija opštinskog suda, konzularni predstavnik naše zemlje u inostranstvu i organi koji su ovlašćeni za sastavljanje vanrednih testamenata. U pravu Srbije to su sudija osnovnog suda, javni beležnik, konzularni predstavnik ili diplomatski predstavnik koji obavlja konzularne poslove, vojni starešina određenog ranga kao i zapovednik broda (Ćeranić, 2019, p. 137). Ovaj oblik zaveštanja može biti sačinjen na bilo kom jeziku koji poznaje zaveštalac i mora biti sastavljen u pismenom obliku napisan rukom ili na bilo koji drugi način. Međunarodno zaveštanje je jedini oblik zaveštanja koji mora sadržati datum. Datum sastavljanja ovog zaveštanja jeste datum potpisivanja ovlašćenog lica. Neophodno je da ovlašćeno lice uz zaveštanje priloži i posebnu izjavu kojom potvrđuje da su ispunjeni svi zakonski uslovi za punovažnost zaveštanja. Pomenuta izjava se daje u pismenom obliku na obrascu koji propisuje republičko ministarstvo pravde. U srpskom pravu međunarodno zaveštanje regulisano je odredbama čl. 92–107 ZNRS-a.

Međunarodno zaveštanje prihvatio je velik broj država u svetu. Razlog za to jeste što se otklonila potreba za pronalaženjem merodavnog prava zakona u pogledu oblika zaveštanja, bez obzira čije državljanstvo zaveštalac ima, gde mu je prebivalište, tj. boravište, gde se nalaze njegova imovinska dobra i gde je zaveštanje sastavljeno (Stojanović, 2011, p. 220). Tako je na primer francusko pravo usvojilo oblik međunarodnog zaveštanja ratifikacijom Konvencije o jednoobraznom Zakonu o obliku međunarodnog testamenta 1994. godine. Takođe i Građanskim zakonom Italije kao redovno zaveštanje pravno je normiran i oblik međunarodnog zaveštanja od 1991, kada je ratifikovala pomenutu Konvenciju. Od analiziranih zakonodavstava jedino u pravu Nemačke ne postoji mogućnost sastavljanja međunarodnog zaveštanja (Đurđević, 2011, p. 428).

9. Usmeno zaveštanje

U našem zakonodavstvu zaveštanja se dele na ona koja su sačinjena u pismenom (pisanom) obliku i ona u usmenom obliku (Gavrić, 2015; Vidić-Trninić, 2017). Uređujući usmeno zaveštanje zakoni navode da je jedan od uslova za njegovu punovažnost nemogućnost sačinjavanja pismenog testamenta (Antić, 2013, p. 282). Znači da postoji mogućnost da zaveštajno sposobno lice sačini usmeno zaveštanje, kada se usled izuzetnih prilika u kojima se našlo ne može da ispolji svoju izjavu poslednje volje, u nekom od pisanih oblika zaveštanja. Usmeno zaveštanje prestaje da važi, po proteku roka od trideset dana, od prestanka izuzetnih prilika, u kojima se zaveštalac našao (čl. 110 ZNRS).

Usmeno zaveštanje, kao izuzetni oblik zaveštanja nije pravno regulisan u zakonodavstvima Italije i Francuske, dok je u pravu Engleske ovaj oblik zaveštanja priznat samo određenim kategorijama lica, odnosno vojnicima (Vidić, 2017, p. 1561). S druge strane, u Građanskom zakoniku Nemačke propisana su i zaveštanja u izuzetnim okolnostima koja se sačinjavaju usmenim zaveštanjem. Mogućnost usmenog zaveštanja postoji kada se zaveštalac nalazi u takvim okolnostima da postoji opravdani strah da će isti umreti pre nego što bude u mogućnosti da sačini zaveštanje pred javnim beležnikom. Ovaj oblik zaveštanja se može sačiniti i kada je zaveštaocu u velikoj meri otežano ili onemogućeno da sačini javnobeležnički testament. U navedenim slučajevima usmeno zaveštanje se sačinjava pred dva ili tri zaveštajna svedoka, a ukoliko usled objektivnih okolnosti (neposredne smrtne opasnosti) nije moguće prisustvo predsednika opštine, zaveštanje se može sačiniti pred tri zaveštajna svedoka (čl. 2250 Građanskog zakonika Nemačke).

10. Javnobeležničko zaveštanje

U naslednopravni sistem Srbije nakon uvođenja ustanove javnog beležništva uveden je nov oblik zaveštanja – javnobeležničko zaveštanje. Javnobeležnički oblik zaveštanja u naš pravni sistem je uveden 25. januara 2015. godine donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Zakona o nasleđivanju (*Službeni glasnik RS*, br. 6/2015). U skladu sa odredbom člana 111a „Javnobeležničko zaveštanje sačinjava javni beležnik u obliku javnobeležničkog zapisa“. Teritorijalna nadležnost javnog beležnika za sastavljanje ovog oblika zaveštanja ograničena je na područje prvostepenog suda koji je imenovao beležnika. Za razliku od sudskog zaveštanja koje ostaje deponovano u sudu, javnobeležničko zaveštanje može se svakog trenutka povući bilo od strane zaveštaoca ili od njegovog zakonskog zastupnika. Javnobeležničko zaveštanje predviđaju zakonodavstva većine zemalja. Odredbe o ovom obliku zaveštanja nalaze se u građanskim zakonicima Italije, Nemačke Francuske itd. (Toroman, 1996, p. 189).

Tako npr. Građanski zakonik Italije odredbom čl. 603 predviđa da zaveštaocu koji u redovnim okolnostima izjavljuje svoju volju u javnoj formi zaveštanje sastavi javni beležnik prema rečima zaveštaoca uz prisustvo dva punoletna svedoka. S druge strane, u nemačkom zakonodavstvu propisano je da zaveštalac može da sačini zaveštanje na dva načina. Prvi je da sadržinu svoje poslednje volje izjavi pred javnim beležnikom, a drugi

da javnom beležniku preda otvorenu ili zatvorenu ispravu i da tom prilikom izjavi da ta isprava sadrži njegovu poslednju volju. Pored navedenih oblika dozvoljen je i mešoviti oblik, gde zaveštalcu jedan deo svog raspolaganja sastavlja tako što daje izjavu pred notarom, a drugi deo raspolaganja čini predajom otvorene ili zatvorene isprave. U svakom slučaju kada se neka od ovih radnji preduzme, javni beležnik je dužan da o tome sačini zapisnik prema pravilima Zakona o potvrđivanju isprava (Đurđević, 2011, pp. 427–453).

11. Zaključak

Nakon sveobuhvatne analize nacionalnih zakonodavstava pojedinih evropskih zemalja koja je za predmet istraživanja imala oblike zaveštanja došli smo do zaključka da sva zakonodavstva poznaju i redovne i izuzetne oblike zaveštanja. Ipak, u nacionalnim zakonodavstvima oblici zaveštanja nisu na isti način i u istoj meri zakonski regulisani i zastupljeni. Tako npr. svojeručno zaveštanje predstavlja opšteprihvaćeni privatni oblik zaveštanja. Moguće ga je sačiniti u redovnim okolnostima, i to bez ikakvog učešća organa javne vlasti, kao što je u našem pravu a i u pravima Francuske, Nemačke i Italije. S druge strane, pomenuta zakonodavstva (osim našeg) ne poznaju alografski oblik testamenta. Izuzetak predstavlja englesko zakonodavstvo, tj. englesko nasledno pravo u kojem su kombinovani oblici alografskog i olografskog zaveštanja koji su stvorili jedini punovažan oblik redovnog zaveštanja karakterističan za englesko pravo.

U pogledu konkretnih oblika izuzetnih zaveštanja, odnosno zaveštanja koja mogu koristiti samo lica koja se nađu u izuzetnim okolnostima, situacija je različita. Brodsko i vojno zaveštanje poznaju sva analizirana zakonodavstva, uključujući i englesko. S druge strane, usmeno zaveštanje predviđeno je kao jedini oblik zaveštanja u srpskom i nemačkom pravu, dok ga u Engleskoj ima samo određena kategorija lica (vojnici) u izuzetnim okolnostima. Što se tiče konzularnog oblika zaveštanja, ono nije poznato u pravu Francuske i Engleske, ali jeste međunarodno zaveštanje, tako da državljani ovih zemalja mogu izjaviti poslednju volju ovim oblikom zaveštanja. Javnobeležničko zaveštanje predstavlja nov oblik zaveštanja u našem pravu, a prisutan je i u građanskim zakonicima gotovo svih zemalja kontinentalnog prava.

Na osnovu uporedne analize različitih oblika zaveštanja u odabranim zakonodavstvima dolazimo do zaključka da nijedno zakonodavstvo ne sadrži oblik zaveštanja u kojem bi dominantan način sačinjavanja zaveštanja bio elektronski. Stoga možemo reći da informatička revolucija još uvek nije „zagazila“ u oblast zaveštajnog nasleđivanja.

Literatura

- Antić, O. 2013. *Nasledno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta, Centar za informisanje i izdavaštvo.
- Babić, I. 1994. Pismeni testament pred svjedocima. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 80(1), pp. 73-88.
- Babić, I. 1996. Svojeručni testament u francuskom pravu. *Strani pravni život*, 1-3, pp. 199-208.
- Babić, I. 2008. *Nasledno pravo*. Beograd: Službeni glasnik.

- Ćeranić, D. 2010. Učešće svjedoka u postupku sačinjavanja alografskog testamenta. *Pravni život*, 58(11), pp. 787-807.
- Ćeranić, D. 2019. Međunarodno zavještanje, U: Ristivojević, M. (ur.), *Pravni aspekti migracija u regionu - balkanska ruta: tematski zbornik*. Novi Sad: Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, pp. 125-157.
- Đurđević, D. 2009. Sloboda testiranja i formalizam olografskog testamenta. *Pravni život*, 58(11), pp. 845-864.
- Đurđević, D. 2011. Notarski testament u nemačkom pravu U: Vasiljević M. & Čolović, V. (ur.), *Uvod u pravo Nemačke*. Beograd: Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, pp. 427-453.
- Gavrić, I. 2015. Usmeni testament u uporednom i srpskom pravu. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 87(11-12), pp. 571-588. doi: <https://doi.org/10.5937/gakv1512571G>.
- Ilić, V. 2014. Vojno zaveštanje u rimskom, francuskom i srpskom pravu. *Pravo – teorija i praksa*, 31(10-12), pp. 58-69. doi: <https://doi.org/10.5937/ptp1412058I>.
- Kaščelan, B. 2010. Svojeručno zaveštanje u italijanskom pravu. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu*, 1(1), pp. 135-155.
- Lucas, A. 1989. *Code civil 1989-1990*. Paris: Editions Litec.
- Marković, S. 1980. Međunarodni testament. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 20, pp. 107-126.
- Parry, D. H. & Clark, J. B. 1996. *The Law of Succession*. London: Sweet and Maxwell.
- Počuča, M. 2012. *Nasledno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe.
- Stojanović, N. 2007. Oblici zaveštanja u srpskom pravu nekada i sada. U: Mićović, M. (ur.), *Srpsko pravo – nekad i sad*. Kragujevac: Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, pp. 193-211.
- Stojanović, N. 2011. *Nasledno pravo*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta, Centar za publikacije.
- Stojčević, D. 1985. *Rimsko privatno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- Toroman, M. 1996. Oblici testamenta u pravu evropskih zemalja. *Strani pravni život*, 1-3, pp. 185-197.
- Vidić-Trninić, J. 2016. Olografski i alografski testament u srpskom i uporednom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 50(4), pp. 1251-1279. doi: <https://doi.org/10.5937/zrpfns50-12940>.
- Vidić-Trninić, J. 2017. Usmeno zaveštanje u pravu Srbije i ostalim savremenim pravima Evrope. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 56(76), pp. 421-446. doi: <https://doi.org/10.5937/zrpfni1776421V>.
- Vidić, J. Đ. 2017. Vanredni oblici zaveštanja u pravu Srbije i ostalim savremenim pravima Evrope. *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad*, 51(4), pp. 1541-1571. doi: <https://doi.org/10.5937/zrpfns51-16283>.

Pravni izvori

Građanski zakonik Italije. Dostupno na: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm, (18. 8. 2019).

Građanski zakonik Nemačke. Dostupno na: <http://www.gesetze-im-internet.de/konsg/>, (18. 8. 2019).

Francuski građanski zakonik. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>, (18. 8. 2019).

Zakon o nasleđivanju Srbije iz 1974. godine, *Službeni glasnik SRS*, br. 52/1974.

Zakon o nasleđivanju Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 46/1995, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015.

Zakon o ratifikaciji Konvencije o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta sa Prilogom, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 3/1977.

Jovana Z. Vasiljković, MA

PhD candidate, University of Business Academy, Faculty of Law of Commerce and Judiciary, Novi Sad, Serbia

Legal secretary of Faculty of Pharmacy, Novi Sad, Serbia

e-mail: vasiljkovicjovana5@gmail.com

Dalibor M. Krstinić, PhD

Assistant Professor, University of Business Academy, Faculty of Law of Commerce and Judiciary, Novi Sad, Serbia

e-mail: krstinicdalibor@yahoo.com

FORMS OF TESTAMENTS IN EUROPEAN LEGISLATURES

Summary

A testament is a unilateral legal act as it is made by a declaration of will of one person and is distinguished from other legal acts by its characteristics. By means of testament the testators may dispose of their rights and create an obligation for themselves and the obligations of the testament do not come into effect until after the death of the testator. A testament can be made in one of the forms prescribed by the law. The primary goal of this paper is to demonstrate and analyse different forms of testaments in the legislature of the Republic of Serbia and the chosen European legislatures of France, Germany, Italy and England. The following methods will be used in the paper: comparative analysis of the forms of testaments in the said legislatures, to be completed by the normative method, while by analysing the content in a systematic way we shall approach the subject matter, and the historical method, which will help us review the origin of certain forms of testaments.

Keywords: forms of testaments, testator, testament, European legislature.

Primljeno: 4. 9. 2020.

Izmenjeno: 15. 9. 2021.

Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

PRAVNI POLOŽAJ I ULOGA BANKE RUSIJE U OBEZBEĐENJU EKONOMSKOG SUVERENITETA RUSKE FEDERACIJE

Sažetak

Banka Rusije je pravni entitet koji, nezavisno od drugih organa državne vlasti, postupa kao organ državnog upravljanja sa značajnom ulogom u sprovođenju funkcija ruske države i nedovoljno precizno određenim statusom u odnosu na organe državne vlasti i pravna lica. U radu je istraživanje usmereno na odnos između pravnog položaja Banke Rusije i njene uloge u postizanju ekonomskog suvereniteta Ruske Federacije (RF).

Cilj rada je da se, na bazi sistematizacije i analize relevantnih izvora iz literature i normativne regulative, primenom uporednopravne metode, metode pravne egzegzeze i analize sadržaja, ispita pravni položaj glavne banke u monetarnom sistemu i njena uloga u ostvarivanju ekonomskog suvereniteta RF. Rezultati ispitivanja ukazuju na postojanje različitih mišljenja o pravnom položaju Banke Rusije.

Nedovoljno precizno određen položaj Banke Rusije dovodi do neusklađenosti mera i aktivnosti izvršne vlasti i Banke Rusije, što se negativno odražava na postizanje ekonomskog suvereniteta, samostalni razvoj zemlje i povećanje društvenog blagostanja, uprkos tome što je Banka Rusije u velikoj meri nezavisna od organa državne vlasti i ima komfornu poziciju u pravnom prometu.

***Ključne reči:** pravni položaj Banke Rusije, nezavisnost centralne banke, ciljevi i funkcije, ekonomski suverenitet Ruske Federacije.*

1. Uvod

Suprotno ekonomskoj ideologiji liberalizma, centralne banke su se pojavile kao banke koje je država ovlasila za obavljanje određenih funkcija u monetarnom, a zatim i u bankarskom sistemu (Smith, 1936, pp. 4–6). U zamenu za finansiranje vlada date su im privilegije u emisiji novca, čime su uvećavale svoju moć i postale regulatori bankarskih sistema. Centralna banka nije samo institucija koja emituje novac već i institucija koja neposredno kontroliše bankarski sektor, a posredno i sektor realne ekonomije. S vremenom

* Doktor pravnih nauka, docent, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Srbija, e-mail: mrapajic@jura.kg.ac.rs, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1268-6826>

** Magistar ekonomskih nauka, sudski veštak za ekonomsko-finansijsku oblast, doktorand, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Srbija, e-mail: nesapet@mail.ru, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8518-5344>

ona počinje aktivno da usmerava celokupnu ekonomiju i danas, u skoro svakoj zemlji, kontroliše ne samo finansije i ekonomiju već i druge sfere javnog života, postajući „prva“ grana vlasti iznad tradicionalnih državnih institucija (Katasonov, 2020, p. 3).

U odnosu na razvoj centralnog bankarstva u zapadnim zemljama kapitalističkog uređenja, centralno bankarstvo u Rusiji se specifično razvijalo u formi glavne banke, od osnivanja Državne banke 1860. godine do Državne banke SSSR-a 1923. godine, preko narušenog jedinstva monetarnog sistema raspadom SSSR-a devedesetih godina prošlog veka do njegovog ponovnog uspostavljanja formiranjem Banke Rusije. Kao najvažniji element bankarskog sistema zemlje, Banka Rusije ima veliki uticaj na funkcionisanje i život države i društva, a od toga koliko su efikasne aktivnosti centralne banke zemlje direktno zavisi razvoj ekonomije, funkcionisanje državnih organa i institucija, i samo postojanje suverene države (Ochakovskiy & Klepikova, 2013, p. 1).

Pitanje pravnog položaja Banke Rusije izaziva mnogobrojne sporove, kako u naučnim tako i u finansijskim i bankarskim krugovima. Postavlja se pitanje njene suštinske uloge u ekonomiji zemlje, kao i obim njene nezavisnosti, odnosno odnosa prema organima državne vlasti i koordinaciji mera i aktivnosti u sprovođenju ekonomske politike zemlje. U konačnom, problem pravnog položaja Banke Rusije ima praktično značenje, čije rešavanje može suštinski da utiče na efikasnost monetarnog sistema zbog ogromnog značaja i uloge monetarno-kreditnog sistema u razvoju ekonomije zemlje koji ona kontroliše i na koji utiče.

Pravna priroda centralne banke još uvek nije u naučnim krugovima precizno utvrđena. Često se u ekonomskoj nauci centralna banka tretira kao državni organ, nekada i kao četvrta državna vlast, pored zakonodavne, izvršne i sudske vlasti (Purić & Rapajić, 2018). Problem pravnog položaja centralne banke može da se sagledava sa više aspekata: a) od uporednopravne analize definisanja pravnog položaja centralne banke u zakonodavstvima različitih država, b) preko analize načina definisanja pravnog položaja centralne banke u zakonodavstvu pojedinačnih država do c) ispitivanja protivurečnosti u normativnom regulisanju, koje negativno utiče na praksu funkcionisanja bankarskog sistema, i u predlozima za izmene zakonodavstva. U ovom slučaju istraživanje je usmereno na odnos između pravnog položaja Banke Rusije i ekonomskog suvereniteta RF. Autori su izvršili sistematizaciju i analizu relevantnih literarnih izvora i normativne regulative, s ciljem da se ispita pravni položaj glavne banke u monetarnom sistemu i njene uloge u ostvarivanju ekonomskog suvereniteta RF. U radu su korišćene uporednopravna metoda, metoda pravne egzegeze i analiza sadržaja.

2. Osnivanje i pravni položaj Banke Rusije

Banka Rusije spada u mlade centralne banke, nastala u poslednjoj deceniji XX veka u vreme raspada SSSR-a usvajanjem Zakona RSFSR „O Centralnoj banci RSFSR“¹ i nema mnogo zajedničkog ni sa Državnom bankom Ruske Imperije niti sa Državnom bankom SSSR-a. Njen položaj je uređen isključivo saveznim zakonodavstvom kako bi

¹ Zakoni i drugi pravni akti subjekata Ruske Federacije objavljuju se na službenom internet portalu pravnih informacija www.pravo.gov.ru. Službeno glasilo Ruske Federacije je *Sobranie zakonodatel'stvo Rossiyskoy Federacii*.

monetarni sistem bio jedinstven, a bankarski sistem stabilan. Spada u vrstu centralnih banaka formiranih u zemljama sa ekonomijom u tranziciji, koje svoju imovinu formiraju prvenstveno na osnovu američkih dolara u nacionalnim novčanicama prema određenom paritetu za američki dolar. To u suštini znači da su van kontrole nacionalnih vlasti, dok u velikoj meri zavise od američkih Federalnih rezervi. Takve banke su suštinski filijale Federalnih rezervi, bave se gomilanjem američkih obveznica u međunarodnim rezervama (Katasonov, 2014, p. 152). Kada je u Rusiji početkom 1990-ih godina napušten zlatni standard, njen monetarni sistem je potčinjen Međunarodnom monetarnom fondu i Svetskoj banci, na koju najveći uticaj imaju SAD i dolar kao svetska rezervna valuta (Starikov, 2011, pp. 23–26).

Formiranje Banke Rusije desilo se u periodu „rata zakona“ između centralnog aparata Državne banke SSSR-a i centralnih banaka republika. Da bi se obezbedila primena Rezolucije Vrhovnog sovjeta RSFSR-a „O Državnoj banci RSFSR-a i bankama na teritoriji republike“ od 13. jula 1990. godine, Prezidijum Vrhovnog sovjeta RSFSR doneo je Uredbu (Postanovleniye) N 146-1 od 16. avgusta 1990. godine, kojom se Državna banka RSFSR-a označava kao pravno lice koje posluje na principima obračuna troškova, samofinansiranja i samouprave. Banci se Uredbom N 146-1 prenosi od 1. jula 1990. godine (u Bilans stanja i operativno upravljanje) imovina koja je proglašena vlasništvom RSFSR-a, kao i imovina i obaveze ruskih republičkih specijalizovanih banaka i njima potčinjenih institucija, preduzeća, organizacija, republičko upravljanje naplatom sa podređenom mrežom institucija i organizacija, računarski centri Državne banke SSSR-a i specijalizovanih banaka SSSR-a na teritoriji RSFSR-a, uključujući filijalu Glavnog računarskog centra u Moskvi, a svi normativni akti koji su u suprotnosti sa Rezolucijom Vrhovnog sovjeta RSFSR od 13. jula 1990. godine smatraće se nevažećim.

Osnovne odredbe o ciljevima, strukturi, funkcijama i pravnom položaju kod osnivanja Banke Rusije bile su sadržane kako u Zakonu RSFSR „O Centralnoj banci RSFSR (Banci Rusije)“ od 2. decembra 1990. godine tako i u Povelji Centralne banke RSFSR (Banke Rusije). U prvom članu Povelje: Pravni osnov za stvaranje i rad Centralne banke RSFSR (Banke Rusije), kod određenja njenog pravnog položaja, navodi se da je Centralna banka RSFSR glavna banka RSFSR, stvorena na osnovu Zakona RSFSR „O Centralnoj banci Ruske Federacije (Banci Rusije)“, da se u svojim aktivnostima rukovodi navedenim zakonom, Zakonom RSFSR „O bankama i bankarskim aktivnostima u RSFSR“, drugim zakonima na snazi na teritoriji RSFSR i ovom poveljom. Primena Povelje prestaje usvajanjem 26. aprila 1995. godine Saveznog zakona N 65-FZ o izmenama i dopunama Zakona RSFSR „O centralnoj banci RSFSR (Banci Rusije)“.

Pravni položaj Banke Rusije regulisan je Ustavom RF usvojenim neposrednim narodnim izjašnjanjem 12. 12. 1993. godine (sa poslednjim izmenama 1. 7. 2020. godine) i Saveznim zakonom „O centralnoj banci RF (Banci Rusije)“ od 10. 7. 2002. godine (sa poslednjim izmenama do 24. 2. 2021. godine). U čl. 1, st. 1 navedenog zakona navodi se da su status, ciljevi aktivnosti, funkcije i ovlašćenja Banke Rusije utvrđeni Ustavom RF, ovim saveznim zakonom i drugim saveznim zakonima. U st. 2 naglašava se nezavisan položaj Banke u odnosu na druge organe centralne vlasti i lokalne samouprave pri vršenju ustavnih i zakonskih ovlašćenja i funkcija. Banka se konstituiše kao pravno lice koje ima

pečat sa državnim grbom RF i nazivom Banke (čl. 3 navedenog zakona).

Položaj i ovlašćenja Banke Rusije uređeni su isključivo saveznim zakonodavstvom kako bi monetarni sistem bio jedinstven, a bankarski sistem stabilan. U suprotnom, pre ili kasnije, u subjektima RF u nekoj formi bi mogli da se pojave sopstveni monetarni sistemi ili njihovi surogati, što bi imalo katastrofalnih posledica po državu. Centralna banka RF ima posebnu ulogu u sistemu organa državne vlasti čiji položaj nije moguće nedvosmisleno odrediti, budući da organizaciono-pravna forma nije ruskim zakonodavstvom direktno opredeljena (Bulakov, 2014, p. 12). U pitanju je složena pravna institucija koja u svom sastavu objedinjuje mnoge jednostavne institucije koje imaju određenu samostalnost (Baytin & Petrov, 2003, p. 25).

Pravni status Banke Rusije moguće je definisati kroz položaj koji se odlikuje posebnim postupkom dodeljivanja određenih ovlašćenja, kao i kroz veličinu i sadržaj tih ovlašćenja (Shtanko, 2016, p. 167). Definisanje pravnog položaja Banke Rusije uključuje: a) principe delovanja i funkcionisanja; b) garancije za rad; c) ovlašćenja; d) organizacioni i pravni oblik i e) pravnu odgovornost (Lungu, 2005, p. 11), kao i ovlašćenja koja nisu direktno usmerena na postizanje ciljeva, ali su neophodna za upravljanje i organizaciju aktivnosti Banke Rusije u celini i njenih pojedinačnih struktura. U određivanju pravnog položaja Banke Rusije Shtanko (2016) polazi od njene pravne odgovornosti, definišući je kao organ državne vlasti sa posebnim pravnim statusom i predlaže izmenu postojeće zakonske regulative, kako bi na zakonskoj osnovi stekla status organa državne vlasti. Banka Rusije ne pripada grani zakonodavne, sudske, niti izvršne vlasti. U pitanju je banka koja je, kao glavna karika u monetarnom sistemu, ovlašćena od strane države da vrši emisiju novca, organizuje novčane tokove, reguliše i vrši kontrolu bankarskog sektora.

Dvojni pravni status nije svojstven samo Banci Rusije. Generalno, problem nezavisnosti centralne banke može da se sagleda sa aspekta mesta centralne banke u sistemu podele vlasti, stepena nezavisnosti centralne banke i bankarskog sistema od države, te stepena zavisnosti centralne banke od interesa društva. Ukazujući na dvojni karakter statusa centralnih banaka u većini zemalja Tosunyan (1995) ističe da s jedne strane one imaju status pravnog lica koje istupa kao subjekt javnog prava, a s druge strane imaju status subjekta koji je specijalno osnovana korporacija sa prenetim funkcijama državnog upravljanja.

Inače pravni status centralnih banaka zavisi od nacionalnih specifičnosti pravnih lica. One imaju status pravnih lica u zakonodavstvu većine zemalja, dok u nekim državama (Velikoj Britaniji i njenim bivšim kolonijama – Indiji, Pakistanu, Kanadi, Australiji) imaju status korporacija. Subjekt prava u ovom svojstvu može biti ili sama centralna banka (Australija, Kanada) ili u nekim slučajevima njena upravna tela – odbor direktora (Pakistan), ili odbor direktora i guverner (Velika Britanija) (Kovaleva, 2002). U pravnoj prirodi centralnih banaka mogu dominirati privatnopravni ili javnopravni principi. Ali čak i u zemljama u kojima su centralne banke organizovane u obliku akcionarskog društva (Austrija, Belgija, Holandija, Turska, Švajcarska) norme privatnog prava važe za ove banke, sa nekim osobenostima zbog njihovih javnopravnih ciljeva i zadataka (Glushko, 2008, pp. 10–11).

3. Ustavno-pravni i građanskopravni položaj Banke Rusije

Funkcije i ovlašćenja predviđena Ustavom i Saveznim zakonom „O Centralnoj banci RF“ Banka Rusije vrši nezavisno od drugih saveznih organa državne vlasti, organa državne vlasti subjekata RF i organa lokalne samouprave. Ekskluzivno pravo Banke Rusije da emituje rublju – jedino dozvoljenu novčanu jedinicu – definisano je u čl. 75, st. 1, dok je u st. 2 definisana glavna funkcija Banke Rusije – zaštita i obezbeđivanje stabilnosti rublje koju ona ostvaruje nezavisno od drugih organa državne vlasti. Ključni element pravnog položaja Banke Rusije predstavlja princip nezavisnosti, koji se manifestuje pre svega u činjenici da Banka Rusije deluje kao posebna javnopravna institucija, ne smatra se organom državne vlasti jer nije uključena u strukturu organa savezne vlade i deluje kao posebna institucija sa isključivim pravom emisije novca i organizovanja platnog prometa (Bratko, 2001).

Pitanje imovine Banke Rusije uređeno je čl. 2 Saveznog zakona gde se navodi da osnovni kapital i druga imovina Banke Rusije predstavljaju saveznu svojinu i da je ona ovlašćena da poseduje imovinu, koristi je i raspolaže njom, uključujući zlatne i devizne rezerve Banke Rusije, a da zaplena i opterećenje pomenute imovine bez pristanka Banke Rusije nije dozvoljeno, osim ako Saveznim zakonom nije drugačije određeno. Interesantan je odnos Banke Rusije prema RF po pitanju obaveza svakog od entiteta – država ne odgovara za obaveze Banke Rusije, a Banka Rusije ne odgovara za obaveze države ako one nisu preuzete ili ako saveznim zakonima nije drugačije određeno. Važno je naglasiti i da Banka Rusije pokriva svoje rashode iz sopstvenih prihoda.

Iako Banka Rusije ne predstavlja organ državne vlasti, njena ovlašćenja se, kako se u nizu svojih odluka izjasnio Ustavni sud RF, po svojoj pravnoj prirodi odnose na funkcije državne vlasti, jer njihovo sprovođenje pretpostavlja upotrebu mera državne prinude i ostvaruje se nezavisno od drugih organa vlasti.² Iako Ustavni sud ne naziva Banku Rusije

² U aktu Opređeleniye Konstitutsionnogo Suda RF ot 14 dekabrya 2000 g. № 268-O Po zaprosu Verkhovnogo Suda RF o proverke konstitutsionnosti ch. 3 st. 75 Federal'nogo zakona „O Tsentral'nom banke Rossiyskoy Federatsii (Banke Rossii)“ (VKS RF, 2001, № 2) navodi se: „Status Centralne banke Ruske Federacije utvrđen je Ustavom RF, čiji član 75 definiše njeno ekskluzivno pravo na izdavanje novca (1. deo) i kao glavnu funkciju štiti i osigurava stabilnost rublje (2. deo). Ova ovlašćenja se po svojoj pravnoj prirodi odnose na funkcije državne vlasti, jer njihovo sprovođenje pretpostavlja upotrebu mera državne prinude. Registracija, licenciranje kreditnih institucija, kao i oduzimanje licence za obavljanje bankarskih poslova, predviđenih saveznim zakonima: 'O Centralnoj banci RF (Banci Rusije)', 'O bankama i bankarskim aktivnostima', 'O nesolventnosti (bankrotu) kreditnih organizacija' i 'O prestrukturiranju kreditnih institucija', u suštini je zakonodavna primena ustavne funkcije Banke Rusije, koja vrši bankarsku regulativu, nadzor i kontrolu usvajanjem normativno-pravnih akata i pojedinačnih pravnih (nenormativnih) akata zasnovanih na operativnim informacijama o stanju ekonomije u celini i na polju monetarno-kreditne politike. Regulatorna ovlašćenja Banke Rusije pretpostavljaju njena isključiva prava i obaveze da uspostavi pravila ponašanja koja su obavezujuća za javne organe i sva pravna i fizička lica po pitanjima iz njene nadležnosti i koja zahtevaju pravnu regulativu.“

U aktu Postanovleniye Konstitutsionnogo Suda RF ot 03.07.2001 N 10-P Po delu o proverke konstitutsionnosti ot del'nykh polozheniy podpunkta 3 punkta 2 stat'i 13 Federal'nogo zakona „O restrukturizatsii kreditnykh organizatsiy“ i punktov 1 i 2 stat'i 26 Federal'nogo zakona „O nesostoyatel'nosti (bankrotstve) kreditnykh organizatsiy“ v svyazi s zhalobami ryada grazhdan iznosi se sledeće: „Na osnovu Saveznog zakona 'O nekomercijalnim organizacijama', Agencija za restrukturiranje kreditnih organizacija, kao državna korporacija, stvorena transformisanjem prethodno otvorenog akcionarskog društva nebankarske kreditne institucije, priznata je kao profitna organizacija. U isto vreme, u skladu sa Saveznim zakonom 'O restrukturiranju kreditnih institucija', ona je nezavisna ekonomska organizacija i kao takva učestvuje u građanskom prometu. Za razliku

državnim organom, navodi da ima ovlašćenja koja se po svojoj pravnoj prirodi odnose na državne funkcije (Yeskina, 2011, pp. 71–77). Istovremeno, Banka Rusije je snabdevena, kako to primećuje Bondar' (2011), jednom vrstom zakonodavnih ovlašćenja koja predstavljaju njeno ekskluzivno pravo i obavezu da propisuje, za sva pravna lica i pojedince, pravila ponašanja koja se odnose na njenu nadležnost i zahtevaju pravno regulisanje.

Problem opredeljenja pravnog položaja Banke Rusije bio je i ostaje predmet oštre diskusije u pravnoj literaturi. Ukazuje se na to da u Ustavu RF i pratećem zakonodavstvu o bankama i bankarskoj delatnosti nije dovoljno precizno određeno ne samo mesto Banke Rusije u odnosu prema organima državne vlasti nego i njen građanskopravni status i ističe da postoji kontradiktornost pojedinih normi u Ustavu RF i normativnim aktima koji regulišu bankarski sektor, prema kojima se Banka Rusije javlja i kao organ državne vlasti i organ izvršne vlasti u sistemu saveznih ekonomskih usluga, kao i pravno lice koje vrši aktivnosti nezavisno od organa državne vlasti i organizacija, ali ima imovinu koja se nalazi u saveznoj svojini (Geyvandov, 2005, p. 50).

Nakon upoređivanja sa centralnim bankama drugih država, Banka Rusije se posmatra kao javnopravno lice specifičnog tipa (Makarova, 2001, p. 63), poredi sa korporacijama jer ima i oznake korporacije, naročito zbog osnovnog kapitala i zbog, zakonom opredeljenih, izvora prihoda iz: a) bankarskih operacija i b) transakcija i učešća u kapitalu kreditnih organizacija (Bulakov, 2014, p. 13). Bilo je predloga da se Banka Rusije odredi kao javnopravna korporacija sa dodeljenim statusom pravnog lica i odvojenom imovinom koja ostaje državno vlasništvo (Yershova, 2001, pp. 35–36). Postoje mišljenja da Banku Rusije ne treba nazivati komercijalnom organizacijom zato što profit nije cilj njene delatnosti, iako se ostvarivanje njenih funkcija ne može postići bez komercijalnih aktivnosti, ali je dužna da ih ostvaruje ne sa ciljem ostvarenja profita već u interesu države i društva (Tosunyan & Vikulin, 1998, pp. 9–11).

Banka Rusije se posmatra i kao državni organ upravljanja sa specifičnim funkcijama u monetarno-kreditnoj i bankarskoj oblasti, iz kojih razloga raspolaže državnim i građanskopravnim ovlašćenjima (Krasikova, 1999, p. 58). Ukazuje se na to da savezni organi državne vlasti, koji ne predstavljaju organe zakonodavne, izvršne ili sudske vlasti, mogu da budu uključeni u sistem državne vlasti i smatra se da Banka Rusije vrši monetarnu vlast kao posebnu granu vlasti jednaku sa zakonodavnom, izvršnom i sudskom (Tosunyan & Vikulin, 2000, p. 28). Za razliku od stava koji direktno određuje Banku Rusije kao subjekta koji ispunjava jedinstvenu ustavnu funkciju – zaštitu i obezbeđivanje stabilnosti rublje, odvojeno od drugih organa vlasti (Arzumanova, 2014, pp. 332, 347), postoji stav koji u svojoj knjizi zastupa Sokolova (2016) da je Banka Rusije organ izvršne vlasti koji je određen da izvršava finansijske aktivnosti i operativno upravlja finansijama.

Izmenama Ustava RF, koje su stupile na snagu 4. 7. 2020. godine, u čl. 75 uneti su st. 5, 6 i 7, kao i čl. 75.1 kojima se naglašava socijalna uloga države, tj. da se u RF stvaraju uslovi za održiv ekonomski rast zemlje i povećanje blagostanja građana, za uzajamno poverenje

od Centralne banke RF – organa bankarskog regulisanja i nadzora nad aktivnostima kreditnih institucija (čl. 55 Saveznog zakona 'O Centralnoj banci Ruske Federacije (Banci Rusije)'), Agencija ne pripada organima državne vlasti i zato ne može da bude priznata kao nadležni subjekt produženja moratorijuma“.

države i društva, garantuje zaštita dostojanstva građana i poštovanje zaposlenih, obezbeđuje ravnoteža prava i obaveza građanina, socijalno partnerstvo, ekonomska, politička i socijalna solidarnost, pored socijalne komponente uvodi se kvalitativno nov odnos države prema njenim građanima nudeći više zaštite i poštovanja. Namera zakonodavca da navedene izmene socijalnog karaktera unese u čl. 75 Ustava nameće zaključak da je Banka Rusije, kao fundamentalna finansijska institucija označena kao osnovni pokretač i regulator ekonomije, odgovorna za ostvarivanje kvalitativno i kvantitativno novih odnosa u RF.

Specifičnost pravnog položaja Banke Rusije predstavlja i njen status u građanskopravnim odnosima. Postavilo se kao sporno da li je Banka Rusije profitna ili neprofitna organizacija u odnosu na pojam pravnog lica definisan u Građanskom zakoniku Ruske Federacije (prvi deo) iz 1994. (dalje: GZ RF). Saglasno čl. 48 GZ RF, pravno lice je organizacija koja ima zasebnu imovinu i odgovara za svoje obaveze, može u svoje ime da stiče i vrši građanska prava i preuzima građanske obaveze, da bude stranka u sudskom sporu i mora da bude upisana u jedinstveni državni registar pravnih lica u jednom od organizaciono-pravnih oblika predviđenih ovim zakonikom.

Saveznim zakonom o izmenama od 5. 5. 2014. godine, u poglavlju 4 prvog dela GZ RF № 99-FZ, u okviru opštih odredaba, u čl. 48, kojim se definiše pojam pravnog lica, uveden je st. 4 u kome se kaže da je pravni položaj Banke Rusije određen Ustavom RF i Saveznim zakonom „O Centralnoj banci RF“. Kako pomenuti zakon od 10. 7. 2002. godine (sa izmenama do 24. 2. 2021. godine) nije precizno definisao pravno lice kojim je Banka Rusije označena u čl. 1, st. 3, postoje i dalje protivrečnosti između njenog pravnog statusa koji je regulisan odredbama GZ-a i javnopravnih ovlašćenja koja su joj poverena prema Ustavu RF i navedenim saveznim zakonom. Kako protivurečnosti i dalje postoje, dolaziće do novih nedoumica i sporova.

Analiza specifičnosti pravne ličnosti Banke Rusije sa aspekta privatnog prava ne omogućava da se nedvosmisleno proceni da li je ona preduzeće (profitna organizacija) ili institucija (neprofitna organizacija) koja u suštini ima pravo da se bavi preduzetničkim aktivnostima (Pastushenko, 2006, p. 296). S druge strane, izraženo je mišljenje da je u organizaciono-pravnoj formi Banka Rusije državna institucija, jer je snabdevena ovlašćenjima, po svojoj suštini svojstvenim isključivo državnim organima koji se javljaju kao institucije (Badtiyev, 2004, p. 61).

Ima mišljenja da je Banku Rusije trebalo formirati kao preduzeće koje bi bilo jedinstveno organizovano, s jedne strane kao organ državnog upravljanja sa specijalnim kompetencijama, a s druge kao državno unitarno preduzeće koje bi bilo profitna organizacija (Geyvandov, 1997). Postoji i pristup koji Banku Rusije posmatra kao neprofitnu organizaciju organizovanu u formi državne korporacije sa osnovom za takav stav sadržanim u činjenici da je Banku Rusije osnovala RF prenosom imovine Državne banke SSSR-a na osnovu zakona, bez osnivača i bez statuta (Minin, 1999, pp. 25–27).

Kunev (2016) navodi pet pristupa u rešavanju pravnog položaja Banke Rusije i njenom određivanju kao: 1) centra bankarskog sistema i organa državnog upravljanja; 2) organa državne vlasti, sa tri moguća pravca tumačenja: a) na osnovu doslovnog tumačenja čl. 74 Ustava RF prema kome Banka Rusije implementira glavnu funkciju koja se sastoji u zaštiti i osiguravanju održivosti rublje „nezavisno od drugih državnih vlasti“; b) na

osnovu odluka iz sudske prakse; c) na osnovu potvrde statusa Banke Rusije kao organa državne vlasti koji se zasniva na njenom pravu da objavljuje uputstva, odredbe i propise koji su obavezni za sve nivoe vlasti i privatni sektor; 3) državnog organa, po prirodi svojih aktivnosti bliskog aktivnostima izvršnih vlasti, ali koji nije integrisan u jedinstveni sistem izvršne vlasti; 4) posebne javnopravne institucije, koja ima ekskluzivno pravo emisije novca i organizaciju novčanog opticaja i 5) posebnog specifičnog subjekta izdvojenog od ostalih grupa.

Analiza pravnog okvira i teorijskih stavova potvrđuje dualnost pravne prirode položaja Banke Rusije. Činjenica da zakonodavac nije precizno formulisao njen položaj među organima državne vlasti, a da je u građanskoj regulativi njen položaj određen na drugačiji način, omogućava joj komfornu poziciju u građanskom prometu u kombinaciji sa visokim stepenom nezavisnosti od organa državne vlasti. Polazeći od značaja koji centralna banka ima za ekonomski život i blagostanje jedne zemlje, što će biti u nastavku objašnjeno, teško je objasniti zašto je zadržana nepreciznost u određivanju pravnog statusa tako značajne institucije. U tom smislu, rešenja se mogu tražiti u pravcu: a) posebnog statusa pravnog lica javnog prava u zakonu o centralnoj banci, kako bi se izrazila specifičnost javnih ovlašćenja i b) uvođenja nove organizacione forme u građansko pravo, koja bi odražavala sve specifičnosti i posebnost poslovne sposobnosti.

4. Postizanje ekonomskog suvereniteta Ruske Federacije, ciljevi i funkcije Banke Rusije

Za razumevanje pravne prirode centralne banke i njenog ogromnog uticaja na ekonomski život zemlje, neophodno je osvrnuti se na pitanje državnog suvereniteta, moći države i podele vlasti. U ruskoj pravnoj nauci (Grigonis, 2002; Levin, 2004; Yur'yeva, 2009; Starikov, 2011) poklanja se velika pažnja povezanosti monetarnog centralizma i postizanja suvereniteta države. Osnova svake državne moći je ekonomska moć, čija je osnova moć novca, jer je novac sredstvo kojim se stvara sistem međuljudskih odnosa zasnovan na specifičnoj zavisnosti ostalih od onih koji kontrolišu novac i usmeravaju novčane tokove. U monetarnom svetu postoji tip moći, nezavisno od toga da li je priznat od strane društva ili države, kao samostalni vid vlasti. Monetarna vlast, sadržana u različitim fizičkim i pravnim licima, u manjoj ili većoj meri ugrađena je kao nezavisna vrsta moći u sistem podele vlasti.

Tekovine sadašnje civilizacije, sa demokratijom kao vrhovnim dostignućem, oličene u podeli i međusobnoj kontroli tri grane vlasti, prepoznaju centralnu banku kao četvrtu granu vlasti, čija ovlašćenja se mogu definisati kao vršenje državne vlasti bez uključivanja u samu strukturu organa vlasti. Na taj način centralne banke, u većini zemalja sveta, predstavljaju institucije izvan organa vlasti, sa određenim ovlašćenjima sličnim organima državne vlasti.³

³ U meri u kojoj centralne banke dobijaju na nezavisnosti u obavljanju funkcija utvrđenih ustavom i zakonima, državna moć organizacije sile opada, uz deregulaciju i prenošenje određenih funkcija na privatne organizacije i institucije. Na primer, *Deutsche Bundesbank* i *The Federal Reserve System* predstavljaju najnezavisnije centralne banke u svetu, *Banque de France* je veoma zavisna od vlade, dok *Bank of England* i *Banco de España* zauzimaju srednji položaj između ove dve krajnje pozicije (Stolyarenko, 1999, p. 9).

U okviru pitanja uloge i mesta nacionalnih ekonomija, kao i njihovih mogućnosti u kontekstu razvoja i dominacije globalnog kapitala, posebnu težinu ima nacionalni ekonomski suverenitet koji predstavlja potencijalnu i ostvarivu sposobnost samodovoljne, održive i sigurne reprodukcije nacionalne ekonomije, kao samorazvojne društveno-ekonomske celovitosti. Ostvarivanje ekonomskog suvereniteta nacionalne ekonomije moguće je ukoliko postoje: finansijska nezavisnost – omogućava formiranje nacionalnog modela finansijskog ponašanja, usmerenog na sprovođenje strateških finansijskih i investicionih prioriteta nacionalne ekonomije, uz aktivno učešće u globalnim finansijskim transakcijama i predstavlja osnovni uslov za ostvarivanje nacionalnog ekonomskog suvereniteta; samodovoljnost hranom – stvaranje i razvoj sopstvenog prehrambenog potencijala za stabilno i sigurno obezbeđivanje prehrambenih proizvoda stanovništvu zemlje na nivou svetskih standarda kvaliteta života; intelektualna dovoljnost – dolazi do izražaja u očuvanju i jačanju naučnog i obrazovnog potencijala zemlje, sposobnog da obezbedi stalan protok novih izvora znanja; tehnološka nezavisnost – podrazumeva sposobnost kontinuiranog i celovitog inovativnog tehnološkog obnavljanja nacionalne ekonomije, uzimajući u obzir efikasno učešće u međunarodnoj naučnoj i tehničkoj podeli rada; demografska stabilizacija – ostvaruje se u prestanku opadanja autohtonog stanovništva, u njegovom rastu i održavanju visoke radne sposobnosti (Yur'yeva, 2009, p. 17).

Ekonomski suverenitet je samo jedna strana tako složenog društvenog fenomena kao što je suverenitet države. Gubitak ekonomskog suvereniteta za državu znači gubitak njene materijalne osnove i pravno-ekonomskog subjektiviteta, što rezultira nestankom takve države sa političke mape sveta. Nakon finansijske krize u Rusiji u drugoj polovini 2014. godine i naglog pada rublje u odnosu na gotovo sve rezervne svetske valute, postavilo se pitanje koje su spoljne i unutrašnje sile dovele do toga i kako je rublja, jedan od simbola nacionalnog suvereniteta Ruske Federacije, poput himne, grba i zastave, prepuštena na milost i nemilost instituciji nezavisnoj od ruske države – Banci Rusije, zašto finansijski simbol ruskog suvereniteta kontroliše „peta kolona“ unutar Rusije i kako Rusija može da zaštiti rublju i svoju ekonomiju od agresije Zapada i svojih agenata koji vode ekonomski rat protiv zemlje do njenog potpunog uništenja? Stoga, kako je navedeno, ocenjujući monetarnu politiku Banke Rusije, Katasonov (2015) u svojoj knjizi Banku Rusije označava kao filijalu američkog sistema Federalnih rezervi.

Vodeći autoriteti u ekonomskoj nauci (Starikov, 2011; Glaz'yev, 2011; Katasonov, 2015) odavno postavljaju ključno pitanje i traže odgovor zašto, s obzirom na objektivnu mogućnost ekonomskog rasta po stopi od najmanje 8% godišnje, zemlja sa viškom zlatnih i deviznih rezervi, pozitivnim trgovinskim bilansom, bogata prirodnim resursima i sa sažnim industrijskim potencijalom klizi u krizu, nalazeći se na periferiji svetske ekonomije i kolika je odgovornost Banke Rusije za pad proizvodnje i izvoza kapitala, degradaciju strukture ekonomije i dovođenje u pitanje samog njenog opstanka. Štaviše, uspešnija aktivnost centralne banke u mnogim aspektima bi doprinela stabilnosti nacionalne valute i, posledično, ravnomernom razvoju ekonomije.

U uslovima relativne stabilnosti i blagog ali konstantnog porasta životnog standarda, kada ne postoje socijalne, političke, etničke ili verske tenzije, pitanje pravnog položaja centralne banke nije u vrhu prioriteta. Nakon globalne finansijske krize iz 2008. godine

i sankcija Zapada od 2014. godine, pitanja i kritike upućene Banci Rusije zbog rezultata monetarne politike koju sprovodi postaju sve glasnija. I zato Glaz'jev (2016) ponovo ističe i dalje aktuelno pitanje odgovornosti Banke Rusije za izostanak ekonomskog napretka zemlje.

U nizu rasprava (Starikov, 2011; Glaz'jev, 2011, 2016; Katasonov, 2014, 2015, 2020) oštro se kritikuje uporno insistiranje Banke Rusije da zaštiti stabilnost rublje u uslovima inflacije i borbe protiv nje sprovođenjem mera za održavanje stabilnog kursa rublje trošenjem deviznih rezervi i odlivom kapitala, čime se do uništenja dovode industrija i poljoprivreda i slabi konkurentnost ruske ekonomije na svetskom tržištu. Kudrin (2006, 2011), Kudrin & Sergienko (2011), Mamedli (2015), Gurvich & Sokolov (2016), Kudrin & Sokolov (2017, 2017b) osnovano kritikuju budžetsko pravilo čija primena onemogućava korišćenje sredstava iz Rezervnog fonda za ekonomske projekte i povećanje blagostanja države, dok se s druge strane gomilaju zlatne i devizne rezerve o kojima ne odlučuje i njima ne upravlja Vlada RF već institucija nezavisna od državne vlasti i stanovništva.

Ciljevi Banke Rusije, definisani u čl. 3 Saveznog zakona „O Centralnoj banci RF“, monetarističkim pristupom ulozi centralne banke ograničavaju se isključivo na izgradnju i zaštitu finansijskog sistema kroz održavanje stabilnosti rublje, razvoj i jačanje bankarskog sistema RF, održavanje stabilnosti i razvoj nacionalnog platnog prometa i održavanje stabilnosti i razvoj finansijskog tržišta RF. U posebnom stavu, isticanjem da ostvarivanje profita nije cilj poslovanja Banke Rusije, naglašen je njen neprofitni karakter. Među ciljevima Banke Rusije nije predviđeno podržavanje mera ekonomske politike Vlade Ruske Federacije, čime je isključena njena razvojna uloga u ekonomiji države (Glaz'jev, 2011, p. 18).

Ako se, po mišljenju autora, pođe od stava da bi trebalo da centralna banka, kao fundamentalna finansijska institucija jedne države, bude osnovni pokretač i regulator njene ekonomije, u stanju da pomogne ili čak samostalno rešava pitanja ekonomskog blagostanja države, interesantno je pogledati koje su osnovne aktivnosti Banke Rusije, kao nedržavne komercijalne strukture, na čelu sa Upravnim odborom i Nacionalnim savetom za bankarstvo i koje su njene obaveze prema državi. U situaciji kada dolazi do pada cene nafte (koja predstavlja značajnu stavku u platnom bilansu RF) ili ako dođe do budžetskog deficita, Banka Rusije ne pokriva nedostatak sredstava za isplatu penzija i socijalnih davanja, prihoda budžetskih organizacija, realizaciju programa Vlade, odnosno finansiranje bilo kakvih nacionalnih potreba. U takvoj situaciji Vlada RF je prinuđena da se obrati međunarodnim finansijskim institucijama, poput Međunarodnog monetarnog fonda, za dobijanje kredita.

Ostvarivanje primarnog cilja zaštite rublje i obezbeđenja njene stabilnosti u uslovima inflacije Banka Rusije postiže merama koje vode devastiranju industrije i poljoprivrede i slabljenju konkurentnosti ruske ekonomije na globalnom tržištu. Funkcionisanje države zavisi od budžeta koji se formira iz poreza i drugih državnih prihoda, uključujući i pozajmice u obliku obveznica ili zapisa. Kod formiranja prihodne strane budžeta mogu da se koriste specijalni uslovi koji se nazivaju budžetskim pravilom, definisanim u vidu algoritma kojim se postiže fleksibilnost u formiranju prihodne i rashodne strane budžeta, u zavisnosti od promena ekonomskog i socijalnog stanja u državi. Kako su najvažniji deo budžeta RF prihodi vezani za vađenje i preradu fosilnih sirovina, pre svega nafte i gasa (koji čine više od polovine prihoda budžeta), budžetsko pravilo je uvedeno radi ublažavanja

fluktuacija cena nafte i gasa na svetskom tržištu. U skladu sa fiskalnim pravilom MMF-a o graničnoj ceni nafte, koja je fiksirana na određeni nivo iznad koga prihodi od vađenja i izvoza nafte i gasa odlaze u posebno stvorene fondove i ne učestvuju u formiranju rashodne strane budžeta, budžetsko pravilo u RF je počelo da se primenjuje od 2004. godine, kada je granična cena bila 20 dolara po barelu, napušteno je 2015. godine i ponovo vraćeno u primenu od 1. 1. 2018. godine, sa određenim izmenama u kupovini valuta na slobodnom tržištu Moskovske berze u odnosu na prvobitne kupovine po kursu u okviru Banke Rusije.⁴

Primena budžetskog pravila, predviđenog u Budžetskom kodeksu, s jedne strane, onemogućava da se sredstva iz Rezervnog fonda koriste za ekonomske projekte i povećanje blagostanja države, a s druge strane se gomilaju zlatne i devizne rezerve o kojima ne odlučuje i njima ne upravlja Vlada RF. Stoga je u toku procedura izmene Budžetskog kodeksa po predlogu: O izmenama i dopunama Budžetskog zakonika Ruske Federacije u pogledu podrške trezoru, obezbeđenja trezora za obaveze i praćenja budžeta pred Državnom dumom Savezne skupštine Ruske Federacije (Zakonoprojekt № 1100181-7).

Članom 4 Saveznog zakona „O Centralnoj banci RF (Banci Rusije)“ određene su njene funkcije, koje ona sprovodi u saradnji sa Vladom RF. Moguće je klasifikovati ih kao: emisionu funkciju i upravljanje novčanim tokovima, funkciju sprovođenja jedinstvene državne monetarno-kreditne politike, politike razvoja i obezbeđivanja stabilnosti funkcionisanja finansijskog tržišta Ruske Federacije, funkciju „bankara države“ koju ostvaruje obavljanjem poslova u vezi sa budžetskim finansiranjem, nadzornu funkciju u oblasti finansijskog sistema i funkciju upravljanja zlatnim i deviznim rezervama. Shodno zakonskim ovlašćenjima, Banka Rusije ovlašćena je da učestvuje u postupcima sklapanja poravnanja sa međunarodnim organizacijama, stranim državama, kao i sa pravnim i fizičkim licima. Ona se javlja kao depozitar sredstava Međunarodnog monetarnog fonda u valuti RF, obavlja operacije i transakcije predviđene članovima Sporazuma i ugovorima sa MMF-om. Brojne su i funkcije vezane za računovodstvene standarde i kontni plan kreditnih i nekreditnih organizacija kao i same Banke Rusije. Interesantno je napomenuti da Banka Rusije uzima učešće u izradi prognoze, organizovanju i sastavljanju platnog bilansa RF i zadužena je za odgovarajuće poslove u vezi sa sastavljanjem finansijskog izveštaja RF, praćenje međunarodne investicione pozicije RF, spoljne trgovine uslugama, spoljnog duga, međunarodnih rezervi zemlje, direktnih ulaganja u RF i RF u inostranstvu. Banka Rusije ima značajna samostalna ovlašćenja u oblasti organizovanja i primene statističke metodologije, prikupljanja, obrade i pružanja korisnicima odgovarajućih materijala i podataka o stanju privrede.

Analizirajući zakonom dodeljene funkcije Banci Rusije moguće je uočiti da ona raspolaže značajnim polugama ekonomske moći, pre svega kroz emisiju novca, regulisanje razvoja i funkcionisanja finansijskog tržišta, usmeravanje tržišnih kretanja u zemlji, uspostavljanje pravila za ostvarivanje budžeta Ruske Federacije, upravljanje zlatnim i deviznim rezervama Banke Rusije, utvrđivanje postupka sklapanja poravnanja sa

⁴ Kada je cena nafte viša od granične cene, kupuje se valuta i prodaje kada je manja od granične cene na slobodnom tržištu. Granična cena u 2018. godini iznosila je 40 dolara po barelu, svake godine se povećava za 2% i za 2020. godinu je određena na 42,4 dolara po barelu. Granična cena se određuje na osnovu cene sirove nafte Urals uz diskont u odnosu na cenu nafte Brent.

međunarodnim organizacijama i stranim državama, organizovanje finansijskog izveštavanja, platnog bilansa, međunarodne investicione pozicije, statistike spoljne trgovine, spoljnog duga, međunarodnih rezervi RF, praćenje direktnih ulaganja i samostalno formiranje i odobravanje statističke metodologije.

5. Zaključak

Zbog moći koju novac u monetarnom sistemu ima u ljudskim životima veoma je važno ko odlučuje o novcu u jednoj državi. Savremeni svet karakteriše postojanje centralnih banaka. To nisu samo institucije koje emituju novac već i institucije koje neposredno kontrolišu finansijski sektor, a posredno i sektor realne ekonomije, usmeravajući i podstičući razvoj nacionalne ekonomije.

Pitanje pravnog položaja centralne banke u jednoj državi ima praktično značenje, od čijeg rešavanja zavisi efikasnost ne samo monetarnog sistema već i ostalih segmenata društva. Dobro izbalansiran odnos moći, uticaja i kontrole između tri osnovne funkcije državne vlasti – zakonodavne, izvršne i sudske – sa monetarnom koja se kao četvrta postavlja iznad i nezavisno od ostale tri, direktno utiče na efikasnost u funkcionisanju državnih institucija i razvoj ekonomije i društva u celini.

Banka Rusije ima značajnu ulogu u sprovođenju funkcija RF i nedovoljno precizno određen status u odnosu na druga pravna lica. U pitanju je pravni entitet koji, nezavisno od drugih organa državne vlasti, postupa kao organ državnog upravljanja na osnovu ovlašćenja svojstvenih isključivo državnim organima. Njena organizaciono-pravna forma nije u zakonodavstvu RF direktno opredeljena, što izaziva mnogobrojne sporove, posebno u vezi sa njenim (ne)potčinjavanjem državnim vlastima i njenom ulogom u ostvarivanju punog ekonomskog suvereniteta RF i obezbeđivanju uslova za samostalan razvoj zemlje i povećanje blagostanja stanovništva.

Pravne praznine u regulisanju pravnog položaja Banke Rusije izazivaju brojne kritike koje su sve izraženije u osudi mera koje ona preduzima ne obazirući se na posledice po državu i stanovništvo. Analiza različitih stavova naučne i stručne javnosti o pravnom položaju Banke Rusije ukazuje na to da u osnovi postoje tri grupe mišljenja: prvo, da je Banka državna institucija jer je snabdevena ovlašćenjima koja su po svojoj suštini svojstvena isključivo državnim organima; drugo, da je reč o jedinstveno organizovanom preduzeću koje je, s jedne strane, organ državnog upravljanja sa specijalnim ovlašćenjima, a s druge, državno unitarno preduzeće koje je profitna organizacija; treće – Banka je neprofitna organizacija organizovana u formi državne korporacije, zbog činjenice da je osnovana od strane države na osnovu zakona, bez osnivača i bez statuta.

Križa koja je poslednjih godina sve izraženija na globalnom nivou nametnula je sve brojnija pitanja i sve oštrije kritike zbog rezultata monetarne politike koju Banka Rusije sprovodi ne mareći za pad proizvodnje i izvoza kapitala, degradaciju strukture ekonomije čime se ugrožava opstanak države. Nedovoljno precizno određen pravni položaj Banke Rusije dovodi do neusklađenosti mera i aktivnosti izvršne vlasti i Banke Rusije, dozvoljavajući joj da, mimo zahteva izvršnih poluga vlasti, primenom budžetskog

pravila, štiti stabilnost rublje u uslovima inflacije trošenjem deviznih rezervi i odlivom kapitala iako to dovodi do uništenja poljoprivrede i industrije i slabljenja konkurentnosti ruske ekonomije na svetskom tržištu. Institucija nezavisna od države i stanovništva, sa ovlašćenjima da upravlja monetarnim i finansijskim sistemom RF, ne koristi sredstva iz Rezervnog fonda za ekonomske projekte i povećanje blagostanja države, već za gomilanje zlatnih i deviznih rezervi koje se koriste za kupovinu stranih vrednosnih papira i odbranu kursa rublje što dovodi do osiromašenja države i stanovništva.

Pravna priroda položaja Banke Rusije je dualna: neprecizno je određen njen položaj među organima državne vlasti, a istovremeno postoje teškoće da se građanskopravni pojam pravnog lica primeni na Banku. Nepreciznost u određivanju njenog položaja omogućava joj komfornu poziciju u pravnom prometu u kombinaciji sa visokim stepenom nezavisnosti od organa državne vlasti. Značaj koji Banka Rusije ima za ekonomski život i blagostanje stanovništva RF, s druge strane, nameće potrebu preciznog određivanja njenog pravnog statusa u pravcu: a) određivanja posebnog statusa pravnog lica javnog prava u zakonu o centralnoj banci, kako bi se izrazila specifičnost javnih ovlašćenja koja vrši i b) uvođenja nove organizacione forme pravnog lica sa aspekta građanskog prava, koja bi omogućila da se uvažavaju sve specifičnosti i posebnost poslovne sposobnosti Banke.

Literatura

- Arzumanova, L.L. 2014. *Pravo denezhnogo obrashcheniya kak podotrasl' finansovogo prava Rossiyskoy Federatsii*. diss. Moskva: Mosk. gos. yurid. akad. im. O.Ye. Kutafina.
- Badiyev, A.F. 2004. Osobennosti pravovogo statusa Banka Rossii kak gosudarstvennogo uchrezhdeniya. Moskva: *Finansovoye pravo*.
- Baytin, M.I. & Petrov, D.Ye. 2003. Sistema prava: k prodolzheniyu diskussii. *Gosudarstvo i pravo*. Moskva. Nauka, 1, pp. 25–34.
- Bondar', N.S. 2011. *Sudebnyy konstitutsionalizm v Rossii v svete konstitutsionnogo pravosudiya*. Moskva: Norma.
- Bratko, A.G. 2001. *Tsentral'nyy bank v bankovskoy sisteme Rossii*. Moskva: Spark.
- Bulakov, O.N. 2014. Problemy prava: Status Tsentral'nogo banka RF. Probely v rossiyskom zakonodatel'stve. *Yur-VAK*, 3, pp. 12–16.
- Geyvandov, YA.A. 1997. *Tsentral'nyy bank Rossiyskoy Federatsii: yuridicheskiy status, organizatsiya, funktsii, polnomochiya*. Moskva: Izd-vo Mosk. nezavisimogo in-ta mezhdunar. prava.
- Geyvandov, YA.A. 2005. Yuridicheskaya otvetstvennost' kreditnykh organizatsiy za narusheniye federal'nogo bankovskogo zakonodatel'stva. *Gosudarstvo i pravo*, 9, p. 44-52.
- Glaz'yev, S.YU. 2011. O strategii modernizatsii i razvitiya ekonomiki Rossii v usloviyakh global'noy depressii. *Ekonomika regiona*, 26(2), pp. 14-24.
- Glaz'yev, S.YU. 2016. *Ekonomika budushchego. Yes' li u Rossii shans?* Moskva: Knizhnyy mir.

- Glushko, A.V. 2008. *Finansovo-pravovoy status tsentral'nykh bankov zarubezhnykh stran: sravnitel'no-pravovoy analiz*. avt. diss. Moskva: Moskovskaya gosudarstvennaya yuridicheskaya akademiya.
- Grigonis, E.P. 2002. *Teoriya gosudarstva i prava: Kurs lektsiy*. Piter. Sankt-Peterburg, Moskva, Harkov, Minsk. (Uchebnoye posobiye).
- Gurvich, E. & Sokolov I. 2016. Fiscal rules: Excessive limitation or indispensable instrument of fiscal sustainability?. *Voprosy Ekonomiki*, 4, pp. 5-29. doi: <http://dx.doi.org/10.32609/0042-8736-2016-4-5-29>, (12. 8. 2021).
- Katasonov, V.YU. 2014. *O protsente. Ssudnom, podsudnom, bezrassudnom. Denezhnaya tsivilizatsiya i sovremennyy krizis*. Moskva: Kislrod.
- Katasonov, V.YU. 2015. *Bitva za rubl'. Natsional'naya valyuta i suverenitet Rossii*. Moskva: Knizhnyy mir.
- Katasonov, V.YU. 2020. *Tsentrobanki na sluzhbe „khozyayev deneg“*. Moskva: Kislrod.
- Kovaleva, A.M. 2002. Nekotoryye osobennosti pravovogo polozheniya tsentral'nykh bankov v yevropeyskikh stranakh. *Pravo i demokratiya*: Sb. nauch. tr. Vyp. 13: Otv. red. Bibilo, V.N. BGU: Minsk. Dostupno na: <https://elib.bsu.by/handle/123456789/23259>.
- Krasikova, YU.V. 1999. *Konstitutsionnyy status Tsentral'nogo banka Rossiyskoy Federatsii: teoretikopravovyye aspekty*. Moskva: Izd-vo Smol. gumanitar. un-ta.
- Kudrin, A. & Sergienko O. 2011. Consequences of the crisis and prospects of Russia's social and economic development. *Voprosy Ekonomiki*, 3, pp. 4–19. Dostupno na: <https://EconPapers.repec.org/RePEc:nos:voprec:2011-03-1>, (12. 9. 2021).
- Kudrin, A. & Sokolov I. 2017. Fiscal maneuver and restructuring the Russian economy. *Voprosy Ekonomiki*, 9, pp. 5–27. Dostupno na: <http://dx.doi.org/10.1016/j.ruje.2017.09.001>, (11. 8. 2021).
- Kudrin, A. & Sokolov I. 2017. Fiscal rules as an instrument of balanced budget policy. *Voprosy Ekonomiki*, 11, pp. 5–32. Dostupno na: <https://doi.org/10.32609/0042-8736-2017-11-5-32>, (12. 8. 2021).
- Kudrin, A. 2006. The mechanisms of forming of Russia's non-oil-and-gas budget balance. *Voprosy Ekonomiki*, 8, pp. 4–16.
- Kudrin, A. 2011. The budget of modernization of Russia's economy. *Finansy*, 1, pp. 3–10.
- Kunev, S.V. 2016. K voprosu o konstitutsionno-pravovom statuse Tsentral'nogo Banka Rossiyskoy Federatsii. *Ogarev*, 73(8), p. 2. Dostupno na: <http://journal.mrsu.ru/wp-content/upload>.
- Levin, I.D. 2003. *Suverenitet*. Yuridicheskiy tsentr Press. Sankt-Peterburg.
- Lungu, Y.V. 2005. *Konstitutsionno-pravovoy status Tsentral'nogo banka Rosssiyskoy Federatsii*. avt. diss. Altayskiy gosudarstvennyy universitet. Barnaul.
- Makarova, YA. M. 2001. *Problemy pravovogo polozheniya Tsentral'nogo banka Rossiyskoy Federatsii kak yuridicheskogo litsa*. diss. Moskva: Moskovskaya gosudarstvennaya yuridicheskaya akademiya.
- Mamedli, M. 2015. The hypothesis of permanent income, myopia of consumption, and liquidity constraints in Russia. *Russian Journal of Economic Theory*, 4, pp. 49–57.
- Minin, V.S. 1999. K voprosu o pravovom statuse Tsentral'nogo banka Rossiyskoy Federatsii. Moskva: *Den'gi i kredit*, 11, pp. 25–27.

- Pastushenko, Ye.N. 2006. K voprosu o yuridicheskoy lichnosti Tsentral'nogo Banka RF. Chelyabinsk: *Vestnik YuurGU. Seriya: Pravo*, 5(60), pp. 295–303.
- Purić, S. & Rapajić, M. 2018. Odnos centralne banke i grana državne vlasti. *Glasnik prava*. Kragujevac, IX(1), pp. 39–65.
- Shtanko, A.A. 2016. Problema opredeleniya pravovogo statusa Tsentral'nogo banka Rossiyskoy Federatsii, *Historical and social-educational ideas*, 8(1-2), pp. 167–171. doi: <http://dx.doi.org/10.17748/2075-9908-2016-8-1/2-167-171>.
- Smith, V. 1936. *The rationale of central banking*. Westminster, England: P.S King & Son Ltd.
- Sokolova, E.D. 2016. *Finansy, finansovaya sistema i finansovaya deyatel'nost': teoretiko-pravovoy aspekt*. Ocherki finansovo-pravovoy nauki sovremennosti pod obshch. red. Voronovoy, L.K. & Khimichevoy, N.I. Moskva, Khar'kov: Pravo.
- Starikov, N. 2011. *Natsionalizatsiya rublya – Put' k svobode Rossii*. Sankt Peterburg: Piter.
- Stolyarenko, V.M. 1999. *Tsentral'nyy bank kak organ gosudarstvennoy vlasti (Na primere Velikobritanii, Ispanii, Rossiyskoy Federatsii, SSHA, Frantsii i FRG)*. diss. Mosk. gos. sots. un-t. Moskva.
- Tosunyan, G.A. & Vikulin, A.YU. 2000. *Den'gi i vlast'. Teoriya razdeleniya vlastey i sovremennost'*. Moskva: Delo.
- Tosunyan, G.A. & Vikulin, A.YU. 1998. K voprosu o statuse Banka Rossii. *Den'gi i kredit*, 9, pp. 9–11.
- Tosunyan, G.A. 1995. *Bankovskoye delo i bankovskoye zakonodatel'stvo v Rossiii: opyt, problemy i perspektivy*. Moskva: Delo.
- Yershova, I.V. 2001. Problemy pravovogo statusa gosudarstvennykh korporatsiy. *Gosudarstvo i pravo*, 6, pp. 35–36.
- Yeskina, L.B. 2011. Retsenziya: Konstitutsionnoye pravo Rossiyskoy Federatsii: Uchebnik pod obshch. red. N.V. Vitruka. 2010. Moskva: Norma: Infra-M. Moskva: *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo*, 7, pp. 71–77.
- Yur'yeva, N.P. 2009. *Natsional'niy ekonomicheskij suverenitet v usloviyah globalizatsii*. avt. diss. Mosk. gos. un-t im. M. V. Lomonosova. Moskva.

Internet izvori

- Ochakovskiy, V. A. & Klepikova, A. YU. 2013. K voprosu o pravovom statuse sluzhashchikh Tsentral'nogo Banka Rossiyskoy Federatsii, *Kuban: Nauchnyy zhurnal KubGAU*, 94(10). Dostupno na: www.ej.kubagro.ru, (6. 4. 2021).

Pravni izvori

- Byudzhethnyy kodeks Rossiyskoy Federatsii. Dostupno na: <https://minfin.gov.ru/ru/>, (2. 4. 2021).
- Federal'nyy zakon ot 10 iyulya 2002 goda № 86-FZ O Tsentral'nom banke Rossiyskoy Federatsii (Banke Rossii) s izmeneniyami 24.02.2021. Dostupno na: www.pravo.gov.ru, (2. 4. 2021).

- Federal'nyy zakon O vnesenii izmeneniy v glavu 4 chasti pervoy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii i o priznanii utrativshimi silu otde'nykh polozheniy zakonodatel'nykh aktov Rossiyskoy Federatsii, prinyat Gosudarstvennoy Dumoy 25 aprelya 2014 goda, odobren Sovetom Federatsii 29 aprelya 2014 goda (stat'ya v redaktsii Federal'nogo zakona ot 05.05.2014 № 99-FZ – 03.07.2016 g. N 236-FZ). Dostupno na: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&prevDoc=102033239&backlink=1&&nd=102349620>, (2. 4. 2021).
- Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii (chast' pervaya) ot 30 noyabrya 1994 N 51-FZ (red. ot 09.03.2021), prinyat Gosudarstvennoy Dumoy 21 oktyabrya 1994 goda. Dostupno na: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102033239>, (24. 4. 2021).
- Konstitutsiya Rossiyskoy Federatsii (prinyata vsenarodnym golosovaniyem 12. 12. 1993. s izmeneniyami, odobrennymi v khode obshcherossiyskogo golosovaniya 01. 07. 2020). Dostupno na: www.duma.gov.ru, (2. 4. 2021).
- Opredeleniye Konstitutsionnogo Suda RF ot 14 dekabrya 2000 g. № 268-O Po zaprosu Verkhovnogo Suda RF o proverke konstitutsionnosti ch. 3 st. 75 Federal'nogo zakona O Tsentral'nom banke Rossiyskoy Federatsii (Banke Rossii). VKS RF. 2001. № 2. [Определение Конституционного Суда РФ от 14 декабря 2000 г. № 268-О По запросу Верховного Суда РФ о проверке конституционности ч. 3 ст. 75 Федерального закона О Центральном банке Российской Федерации (Банке России). ВКС РФ. 2001. № 2]. Dostupno na: <https://legalacts.ru/doc/opredelenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-14122000-n-268-o-po/>, (28. 6. 2021).
- Postanovleniye Konstitutsionnogo Suda RF ot 03.07.2001 N 10-P Po delu o proverke konstitutsionnosti otde'nykh polozheniy podpunkta 3 punkta 2 stat'i 13 Federal'nogo zakona „O restrukturizatsii kreditnykh organizatsiy“ i punktov 1 i 2 stat'i 26 Federal'nogo zakona „O nesostoyatel'nosti (bankrotstve) kreditnykh organizatsiy“ v svyazi s zhalobami ryada grazhdan“. [Постановление Конституционного Суда РФ от 03.07.2001 N 10-П „По делу о проверке конституционности отдельных положений подпункта 3 пункта 2 статьи 13 Федерального закона „О реструктуризации кредитных организаций“ и пунктов 1 и 2 статьи 26 Федерального закона „О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций“ в связи с жалобами ряда граждан“]. Dostupno na: <https://legalacts.ru/doc/postanovlenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-03072001-n/>, (28. 6. 2021).
- Postanovleniye Prezidiuma VS RSFSR ot 16.08.1990 N 146-1 O merakh po vypolneniyu postavnovleniya Verkhovnogo Soveta RSFSR ot 13 iyulya 1990 goda „O Gosudarstvennom banke RSFSR i bankakh na territorii respubliki“. Dostupno na: <https://lawnotes.ru/vs-rf/postanovlenie-prezidiuma-vs-rsfsr-ot-16.08.1990-n-146-1>, (6. 4. 2021).
- Postanovleniye Prezidiuma VS RSFSR ot 10.11.1992 N 3860-I Ustav Tsentral'nogo banka RSFSR (Banka Rossii). Dostupno na: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&prevDoc=102019512&backlink=1&&nd=102011840>, (6. 4. 2021).
- Zakonoprojekt № 1100181-7: O vnesenii izmeneniy v Byudzhetnyy kodeks Rossiyskoy Federatsii v chasti kaznacheyskogo soprovozhdeniya, kaznacheyskogo obespecheniya obyazatel'stv i byudzhetnogo monitoringa u proceduri, Dostupno na: <https://sozd.duma.gov.ru>, (2. 4. 2021).

Milan M. Rapajić, PhD

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Kragujevac, Serbia

e-mail: *mrpapajic@jura.kg.ac.rs*

Nebojša M. Petković, MA Econ

Court expert in the field of Economics and Finances

PhD Candidate, Faculty of Law, University of Kragujevac, Serbia

e-mail: *nesapet@mail.ru*

**THE LEGAL STATUS AND THE ROLE OF THE BANK OF RUSSIA IN
PROVIDING ECONOMIC SOVEREIGNTY
OF THE RUSSIAN FEDERATION**

Summary

The Bank of Russia is the legal entity which, apart of the other organs of state authorities, acts as the organ of state governing with remarkable role in exhibiting the functions of Russian state and insufficiently precisely determined status in accordance to the state authorities and law entities. In this work the investigation is directed to the relationship between the legal position of the Bank of Russia and its role in providing the economic sovereignty of the Russian Federation.

The aim of the work is to explore the legal position of main bank in monetary system and its role in providing the economic sovereignty of the Russian Federation on the basis of systematization and reliable literature source norm analysis, applying the comparative-law method, as well as the method of legal exegesis and content analysis. The results of survey imply to the presence of different attitudes to the legal position of the Bank of Russia.

Insufficiently determined legal position of the Bank of Russia brings to disbalance of measures and activities of executive authorities and the Bank of Russia, which has a negative influence on providing the full economic sovereignty, self-development of the country and greater social benefits, in spite of the fact that the Bank of Russia is mostly independent from the state authorities having a comfortable position in civil transit affairs.

Keywords: legal position of the Bank of Russia, independence of Central Bank, goals and functions, economic sovereignty of the Russian Federation.

Primljeno: 1. 5. 2021.
Izmenjeno: 11. 10. 2021.
Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

OGRANIČENJA PRAVA NA UVID U SPIS PREDMETA U BOSNI I HERCEGOVINI U SVJETLU JURISPRUDENCIJE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sažetak

Cilj rada je da se procjeni usklađenost odredaba krivičnog procesnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine kojima se ograničava pravo na uvid u spis predmeta sa standardima razvijenim u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Radna hipoteza jeste da pravo tužioca da jednostrano ograniči pravo odbrane na uvid u spis predmeta tokom istrage i da jednostrano odluči koje dokaze će koristiti kao osnovu za optužnicu ne zadovoljava zahtjeve koji proizlaze iz prava na pravično suđenje. Polazna tačka ovog rada je analiza prakse Evropskog suda za ljudska prava. Nakon toga, razmatraju se odredbe krivičnog procesnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine koje za predmet imaju ograničenje prava na uvid u spis predmeta. U radu se primjenjuje formalni dogmatski metod u analiziranju predmeta. Zaključak rada je da pravo Bosne i Hercegovine, kada je riječ o ograničenjima prava na uvid u spis predmeta, nije u skladu sa standardima Evropskog suda za ljudska prava. Stoga postoji potreba za izmjenama važećih zakona o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini u cilju njihovog usklađivanja sa odgovarajućom jurisprudencijom Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne riječi: *krivični postupak, pravo na uvid u spis predmeta, Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropski sud za ljudska prava, princip jednakosti procesnog oružja.*

1. Uvod

Jedno od najvećih dostignuća krivičnog procesnog prava sastoji se u tome što je lice protiv kojeg se vodi krivični postupak steklo svojstvo subjekta i stranke krivičnog postupka (Weigend, 2013, p. 269). Međutim, da bi osumnjičeni, odnosno optuženi u krivičnom postupku mogao steći i imati svojstvo stranke i krivičnoprocesnog subjekta u punom i pravom smislu riječi, on mora imati na raspolaganju odgovarajuće stvarne i pravne mogućnosti kako bi ostvario i zaštitio svoja prava i interese (Sijerčić-Čolić, 2012, p. 206). Kada je riječ o zemljama članicama Vijeća Evrope (Council of Europe – dalje: CoE), treba

* Master prava, nezavisni istraživač, Tuzla, Bosna i Hercegovina,
e-mail: hadziavdicfaruk@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7567-5588>

naglasiti da je za unapređenje procesnopravnog položaja lica protiv kojeg se vodi krivični postupak od neprocjenjive važnosti doprinos sistema zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda koji pruža Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) primjenjujući (Evropsku) Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: EKLJP). Odredbama EKLJP-a propisano je da prilikom utvrđivanja osnovanosti krivične optužbe za krivično ili drugo kažnjivo djelo (čl. 6, st. 1 EKLJP), svako lice koje je pod optužbom ima pravo da mu se osiguraju vrijeme i mogućnosti neophodni za pripremanje njegove odbrane (čl. 6, st. 3, tač. b EKLJP) što je od presudne važnosti za udovoljavanje zahtjevima koji proizlaze iz jednakosti procesnog oružja kao bitnog sastojka prava na pravično suđenje (Sidhu, 2017, pp. 165–193).

Iz principa jednakosti oružja proizlazi zahtjev da se odbrani, radi zadovoljavanja njenih vlastitih spoznajnih potreba, dozvoli mogućnost sprovođenja vlastite istrage u smislu preduzimanja pojedinih radnji dokazivanja u cilju da u krajnjem slučaju omogući podupiranje vlastitih navoda ili pobijanja navoda optužbe (Trechsel, 2005, p. 227).¹ Ipak, iako je ESLJP već odavno zauzeo sada opšteprihvaćen stav prema kojem u krivičnom postupku mora postojati jednakost oružja između optužbe i odbrane, za sada nije odlučio otići korak dalje u smislu obavezivanja nacionalnih zakonodavstava da u domaće pravo ugrade stranačku istragu na koji način bi se nesumnjivo osnažio procesnopravni položaj odbrane (Jackson & Summers, 2012, p. 311). Stoga, ako odbrani kao jednoj od suprotstavljenih strana nije priznato pravo na sprovođenje vlastite istrage, postavlja se pitanje šta se u takvom uređenju krivičnog postupka može uraditi kako bi se ublažila njena očigledna neravnopravnost sa drugom procesnom stranom – optužbom. Imajući u vidu da je u velikom broju savremenih krivičnoprocesnih zakonodavstava državni ili javni tužilac nadležan za sprovođenje istrage, te da njemu u krivičnom postupku, a naročito u istrazi, na raspolaganju stoje znatno veći materijalni resursi i kadrovski potencijali u odnosu na odbranu, proizlazi da će se tužilac nalaziti u nesumnjivoj prednosti u odnosu na lice protiv kojeg se vodi krivični postupak.

Mogućnost lica prema kome se vodi krivični postupak da pripremi odbranu zavisi od njegovog pristupa informacijama i dokazima pribavljenim tokom istrage od strane organa krivičnog postupka. Osumnjičeni može biti lišen prava na uvid u spis

¹ Poslednjih nekoliko decenija u uporednom krivičnoprocesnom pravu prisutna je tendencija koja se naziva „adversalizacija“, „anglifikacija“, „amerikanizacija“ ili „akuzatorizacija“ krivičnog postupka, a sastoji se u preuzimanju procesnih ustanova, poput istrage koju sprovodi tužilac ili policija umjesto istražnog sudije, zatim pravila o izuzimanju nezakonitih dokaza (*exclusionary rules*), unakrsnog ispitivanja svjedoka i vještaka, inače svojstvenih angloameričkim (tzv. *common law*) jurisdikcijama, u krivičnim postupcima zemalja koje tradicionalno pripadaju evropsko-kontinentalnom (tzv. *civil law*) pravnom krugu (Grande, 2016, pp. 585–618). Između ostalog, adversalizacija krivičnog postupka odražava se kroz davanje veće uloge strankama krivičnog postupka, s jedne strane, dok, nasuprot tome, dolazi do pasivizacije suda, tako da se teret za utvrđivanje činjenica i izvođenje dokaza prenosi na stranke, dok se sud pretvara u svojevrstan nezavisnog i nepristrasnog arbitra „dvoboja“ koji se pred njim odvija između optužbe i odbrane (Škulić, 2013, pp. 71–78). Slijedom toga, kada se na stranke prenese veća odgovornost za utvrđivanje činjenica i izvođenje dokaza, princip jednakosti oružja u tom slučaju dodatno dobija na svom značaju. U tom smislu upečatljiv je primer zakonodavstva Republike Italije u kome je dosledno prihvaćena adversarna (stranačka) koncepcija krivičnog postupka: tužilac je nadležan za sprovođenje istrage, ali je, s druge strane, odbrani izričito priznato pravo da sprovodi vlastitu istragu, što je detaljno uređeno i razrađeno brojnim procesnim odredbama (Marafioti, 2008, pp. 82–83).

predmeta tokom istrage u većoj ili manjoj mjeri, što je sasvim opravdano ako se uzmu u obzir njeni ciljevi i smisao, ali se, u odnosu na pristup dokazima, nalazi u povoljnijem položaju nakon završetka istrage. Stoga iz aspekta ostvarivanja prava na odbranu i prava na pravično suđenje veliki značaj ima priprema (prethodno ili pretpretresno) ročište kao procesna ustanova koja izvorno potiče iz angloameričkog krivičnog postupka, a prihvaćena je u kontinentalnim postupcima i ima za cilj da doprinese ostvarivanju kako principa jednakosti oružja, tako i principa kontradiktornosti (Kolaković-Bojović, 2016, p. 261). Značaj ročišta jeste što se na njemu osumnjičeni upoznaje sa dokazima na kojima se zasniva optužnica i koji će biti upotrijebljeni u kasnijim fazama krivičnog postupka ako do njih dođe.² Time se okrivljenom omogućava da radi na pripremanju svoje odbrane i da tako ostvaruje svoja procesna prava – prije svega pravo na odbranu, a istovremeno se izbjegava da tužilac prikrivanjem dokaza i njihovim izvođenjem na glavnom pretresu „iznenadi“ svog procesnog protivnika i da osujeti prava suprotne strane na odgovarajuće vrijeme i mogućnosti za pripremanje odbrane.³

Od svih mogućnosti koje lice protiv kojeg se vodi krivični postupak mora imati na raspolaganju radi pripremanja svoje odbrane, najistaknutije mjesto u praksi ESLJP-a zauzima pravo na uvid u spis predmeta, što je bitan sastojak prava izvedenih iz čl. 6, st. 3, tač. b EKLJP-a (Trechsel, 2005, p. 222). Bez pristupa dokazima optuženi se lišava mogućnosti za pripremanje svoje odbrane, što za posljedicu ima neostvarivanje principa jednakosti oružja, a slijedom toga postupak neće zadovoljiti zahtjev pravičnog postupka (Fedorova, 2017, p. 225). Ako odbrana nema mogućnost da sprovede vlastita istraživanja niti se može osloniti na to da će takva isleđivanja na koje ona ukazuje preduzeti organi krivičnog postupka, jedini način da se udovolji zahtjevima da odbrana ostvari pravo pristupa svim dokazima (u sklopu prava na pravično suđenje) jeste da joj se omogući da se obrati sudu sa zahtjevom da organu krivičnog postupka naredi sprovođenje istraživanja ili da naredi da se odbrani omogući ostvarivanje prava na uvid u spis predmeta (Jackson & Summers, 2012, p. 312).

² Ročište se održava u tzv. međupostupku koji slijedi nakon završetka istrage, a prije otvaranja glavnog pretresa (postupak optuživanja). *Ratio legis* ročišta se izvodi iz adversijalne konstrukcije glavnog pretresa i ima za cilj, s jedne strane, pružiti mogućnost strankama da se u procesno-stadijumskom smislu izjasne u pogledu svojih „dokaznih inicijativa“ u odnosu na budući glavni pretres, kako bi slijedom toga sud pred kojim će se glavni pretres odvijati mogao planirati vrijeme održavanja, trajanje i tok glavnog pretresa, dok, s druge strane, održavanje ovog ročišta uz obostrano obavještanje suprotnih stranaka o dokazima koje namjeravaju izvesti ima za posljedicu „otvaranje karata“, tako da i optužba i odbrana mogu planirati vlastite dokazne aktivnosti na glavnom pretresu (Škulić, 2016, p. 361).

³ Istovremeno je omogućeno rasterećenje krivičnog predmeta i sistematičnije, ekonomičnije i efikasnije odvijanje glavnog pretresa (suđenja) jer se na ročištu, uz učestvovanje optužbe i odbrane, vrši koncentracija dokaznog materijala koji će biti izveden na pretresu i odstranjuje se iz daljeg toka postupka ono što je za krivični predmet nebitno, nepotrebno i nesporno, te je zato u nekim zakonodavstvima ovo ročište „granica“ nakon koje dalje predlaganje dokaza nije moguće, što na izvestan način doprinosi i procesnoj disciplini stranaka (Krstić, 2015, p. 159) i sprečavanju procesnih zloupotreba od strane osumnjičenog. Primjera radi, u predmetu *Punzelt v. the Czech Republic* (2000, §§ 94–99) ESLJP je utvrdio da je podnosilac predstave doprinio trajanju postupka učestalim stavljanjem dokaznih prijedloga u periodu od podizanja optužnice do suđenja, uprkos tome što se prije završetka istrage izjasnio da ih neće podnositi. Rasterećenje se postiže time što osumnjičeni na ročištu može izneti dokaze kojima pobija navode optužbe prije suđenja: ako u tome uspije, može izbjeći suđenje i dalje vođenje krivičnog postupka koje može imati krajnje štetne posljedice na njegov materijalni status, ali i privatni život i poslovni ugled (Grande, 2000, p. 242).

Stoga je pravo na uvid u spis predmeta prema stanovištu ESLJP-a bitan sastojak principa jednakosti oružja između stranaka (*Rowe and Davis v. the United Kingdom*, § 60). Iz prava na pravično suđenje u smislu čl. 6, st. 1 EKLJP-a proizlazi dužnost organa krivičnog gonjenja da odbrani omogućuje uvid u sve materijalne dokaze koji su u njihovom posjedu, pod čime se podrazumijevaju kako dokazi koji idu u korist odbrane, tako i dokazi koji idu na njenu štetu (*Rowe and Davis v. the United Kingdom*, §§ 60–61). Stoga je dužnost tužioca i drugih organa krivičnog postupka da omogućuje osumnjičenom, odnosno optuženom pravo pristupa dokazima pribavljenim za vrijeme trajanja istrage od presudne važnosti za ostvarivanje principa jednakosti oružja (Zappala, 2004, pp. 622–623).⁴ U cilju postizanja jednakosti oružja, pravo na uvid u spis predmeta je zasigurno najvažniji, a možda i jedini instrument koji stoji na raspolaganju odbrani kao protuteža daleko većim resursima optužbe (Ambos, 2009, p. 566). Pojedini pravni pisci idu i dalje u tom smislu navodeći pritom da je jednakost oružja nedostižan ideal u savremenim krivičnim postupcima jer odbrana nema ravnopravan položaj sa tužiocem kada je riječ o preduzimanju radnji i mjera kojima se pribavljaju dokazi za vrijeme trajanja istrage, pa je iz tog razloga neophodno da tužilac i drugi organi krivičnog postupka pruže odbrani mogućnost da izvrši uvid u dokaze pribavljene njihovom istražnom djelatnošću (Brants & Franken, 2009, p. 36).

Uprkos značaju prava na uvid u spis predmeta koji se potencira u jurisprudenciji ESLJP-a i činjenici da je Bosna i Hercegovina članica CoE, te bi domaći zakonodavac morao voditi računa o standardima izvedenim iz jurisprudencije ESLJP-a, treba naglasiti da se u delu naučne javnosti (Pilić & Rajić, 2021, pp. 175–177) ističe da pravo odbrane na uvid u spis predmeta tokom istrage nije uređeno u skladu sa principom jednakosti oružja. Na to da nije adekvatno uređeno pravo osumnjičenog i njegovog branioca da razmatraju spise i razgledaju pribavljene predmete *in favorem defensionis* ukazuju razlozi uslijed kojih se ovo pravo može u cijelosti ili djelimično uskratiti tokom istrage, ali i način na koji je uređen postupak u kojem organi krivičnog postupka odlučuju o tome da li će odbranu lišiti prava da razmatra spise i razgleda pribavljene predmete, jer tužilac ima široka ovlaštenja da ograniči korišćenje spomenutog prava (Dodik, 2012, pp. 30–32; Nožica, 2012, pp. 241–242; Šljivar, 2014, p. 256). S druge strane, Sijerčić-Čolić *et al.* (2005, pp. 610–611), govoreći o zakonskom uređenju prava na uvid u spis predmeta u stadijima krivičnog postupka koji slijede nakon istrage, stavljaju naglasak samo na činjenicu da zakonodavac

⁴ I pored prihvatanja adversijalnog modela krivičnog postupka, u pojedinim zemljama evropsko-kontinentalne pravne tradicije zadržana su procesna rješenja prema kojima tužilac pored funkcije krivičnog gonjenja ima i istražnu funkciju te je dužan nepristrasno težiti ka utvrđivanju objektivnog činjeničnog stanja i utvrđivati kako činjenice koje terete osumnjičenog, tako i one koje mu idu u korist, a istovremeno mora omogućiti tom licu da se upozna sa navedenim činjenicama, što za posljedicu ima da je cilj krivičnog postupka objektivna, a ne interpretativna istina (Grande, 2016, p. 595). S druge strane, u stranačkim oblikovanim krivičnim postupcima, teret dokazivanja je na strankama, sud je pasiviziran, pa je njegova uloga da samo ocijeni koja je od stranaka bila uspješnija u njihovom međusobnom dvoboju, tako da istina do koje se dolazi ne odražava stvarno stanje, već viđenje jedne, tj. uspješnije stranke o određenom događaju iz prošlosti, što ima za posljedicu devalvaciju principa materijalne istine u krivičnom postupku (Kolaković-Bojović, 2016, pp. 159–163; Škulić, 2013, pp. 75–78). Shodno tome, dok u postupcima evropsko-kontinentalnog tipa obrana saznaje za rezultate isleđivanja i istrage i dokaze uvidom u spis predmeta, dotle se u postupcima angloameričkog tipa ovo pravo ostvaruje kroz procesnu ustanovu koja se naziva objelodanjivanje ili otkrivanje (engl. *discovery* ili *disclosure*) koje se po nekim svojim svojstvima ipak razlikuje od metode uvida odbrane u cijeli spis predmeta (Pajčić, 2010, pp. 26–27).

ne dozvoljava ograničenja prava na uvid u spis predmeta nakon podizanja optužnice, ali se pritom u teoriji istovremeno zanemaruje da tužilac nije dužan upoznati sud i odbranu sa svim dokazima prikupljenim tokom istrage kako njegovom, tako i istražnom djelatnošću ovlaštenih službenih lica (policijskih organa), što predstavlja ozbiljan propust posmatrano iz ugla prava na pravično suđenje. Iz tog razloga, nameće se potreba upoređenja zakonskih rešenja na nivou Bosne i Hercegovine sa praksom ESLJP-a.

2. Ograničenja prava na uvid u spis predmeta u praksi ESLJP-a

Pravo na uvid u spis predmeta prema svojoj prirodi, kao i ostala prava izvedena iz prava na pravično suđenje, nije apsolutno pravo, tj. ono može biti podvrgnuto ograničenjima u skladu sa odgovarajućim odredbama nacionalnih zakonodavstava. Ograničenje prava na uvid u spis predmeta može biti opravdano uslijed različitih suprotstavljenih interesa, kao što su nacionalna sigurnost ili potreba za zaštitom svjedoka kojima prijeti opasnost ili potreba za osiguranjem tajnosti policijskih metoda istraživanja krivičnih djela kao interesa koji mogu postojati u svakom krivičnom postupku, pri čemu se ovi interesi moraju odvagati u odnosu na prava lica protiv kojeg se vodi krivični postupak (*Doorson v. the Netherlands*, § 70). Takođe, odbrani se može uskratiti pravo uvida u spis predmeta ako je to potrebno radi zaštite osnovnih prava drugih lica ili zaštite važnog javnog interesa (*Matanović v. Croatia*, § 152). Međutim, ograničenja prava odbrane dolaze u obzir isključivo pod uslovom da su zaista neophodna (*Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 58). Osim toga, kako bi se osiguralo da optuženo lice ima pravično suđenje, sve poteškoće s kojima se odbrana suoči zbog ograničenja svojih prava moraju imati dovoljnu protutežu u postupcima koje provode organi sudske vlasti (*Natunen v. Finland*, § 40; *Leas v. Estonia*, § 78). Slijedom navedenog, iako pravo na uvid u spis predmeta može biti ograničeno, svako ograničenje nije istovremeno u skladu sa shvatanjima ESLJP-a. Međutim, treba uzeti u obzir da u nadležnost ESLJP-a ne ulazi odlučivanje o tome da li je ograničenje prava na uvid u spis predmeta bilo strogo potrebno, već je na domaćim sudovima teret da odgovore na ovo pitanje (*Jasper v. the United Kingdom* [GC], § 53; *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, § 62; *Fitt v. the United Kingdom* [GC], § 46; *Atlan v. the United Kingdom*, § 41; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, § 69; *Dowsett v. the United Kingdom*, § 43; *Edwards and Lewis v. the United Kingdom* [GC], § 46). S druge strane, u slučaju uskraćivanja prava na uvid u spis predmeta, uloga ESLJP-a sastoji se u utvrđivanju da li je odluka o ograničenju prava na uvid u spis predmeta donesena u pravičnom postupku koji udovoljava zahtjevu jednakosti oružja i principu kontradiktornosti, koji pored navedenog mora pružati odgovarajuću zaštitu interesa odbrane, kako proizlazi iz citiranih paragrafa nabrojanih sudskih odluka.

Prema tome, iz prethodno navedenih stanovišta ESLJP-a mogu se izvesti sljedeći zaključci: 1) odlučivanje o uskraćivanju prava na uvid u spis predmeta mora u krajnjem slučaju biti u nadležnosti organa sudske vlasti, a ne organa krivičnog gonjenja, kako bi se osiguralo da se pravilno utvrdi da li zaštititi javnog ili drugog interesa treba dati prednost u određenom krivičnom postupku u odnosu na pravo odbrane da ostvari uvid u spis predmeta i pojedine ili sve dokaze u njemu sadržane (Jackson & Summers, 2012, p. 317) jer je teško

očekivati da će tužilac i policija, koji kao državni organi vrše funkciju krivičnog gonjenja i/ili funkciju istraživanja krivičnih djela, postupati objektivno i nepristrasno odlučivati o uskraćivanju odbrani prava na uvid u spis predmeta, čak i kada postupaju *bona fides*, te je zato najprimjerenije sudu ili drugom nezavisnom i nepristrasnom organu povjeriti nadležnost da odluči o tome da li ima osnova za uskraćivanje prava na uvid u spis predmeta (Trechsel, 2005, pp. 226–227); 2) postupak u kojem organi krivičnog postupka uskraćuju pravo na uvid u spis predmeta mora biti u skladu sa principom jednakosti oružja, ali i sa principom kontradiktornosti, pri čemu treba naglasiti da postoji uska povezanost između ta dva principa (Schabas, 2015, p. 288). U odnosu na princip kontradiktornosti, princip jednakosti oružja ima širi obim a uži sadržaj – podrazumijeva pravo stranke da prilikom preduzimanja bilo koje radnje u postupku ili fazi postupka iznese svoje shvatanje i dokaze pod uslovima koji je ne dovode u značajno nepovoljniji položaj u poređenju sa suprotnom strankom, dok se princip kontradiktornosti tiče određenih procesnih radnji o kojima osumnjičeni, odnosno optuženi mora biti obaviješten na propisani način kako bi imao mogućnost da im se suprotstavi vlastitim protuargumentima (Krapac, 2015, p. 170). Stoga, u slučaju uskraćivanja prava na uvid u spis predmeta, princip jednakosti oružja zahtijeva⁵ da odbrana ima priliku da bude uključena u postupak koji može imati za posljedicu ograničenje spomenutog prava i da može iznijeti vlastito shvatanje u tom pogledu, dok princip kontradiktornosti nalaže da odbrana, pored toga što mora biti upoznata s činjenicom da može biti lišena prava na uvid u spis predmeta, mora imati priliku da posredstvom efikasnog procesnog mehanizma osporava takvo postupanje organa krivičnog postupka. Primere pronalazimo u sledećim presudama ESLJP-a.

2.1. *Natunen protiv Finske*

Pozivajući se na povredu prava na pravično suđenje iz čl. 6, st. 1 i 3(b) EKLJP-a, podnosilac predstavke je tvrdio da je protiv njega sproveden nepravičan krivični postupak iz razloga što je policija bila ovlašćena po svojoj slobodnoj ocjeni odrediti koji će snimci biti uključeni u spis predmeta i tako biti učinjeni dostupnim tužiocu, odbrani, kao i sudovima. Imajući u vidu da je većina snimaka telefonskih razgovara bila uništena, sudovi nisu bili u mogućnosti u potpunosti procijeniti navode podnosioca predstavke u pogledu snimaka koji bi ukazivali na pravu prirodu njegovih radnji (*Natunen v. Finland*, § 28). Razmatrajući navode podnosioca predstavke, ESLJP je utvrdio da, *iako je tada važeće zakonodavstvo zaista obavezivalo policiju i tužioca da prilikom postupanja u krivičnom postupku uzmu u obzir*

⁵ Kako se princip jednakosti oružja odnosi na obje stranke, mogao bi se izvesti zaključak da je i odbrana obavezna tužioca upoznati sa dokazima koji su u njenom posjedu. On ima teorijski, ali ne i praktični značaj: u svjetlu odredaba EKLJP-a, tužilac ne može biti adresant principa jednakosti oružja jer bi to impliciralo da on ima svojstvo žrtve povrede nekog od prava propisanih ovim međunarodnim instrumentom, što ne može biti slučaj jer tužilac, kao organ državne vlasti, personificira državu u krivičnom postupku, koja, kao što je poznato, ne može steći svojstvo žrtve u smislu EKLJP-a kada nastupa kao vlast prema drugim fizičkim i pravnim licima koja su pod njenom jurisdikcijom (Sidhu, 2017, pp. 111–113). Osim toga, imajući u vidu da osumnjičeni, odnosno optuženi uživa privilegij zabrane samooptuživanja tokom trajanja krivičnog postupka, njegova obaveza da objelodani dokaze sa kojima raspolaže može se odnositi isključivo na dokaze koji njemu idu u prilog (Kolaković-Bojović, 2016, p. 261), inače bi dužnost da organe krivičnog postupka upozna sa dokazima koji ga terete bila u direktnoj suprotnosti sa pretpostavkom nevinosti koja ga štiti tokom postupka.

kako činjenice koje idu u korist osumnjičenog, tako i one činjenice koje idu na njegovu štetu, postupak u kojem organi nadležni za sprovođenje istrage, čak i uz učestvovanje tužioca mogu procijeniti koji predmeti su relevantni u određenoj krivičnoj stvari za dalji tok postupka, ne može ispuniti zahtjeve izvedene iz čl. 6, st. 1 EKLJP-a (istakao autor). Osim toga, sa sigurnošću nije bilo moguće utvrditi u kojoj mjeri je tužilac bio uključen u donošenje odluke o tome da se unište snimci koji nisu bili uključeni u spis predmeta. Slijedom navedenog, uništenje određenih predmeta pribavljenih tajnim snimanjem telefonskih razgovora dovelo je do toga da odbrani bude onemogućeno potvrditi svoje navode u pogledu važnosti uništenih snimaka za odbranu, kao i da dokaže istinitost njenih tvrdnji pred sudom (*Natunen v. Finland*, § 47). Takođe, ESLJP je utvrdio da je odluka u vezi sa uskraćivanjem prava odbrane da ostvari uvid u određene dokaze bila vjerovatno donesena za vrijeme trajanja istrage bez pružanja prilike odbrani da učestvuje u postupku donošenja sporne odluke (*Natunen v. Finland*, § 48). Nadalje, ESLJP je u ovom predmetu našao da su osporavane mjere kojima je ograničeno pravo na uvid u spis predmeta bile posljedice nedostatka u zakonodavstvu koje nije pružalo odgovarajuću zaštitu odbrani, a ne neodgovarajućeg postupanja organa krivičnog postupka (*Natunen v. Finland*, § 49). Na kraju, polazeći od prethodno iznesenog, ESLJP je utvrdio da je došlo do povrede prava na pravično suđenje iz čl. 6, st. 1 u vezi sa čl. 6, st. 3(b) EKLJP-a (*Natunen v. Finland*, § 50).

2.2. *Matanović protiv Hrvatske*

U navedenom predmetu podnosilac predstavke je, između ostalog, tvrdio da je u krivičnom postupku vođenom protiv njega došlo do povrede prava na pravično suđenje iz čl. 6, st. 1 EKLJP-a iz razloga što su domaći sudovi u više navrata odbili njegove zahtjeve da mu se omogući ostvarenje uvida u predmete i informacije pribavljene tajnim nadzorom. Za razmatranje ograničenja prava na uvid u spis predmeta bila je relevantna treća kategorija dokaza, odnosno devedeset i osam CD snimaka, pribavljenih tajnim nadzorom u sklopu šire istrage sprovedene u istom krivičnom predmetu, koji su se odnosili na druga lica koja na kraju nisu bila optužena u krivičnom postupku. Županijski sud u Zagrebu odbio je dozvoliti pristup obrani bilo kakvim informacijama o tim snimcima zbog toga što su se odnosili na privatni život drugih lica i nije se mogao trećem licu dozvoliti uvid u snimke, nego je trebalo uništiti ih na osnovu tada važećeg nacionalnog zakonodavstva (*Matanović v. Croatia*, § 178). ESLJP je dalje zapazio da u krivičnom predmetu protiv podnosioca predstavke nije sproveden niti jedan postupak koji bi nadležnom sudu omogućio da na zahtjev podnosioca predstavke procijeni važnost dokaza za predmet, posebno jesu li sadržavali takve podatke koji bi mogli omogućiti podnosiocu predstavke da ga se oslobodi ili da mu se smanji kazna, ili jesu li bili važni za dopuštenost, pouzdanost i potpunost dokaza iznesenih tokom postupka. Iz tog razloga se nije moglo smatrati propustom podnosioca predstavke to što nije podnio konkretan zahtjev za pristup tom određenom dijelu snimaka. Naime, zahtjev podnosioca predstavke za pristup snimkama je odbijen zbog toga što podnosilac predstavke nije imao pravo na pristup tim snimkama jer se na samom početku postupka smatralo da nisu relevantne za njegov predmet i da ih treba uništiti, kako je nalagalo tada važeće domaće zakonodavstvo (*Matanović v. Croatia*, § 179).

Zahtjev podnosioca predstavke na pristup predmetnim snimkama odbijen je i zbog toga što podnosilac predstavke nije imao pravo na pristup tim snimkama. Osim toga, Vrhovni sud Republike Hrvatske je smatrao kako nije važno je li državni odvjetnik, kada je radio selekciju između podataka pribavljenih tajnim nadzorom koji se dostavljaju sudu, eliminirao neke dokaze koji bi išli u korist optuženim, jer je državni odvjetnik bio u poziciji izvršiti selekciju dokaza koji će se koristiti u postupku (*Matanović v. Croatia*, § 181). Međutim, shvatanje Vrhovnog suda Republike Hrvatske se u tom smislu razlikovalo od shvatanja ESLJP-a prema kojem su *u sistemima u kojima su organi krivičnog gonjenja zakonom obavezani uzeti u obzir činjenice i za i protiv lica protiv kojeg se vodi krivični postupak – što je slučaj u hrvatskom pravu – postupak u kojem organi krivičnog gonjenja imaju pravo sami procijeniti što može ili ne mora biti relevantno za predmet, bez ikakvih daljnjih procesnih zaštitnih mjera za prava obrane, ne može biti u skladu sa zahtjevima člana 6, stava 1 EKLJP* (*Matanović v. Croatia*, § 182). Osim toga, ESLJP je spornim našao to što su u predmetu protiv podnosioca predstavke odluku o onemogućavanju uvida u dokaze donijeli organi krivičnog gonjenja bez pružanja mogućnosti obrani da učestvuje u postupku donošenja odluke o tome. Stoga, pobijana mjera koja je proizašla iz shvatanja Vrhovnog suda Republike Hrvatske bila je u suprotnosti s relevantnim standardima ESLJP (*Matanović v. Croatia*, § 183). ESLJP je ocijenio kako je mogućnost podnosioca predstavke da se za potrebe pripreme svoje obrane upozna s dokazima pribavljenim tajnim nadzorom *bila ozbiljno narušena nepostojanjem odgovarajućeg postupka u kojem bi se moglo pravilno ocijeniti važnost dokaza pribavljenih od organa krivičnog gonjenja i neophodnosti uvida u njih* (*Matanović v. Croatia*, § 184) i, na osnovu izloženih argumenata, zauzeo stav da postupak protiv podnosioca predstavke nije ispunio zahtjeve pravičnog postupka (*Matanović v. Croatia*, § 187), tako da je shodno tome utvrđena povreda čl. 6, st. 1 EKLJP (*Matanović v. Croatia*, § 188).

3. Ograničenja prava na uvid u spis predmeta u Bosni i Hercegovini

Prema Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine⁶ (dalje: ZKP BiH), odbrana stiče pravo uvida u spis predmeta već tokom istrage⁷ koja je organizovana kao jednostrana tužilačka djelatnosti u kojoj tužilac, pored funkcije krivičnog gonjenja, obavlja i funkciju istraživanja krivičnog djela (Bubalović, 2008, p. 1333). Za vrijeme trajanja

⁶ U skladu sa složenim državnim uređenjem i podijeljenom nadležnošću u krivičnim stvarima između države Bosne i Hercegovine i njenih entiteta – Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, te Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine kao *sui generis* administrativno-teritorijalne jedinice Bosne i Hercegovine – važeće krivičnoprocesno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine sastoji se od četiri zakona: Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine; Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine; Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske i Zakona o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Pravo na uvid u spise i dokaze u krivičnom postupku je u navedenim zakonskim propisima identično uređeno, pa će u ovom radu biti samo razmotrena procesna rješenja iz ZKP BiH (tzv. državni zakon o krivičnom postupku).

⁷ Pravo na uvid u spis predmeta nastaje za vrijeme trajanja istrage, tako da shodno tome osumnjičeni, kao i njegov branilac, mogu ostvariti ovo pravo odmah nakon što je donesena naredba o sprovođenju istrage jer se tim činom istraga smatra pokrenutom, pri čemu od tog trenutka teče rok u kojem je tužilac u zavisnosti od rezultata istrage dužan obustaviti istragu ili u suprotnom slučaju okončati istragu i podići optužnicu (Sijerčić-Čolić *et al.*, 2005, p. 167).

istrage procesnopravni položaj osumnjičenog je ambivalentan: njemu se prema brojnim međunarodnim instrumentima na koje se poziva u Ustavu Bosne i Hercegovine, kao i nizom procesnih odredaba garantuje visok standard ljudskih prava i osnovnih sloboda od presudne važnosti za krivični postupak, dok je obim njegovog učešća u istrazi značajno ograničen i sveden na najmanju mjeru (Dodik, 2012, p. 30). Tako su prava osumnjičenog i njegovog branioca tokom trajanja istrage ograničena na: obavještanje osumnjičenog o djelu za koje se tereti i osnovima sumnje protiv njega; davanje procesnih garancija i uputstava prilikom njegovog prvog ispitivanja kod tužioca ili ovlaštenog službenog lica i obavještenje od kada osumnjičeni i njegov branilac mogu razgledati sve dokaze koji idu u korist osumnjičenog (Simović, 2013, p. 124). Ako se uzme u obzir da je odbrana ostavljena ne samo bez mogućnosti provođenja vlastite istrage na koji način bi se omogućilo pribavljanje dokaza koji idu u korist lica protiv kojeg se vodi krivični postupak već i na preduzimanje bilo kakvih radnji dokazivanja posredstvom organa krivičnog postupka, sa izuzetkom sudskog osiguranja dokaza koje se može provesti samo izuzetno, i to ako postoji opasnost da određeni dokaz neće moći biti izveden na glavnom pretresu (čl. 223 ZKP BiH), može se zaključiti da su osumnjičeni, odnosno optuženi i njegov branilac prilikom pripremanja uspješne i djelotvorne odbrane prisiljeni koristiti dokaze pribavljene tokom istrage zbog čega je za odbranu od izuzetne važnosti da ostvari pravo na uvid u spis predmeta. Iz tog razloga, osumnjičeni se na početku ispitivanja pored ostalih prava poučava i o tom pravu, što je dužnost tužioca ili ovlaštenog službenog lica koje preduzima radnju ispitivanja osumnjičenog (čl. 78, st. 2 ZKP BiH).

Prema ZKP BiH osumnjičeni i njegov branilac (čl. 47, st. 1 i čl. 78, st. 2, tač. c ZKP BiH) imaju pravo tokom istrage razmatrati spise i razgledati pribavljene predmete koji idu u korist osumnjičenom, ali se ovo pravo njima može uskratiti⁸ ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u opasnost cilj istrage (čl. 47, st. 1 i čl. 78, st. 2, tač. c ZKP BiH). Od načelne zabrane osumnjičenom i braniocu da razmatraju spise i razgledaju predmete koji ne idu u korist osumnjičenom ili čijim bi se otkrivanjem ugrozio cilj istrage ipak postoji zakonski izuzetak. Ako je tužilac podnio prijedlog za određivanje pritvora sudiji za prethodni postupak, odnosno sudiji za prethodno saslušanje, istovremeno je dužan dostaviti i dokaze bitne za procjenu zakonitosti pritvora i radi obavještanja branioca (čl. 47, st. 2 ZKP BiH). Međutim, prema stavu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, i u pomenutom slučaju osumnjičeni i njegov branilac stiču neograničeno pravo uvida samo u odnosu na spise i dokaze koji su od važnosti za procjenu zakonitosti određivanja i trajanja pritvora, odnosno za utvrđivanje postojanja opšteg i posebnog uslova za određivanje pritvora (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 4196/13, § 31). Drugim riječima, odbrana ni tada nema pravo zahtijevati da joj se omogući uvid u sve dokaze koji se tiču merituma spora, a što ulazi u okvir jemstava iz čl. 6 EKLJP-a, koji licu protiv kojeg se vodi krivični postupak treba da budu dostupni nakon podizanja optužnice (Odluka

⁸ Kada je riječ o pravu osumnjičenog i branioca da razmatraju spise i razgledaju pribavljene predmete, Ustavni sud Bosne i Hercegovine je zauzeo stav da je opšte pravilo da odbrana u toku istrage ima pravo pristupa samo onim spisima i dokazima koji su u korist osumnjičenog, ali se i ostvarivanje tog prava može uskratiti ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u opasnost cilj istrage (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 4196/13, § 53).

Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 4196/13, § 31). Dakle, prije podizanja optužnice, osumnjičeni ima pravo biti upoznat sa sadržajem svih dokaza bitnih za donošenje odluke o određivanju ili produženju pritvora, pri čemu njemu može biti uskraćeno da ostvari ovo pravo u odnosu na sve ostale dokaze koji nisu od važnosti za procjenu zakonitosti pritvora u određenom krivičnom predmetu (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 4196/13, § 53-54).⁹ Ova ograničenja prava na uvid u spis predmeta vjerovatno su posljedica namjere zakonodavca da optužbu stavi u povoljniji položaj u odnosu na odbranu u pogledu pristupa i posjedovanja informacija, kako navodi Pajčić (2010, p. 45), ali je ipak zakonodavac otišao predaleko budući da osnovi za uskraćivanje spomenutog prava otvaraju širok prostor za proizvoljno tumačenje i zloupotrebu u velikom broju situacija koje mogu nastati u praksi.¹⁰ Kada je riječ o stadijima krivičnog postupka koji slijede nakon podizanja optužnice, a to su postupak optuživanja, glavni pretres, postupak o pravnim lijekovima, pravo na uvid u spis predmeta ne podliježe prethodno opisanim ograničenjima svojstvenim istrazi. Tako, nakon podizanja optužnice, osumnjičeni prije njenog potvrđivanja, odnosno optuženi nakon potvrđivanja optužnice i branilac imaju pravo uvida u sve spise i dokaze (čl. 47, st. 3. i čl. 226, st. 4 ZKP BiH).¹¹

S tim u vezi, zakonodavac je propustio propisati i posljedično tome urediti postupak u kojem se donosi odluka o uskraćivanju prava na uvid u spis predmeta za vrijeme trajanja istrage. Iako to nije izričito propisano, nema sumnje da je za ograničavanje spomenutog prava nadležan tužilac budući da ovaj organ ima nadležnost za sprovođenje istrage. Tako, prilikom odlučivanja o uskraćivanju uvida u spis predmeta, tužilac je dužan postupati objektivno i nepristrasno (Dodik, 2012, p. 31), što je u skladu sa principom jednakosti

⁹ Tako, ako na sjednici vijeća održanoj povodom prijedloga za produženje pritvora braniocu osumnjičenog nisu data potrebna obavještenja o dokazima koje je dostavio tužilac i na kojima se zasniva prijedlog kako to propisuje odgovarajuća odredba krivičnoprocesnog zakona, a što je neophodno kako bi branilac mogao osporavati postojanje opšteg uslova za pritvor, onda je time prvostepeni sud propustio osigurati jednakost pravnih sredstava i mogućnost osumnjičenog da osporava opravdanost razloga za produženje pritvora, pa je time povrijedio njegovo pravo na odbranu (Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, br. 070-0-KŽ-09-000044).

¹⁰ Iako pravo na pravičan krivični postupak prema čl. 6 EKLJP-a obuhvata i pravo na uvid u sve materijalne dokaze koje ima optužba koji idu kako u korist, tako i protiv lica protiv kojeg se vodi krivični postupak ponekad može biti neophodno da se odbrani uskrati uvid u određene dokaze u cilju zaštite javnog interesa (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 1758/15, § 65). Međutim, u određenim okolnostima restrikcije u pogledu pristupa spisu predmeta mogu biti inkompatibilne sa principima prava na pravično suđenje (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 2348/08, § 42).

¹¹ Pored navedenog, a s ciljem ostvarivanja što kvalitetnijeg i sadržajnijeg prava na uvid u spis predmeta u svim stadijima krivičnog postupka, zakonodavac je propisao obavezu sudije za prethodno saslušanje, sudije, odnosno vijeća, kao i tužioca, da ako dođu u posjed bilo kog novog dokaza, informacije ili činjenice koja može poslužiti kao dokaz na suđenju, taj dokaz ili činjenicu stave na uvid osumnjičenom, odnosno optuženom i braniocu (čl. 47, st. 4 ZKP BiH). Nesporno je da spomenuta obaveza nastaje već u istrazi, budući da regulišući istragu zakonodavac koristi izraz osumnjičeni u smislu procesnog protivnika tužioca. Osumnjičeni, naravno, može ostvariti pravo na uvid pod uslovima da se radi o dokazima koji mu idu u korist i čijim se otkrivanjem pri tome neće „ugroziti cilj istrage“. Dakle, imajući u vidu navedenu obavezu, tužilac bi za vrijeme trajanja istrage morao obavijestiti odbranu o određenim informacijama i činjenicama i omogućiti odbrani da im slobodno pristupe. Međutim, uprkos tome što je takva obaveza predviđena u krivičnoprocesnim odredbama, iskustva, nažalost, govore u prilog tome da je zadržana praksa prema kojoj branilac i lice protiv kojeg se vodi krivični postupak pravo na uvid u spis predmeta u stvarnosti ostvaruju tek nakon podizanja optužnice (Nožica, 2012, p. 242).

oružja (odnosno principom jednakosti u postupanju) čija se pravnozakonska osnova, *inter alia*, pronalazi u odredbi čl. 14, st. 2 ZKP BiH koja obavezuje sud, tužioca i ostale organe koji učestvuju u krivičnom postupku da s jednakom pažnjom ispituju i utvrđuju kako činjenice koje terete (*in peius*) osumnjičenog, odnosno optuženog, tako i one koje im idu u korist (*in favorem*) (Bubalović, 2012, p. 230). Međutim, imajući u vidu da se u rukama tužioca, pored funkcije krivičnog gonjenja učinilaca krivičnih djela i funkcije istraživanja krivičnog djela, nalazi i funkcija materijalne odbrane osumnjičenog, odnosno optuženog, slijedom toga tužilac je suočen sa međusobno suprotstavljenim psihološkim zahtjevima kojima čovjek ne može istovremeno udovoljiti (Bayer, 1972, p. 32) tako da zbog toga on nije u stanju objektivno postupati kada se odlučuje o uskraćivanju prava na uvid u spis predmeta.

Takođe, treba naglasiti da o uskraćivanju prava na uvid u spis predmeta tužilac ne donosi nikakvu odluku (rješenje ili naredba) (Sijerčić-Čolić *et al.*, 2005, pp. 610-611). Slijedom toga je isključena mogućnost izjavljivanja žalbe ili kojeg drugog pravnog sredstva (npr. pritužba) protiv takvog postupka tužioca (Sijerčić-Čolić *et al.*, 2005, pp. 610-611). Prema tome, tokom istrage tužilac uvijek može odbrani uskratiti pravo razmatranja spisa i razgledanja predmeta ako smatra da za to postoje zakonom propisani razlozi, bez davanja bilo kakvog obrazloženja. U vezi s tim, posebno zabrinjava činjenica što odbrani ne stoji na raspolaganju efikasan procesni mehanizam koji bi osigurao i omogućio preispitivanje opravdanosti ovakvog postupanja tužioca (Dodik, 2012, p. 31). Osim navedenog, zakonodavac nije propisao ni vremensko ograničenje uskraćivanja prava na uvid u spis predmeta, što dalje znači da tužilac može lišiti odbranu prava uvida u spis predmeta sve do završetka istrage.¹²

Nakon podizanja optužnice odbrana stiče pravo uvida u sve spise i dokaze određenog krivičnog predmeta.¹³ S tim u vezi treba naglasiti da je važna obaveza tužioca da uz optužnicu dostavi popis dokaza koje neće izvoditi tokom glavnog pretresa, ukoliko je riječ

¹² Ostvarivanje prava na uvid u spis predmeta tokom istrage dodatno se dovodi u pitanje zbog nejasnog zakonskog pojma osumnjičenog pod kojim se podrazumijeva lice za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično djelo (čl. 20, tač. a ZKP BiH). Pojam osumnjičenog nije dovoljno jasan, jer se ni iz definicije niti iz ostalih krivičnoprocesnih odredaba ne može zaključiti u kojem procesnom trenutku lice stiče taj status kako bi se utvrdilo kada se građanin može koristiti zakonom priznatim pravima koja mu pripadaju po tom osnovu (Grubač, 2005, p. 535). Kako organi krivičnog postupka nisu dužni obavijestiti osumnjičenog o tome da je protiv njega donesena naredba o sprovođenju istrage, odnosno da se protiv njega sprovodi istraga, kao i da je protiv njega preduzeta neka radnja dokazivanja, tužiocu je ostavljen širok manevarski prostor da manipuliše trenutkom u kojem će ispitati osumnjičenog (što tužilac mora učiniti prije okončanja istrage jer se optužnica ne može podići prije nego što je osumnjičeni ispitan). Tek tom prilikom osumnjičeni saznaje da se protiv njega vodi istraga i da ima pravo na uvid u spis predmeta. Zbog toga će osumnjičeni „pomjeranjem“ radnje njegovog ispitivanja na sam kraj istrage, i to neposredno prije podizanja optužnice, biti onemogućen da ostvari spomenuto pravo kao jedno od ionako malobrojnih prava koja mu pripadaju za vrijeme trajanja istrage (Grubač, 2014, p. 225). Međutim, ovakvo procesno rješenje nije nužno u suprotnosti sa judikatima ESLJP-a iz razloga što iz prava na pravično suđenje proizlazi zahtjev da je dovoljno da se licu protiv kojeg se vodi krivični postupak omogući uvid u spise i dokaze prije suđenja kako bi imalo dovoljno vremena za pripremanje i organizovanje odbrane (Schabas, 2015, p. 310).

¹³ U skladu sa stavovima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, nakon podizanja optužnice, dakle, u stadijima krivičnog postupka koji slijede nakon istrage, pravo odbrane da pristupi svim spisima i dokazima je u cijelosti slobodno (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 4196/13, § 53).

o dokazima koji ukazuju na nevinost, manji stepen krivične odgovornosti ili postojanje olakšavajućih okolnosti, kako bi ispunjavanjem opisane dužnosti omogućio optuženom izvođenje takvih dokaza (Pavišić, 2013, p. 780). Međutim, iako nakon podizanja optužnice ne postoji mogućnost ograničenja prava na uvid u spis predmeta, ipak tužilac bez kontrole suda slobodno cijeni na osnovu kojih dokaza će zasnovati svoju optužnicu.¹⁴ Slijedom toga, tužilac može izbeći da stavi na uvid odbrani svaki dokaz za koji ocijeni da mu ne ide u prilog, za koji odbrana neće moći da zna ako nije na drugi način ili iz drugog izvora saznala da postoji. Stoga se može zaključiti da tužilac raspolaže neograničenom mogućnošću da dokaze koji njemu ne idu u prilog izostavi iz optužnice i da na ovaj način ograniči pravo uvida u spis predmeta i nakon podizanja optužnice.

U predmetu *Matanović protiv Hrvatske*, ESLJP je utvrdio povredu prava na pravično suđenje kada je riječ o pristupu dokazima upravo zbog toga što je tužilac jednostrano izvršio izbor dokaza na kojima je zasnovao optužnicu protiv podnosioca predstavke. Dakle, mogućnost tužioca da osumnjičenom za vrijeme trajanja istrage uskrati pravo uvida u spis predmeta, kao i da jednostrano odluči o tome na kojim dokazima će zasnovati optužnicu, zasigurno se ne može smatrati saglasnim stanovištima razvijenim u praksi ESLJP-a prema kojima postupak u kojem organi krivičnog gonjenja odlučuju o uskraćivanju prava na uvid u spis predmeta mora udovoljavati određenim zahtjevima izvedenim iz principa jednakosti oružja i principa kontradikornosti, a lice pod krivičnom optužbom pritom mora imati na raspolaganju odgovarajuće procesne garancije.

4. Zaključak

Imajući u vidu prethodno izneseno, posmatrano iz ugla standarda ESLJP-a, može se sa sigurnošću izvesti jasan zaključak da pravo na uvid u spis predmeta, kao jedno od prava koja pripadaju optuženom licu nije na zadovoljavajući način uređeno u pravu Bosne i Hercegovine. Razlog za to ne leži u osnovama za uskraćivanje spomenutog prava, iako se i u tom pogledu mogu uputiti brojne primjedbe bosanskohercegovačkom zakonodavstvu, već se tiče okolnosti da tužilac, kao organ krivičnog gonjenja, ali istovremeno i kao procesni protivnik osumnjičenog, odnosno optuženog, ima mogućnost jednostrano procijeniti da li postoje zakonom propisani razlozi za uskraćivanje prava odbrane na uvid u spis predmeta i da shodno tome u potpunosti ili djelimično liši odbranu ovog važnog prava bez davanja bilo kakvog obrazloženja, pri čemu odbrani nije ostavljena mogućnost da traži zaštitu svojih prava jer zakonodavac nije predvidio efikasan procesni mehanizam kojim bi se omogućilo objektivno i nepristrasno preispitivanje uskraćivanja prava na uvid u spis predmeta u istrazi. U kasnijim fazama prvostepenog postupka nakon podizanja optužbe, kao i u postupcima po pravnim lijekovima, situacija je na prvi pogled značajno povoljnija

¹⁴ U toku postupka optuživanja sud ima obavezu da prilikom odlučivanja o potvrđivanju optužnice po službenoj dužnosti, ili nakon potvrđivanja optužnice povodom prethodnih prigovora optuženog i njegovog branioca, dokaze pribavljene na nezakonit način izdvoji iz spisa predmeta i zatim vrati tužiocu (čl. 228 i 233 ZKP BiH), ali nema mogućnost da naredi tužiocu da određene dokaze uvrsti u optužnicu ako tužilac smatra da ne postoji potreba za ovakvim postupanjem zato što određene dokaze smatra irelevantnim za konkretni krivični predmet.

za odbranu, budući da odbrana stiže pravo uvida u sve spise i dokaze. Međutim, tužilac takođe ima pravo da jednostrano izvrši selekciju dokaza na kojima će zasnovati optužnicu i koji će biti izvedeni tokom glavnog pretresa. Na taj način tužilac uvijek može izostaviti iz optužnice dokaze koji ukazuju na nevinost, manji stepen krivične odgovornosti optuženog ili na postojanje određenih olakšavajućih okolnosti.

Imajući u vidu opisana i analizirana stanovišta ESLJP-a, neophodno je da bosanskohercegovački zakonodavac utvrdi pravila postupka u kojem se odlučuje o uskraćivanju prava na uvid u spis predmeta za vrijeme trajanja istrage i da tako spriječi moguće zloupotrebe od strane tužioca kada se radi o ostvarivanju prava na uvid u spis predmeta. U slučaju ograničenja prava na uvid u spis predmeta morala bi biti predviđena mogućnost da osumnjičeni podnese žalbu o kojoj bi odlučivao sud, jer procesna mogućnost organa krivičnog gonjenja da jednostrano uskrate odbrani pravo na uvid u spis predmeta, kao i da jednostrano odluče o tome koji su dokazi relevantni u određenom krivičnom predmetu, nije u saglasnosti sa jurisprudencijom ESLJP-a.

Literatura

- Ambos, K. 2009. Confidential Investigations (Article 54(3)(E) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations: The Lubanga Case And National Law. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 12(4), pp. 543–568.
- Bayer, V. 1972. *Jugoslavensko krivično procesno pravo: Knjiga prva: Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava*. Zagreb: Školska knjiga.
- Brants, C. & Franken, S. 2009. The Protection of Fundamental Human Rights in Criminal Process-General Report. *Utrecht Law Review*, 5(2), pp. 7–65.
- Bubalović, T. 2008. Novela Zakona o kaznenom postupku BiH od 17. juna 2008. godine – pozitivna rješenja i iznevjerena očekivanja. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 15(2), pp. 1129–1157.
- Bubalović, T. 2012. „Jednakost oružja“ i njegova afirmacija u okviru prava na odbranu (regionalni komparativni osvrt), U: Petrović, A. & Jovanović, I. (ur.), *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)*. Beograd: Misija OEBS u Srbiji, pp. 215–235.
- Dodik, B. 2012. Tužiteljska istraga – iskustva Bosne i Hercegovine. U: Petrović, A. & Jovanović, I. (ur.), *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)*. Beograd: Misija OEBS u Srbiji, pp. 23–42.
- Fedorova, M. 2017. The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings. In: Rohan, C. & Zyberi, G. (eds.), *Defense Perspectives on International Criminal Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 204–234.
- Grande, E. 2000. Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance. *American Journal of Comparative Law*, 48(2), pp. 227–259.

- Grande, E. 2016. Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure Has Affected Continental Europe. *American Journal of Comparative Law*, 63(3), pp. 583–618.
- Grubač, M. 2005. Novo krivično procesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine, časopis za pravnu teoriju i praksu*, 65(11), pp. 531–547.
- Grubač, M. 2014. Otvaranje istrage prema novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije. *Pravni zapisi*, 5(1), pp. 217–234.
- Jackson, J. D. & Summers, S. J. 2012. *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kolaković-Bojović, M. 2016. *Okončanje krivičnog postupka u razumnom roku*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Krapac, D. 2015. *Kazneno procesno pravo: Knjiga prva: Institucije*. Zagreb: Narodne novine.
- Krstić, Z. 2015. Pripremno ročište i efikasnost glavnog pretresa. U: Bejatović, S. & Jovanović, I. (ur.), *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*. Beograd: Misija OEBS u Srbiji, pp. 154–170.
- Marafioti, L. 2008. Italian Criminal Procedure: A System Caught Between Two Traditions. In: Jackson, J., Langer, M. & Tillers, P. (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*. Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing, pp. 81–98.
- Nožica, S. 2012. Jednakost strana u postupku i pozicija odbrane u krivičnom postupku BiH (praktično iskustvo). U: Petrović, A. & Jovanović, I. (ur.), *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)*. Beograd: Misija OEBS u Srbiji, pp. 236–251.
- Pajčić, M. 2010. Pravo okrivljenika na uvid u spis predmeta tijekom prethodnog kaznenog postupka u pravnim sustavima nekih europskih država i praksi Europskog suda za ljudska prava. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 17(1), pp. 25–52.
- Pavišić, B. 2013. *Komentar Zakona o kaznenom postupku*. Rijeka: Dušević & Kršovnik d.o.o.
- Pilić, M. & Rajić, Z. 2021. Instrumenti zaštite procesnih prava obrane u istrazi prema Zakonu o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine. *Pravni vjesnik*, 37(2), pp. 167–187.
- Schabas, W. 2015. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. New York: Oxford University Press.
- Sidhu, O. 2017. *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia.
- Sijerčić-Čolić, H. 2012. *Krivično procesno pravo: Knjiga 1: Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
- Sijerčić-Čolić, H. et al. 2005. *Komentar Zakona o krivičnom/kaznenom postupku Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Savjet/Vijeće Evrope/Evropska komisija.
- Simović, M. N. 2013. Osnovne karakteristike sistema krivične istrage u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine i njen uticaj na pojednostavljenje krivičnog postupka. U: Jovanović, I. & Stanisavljević, M. (ur.), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*. Beograd: Misija OEBS u Srbiji, pp. 236–251.

- Škulić, M. 2013. Odnos načela istine i pojednostavljenih formi krivičnog postupka. U: Jovanović, I. & Stanisavljević, M. (ur.), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*. Beograd: Misija OEBS u Srbiji, pp. 67–85.
- Škulić, M. 2016. *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje.
- Šljivar, D. 2014. Da li je uspostavljena ravnopravnost optužbe i odbrane u krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini i Republici Srbiji (pravni i stvarni položaj odbrane). U: Ivanović, A. R. (ur.), *Razmena teorijskih znanja i praktičnih iskustava vezanih za rad po modelu tužilačke istrage i konceptu adverzalnog krivičnog postupka*. Novi Pazar: Departman za pravne nauke Internacionalnog univerziteta u Novom Pazaru/Internacionalna asocijacija kriminalista Banja Luka/Misija OEBS u Srbiji, pp. 248–269.
- Trechsel, S. 2005. *Human Rights in Criminal Proceedings*. New York: Oxford University Press.
- Weigend, T. 2013. Germany. In: Ligeti, K., (ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union, Volume 1: A comparative Analysis*. London: Hart Publishing, pp. 264–306.
- Zappala, S. 2004. The Prosecutor's duty to disclose exculpatory materials and the recent amendment of Rule 68 ICTY RPE. *Journal of International Criminal Justice*, 2(2), pp. 620–630.

Pravni izvori

- Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Dostupno na: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf.
- Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2003, 32/200, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009, 93/2009, 72/2013 i 65/2018.

Odluke Evropskog suda za ljudska prava

- Atlan v. the United Kingdom*, ECtHR, no. 36533/97, Judgment of 19 June 2001. Dostupno na: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2001/397.html>, (22. 9. 2021).
- Doorson v. the Netherlands*, ECtHR, Judgment of 26 March 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II. Dostupno na: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1996/14.html>, (22. 9. 2021).
- Dowsett v. the United Kingdom*, ECtHR, no. 39482/98, Judgment of 24 June 2003, Reports of Judgments and Decisions 2003-VII. Dostupno na: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2003/314.html>, (22. 9. 2021).
- Edwards and Lewis v. the United Kingdom* [GC], ECtHR, nos. 39647/98 & 40461/98, Judgment of 27 October 2004, ECtHR 2004-X. Dostupno na: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2004/560.html>, (22. 9. 2021).

- Fitt v. the United Kingdom*, ECtHR, no. 29777/96, Judgment of 16 February 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-II. Dostupno na: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2000/89.html>, (22. 9. 2021).
- Jasper v. the United Kingdom* [GC], ECtHR, no. 27052/95, Judgment of 16 February 2000. Dostupno na: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2000/90.html>, (22. 9. 2021).
- Leas v. Estonia*, ECtHR, no. 59577/08, Judgment of 6 March 2012. Dostupno na: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2012/392.html>, (22.9. 2021).
- Matanović v. Croatia*, ECtHR, no. 2742/12, Judgment of 4 April 2017. Dostupno na: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2017/312.html>, (22. 9. 2021).
- Natunen v. Finland*, ECtHR, no. 21022/04, Judgment of 31 March 2009. Dostupno na: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/eu/cases/ECHR/2009/2066.html&query=natunen+and+finland+and+21022/048&method=boolean>, (22. 9. 2021).
- P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, ECtHR, no. 44787/98, Judgment of 25 September 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-IX.
- Punzelt v. the Czech Republic*, ECtHR, no. 31315/96, Judgment of 25 April 2000. Dostupno na: <https://international.vlex.com/vid/case-of-punzelt-v-the-czech-republic-26878140>, (25. 9. 2021).
- Rowe and Davis v. the United Kingdom* [GC], ECtHR, no. 28901/95, Judgment of 16 February 2000, ECtHR 2000-II. Dostupno na: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-6101%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-6101%22]), (25. 9. 2021).
- Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, ECtHR, Judgment of 23 April 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III. HUDOC nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93.

Odluke sudova Bosne i Hercegovine

- Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Odluka o dopustivosti i meritumu, br. AP 1758/15, 30. juni 2015. godine, *Službeni glasnik BiH*, br. 58/15 (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 1758/15).
- Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Odluka o dopustivosti i meritumu, br. AP 4196/13, 15. januar 2014. godine, *Službeni glasnik BiH*, br. 19/14 (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 4196/13).
- Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Odluka o dopustivosti i meritumu, br. AP 3850/15, 3. februar 2016. godine, *Službeni glasnik BiH*, br. 94/14 (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 3850/15).
- Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Odluka o dopustivosti i meritumu, br. AP 2348/08, *Službeni glasnik BiH*, br. 99/11 (Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP 2348/08).
- Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine, Rješenje, br. 070-0-KŽ-09-000044, 30. januar 2009. godine (Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, br. 070-0-KŽ-09-000044).

Faruk H. Avdić, MA

Independent Researcher, Tuzla, Bosnia and Herzegovina

e-mail: *hadziavdicfaruk@gmail.com*

THE RESTRICTIONS OF THE RIGHT TO INSPECT THE CASE FILE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

This paper aims to assess the compliance of the provisions of the criminal procedural legislation of Bosnia and Herzegovina dealing with the restrictions of the right to inspect the case file with the standards developed in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. The working hypothesis laid out in this paper is that the right of the prosecutor to unilaterally restrict the defense right to access the case file during the investigation and to unilaterally decide which evidence he will use as the basis for the indictment does not satisfy the requirements stemming from the right to a fair trial. The starting point of this paper is the analysis of the case law of the European Court of Human Rights. Afterward, the paper turns to the consideration of the provisions of the criminal procedural legislation of Bosnia and Herzegovina dealing with the restrictions of the right to inspect the case file. In that purpose, this paper employs normative and formal dogmatic legal methods in analyzing the particulars of its subject. The conclusion of the paper is that the law of Bosnia and Herzegovina when it comes to the restrictions of the right to inspect the case file is not in line with the standards of the European Court of Human Rights. For this reason, there is a need for the amending of the Criminal Procedure Codes in force in Bosnia and Herzegovina with the aim of making these Codes compliant with the jurisprudence of the European Court of Human Rights in that respect.

Keywords: criminal proceedings, right to inspect the case file, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, principle of equal weapons.

Primljeno: 9. 9. 2021.

Izmenjeno: 24. 10. 2021.

Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

PRAVNI REŽIM RADA OD KUĆE U DOMAĆEM I MEĐUNARODNOM PRAVU

Sažetak

U uslovima pandemije kovida 19 došlo je do ekspanzije rada od kuće, pod kojim se podrazumevaju različiti oblici neformalnog rada koji se obavlja van poslovnih prostorija poslodavca. Takav rad uključuje „okrnjenu“ kontrolnu vlast poslodavca, dovodi u pitanje pravnu subrogaciju u radnom odnosu, a ima posledice na ostvarivanje prava zaposlenih (pre svega na bezbednost i zaštitu na radu i privatnost). Stoga su u radu navedeni najvažniji dokumenti Međunarodne organizacije rada primenjivi na rad od kuće. Može se uočiti da se savremeni koncept rada od kuće razlikuje od nekadašnjeg po tome što se ograničava na intelektualne poslove ili usluge koji se obavljaju u digitalnom okruženju. Regulisanje rada od kuće u matičnom Zakonu o radu Republike Srbije je nepotpuno, dok važeći Zakon o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu ne prepoznaje ovaj oblik rada, što de lege ferenda zahteva dopunu, kao i usklađivanje odredaba, sve sa ciljem osiguranja potpunije zaštite osnovnih prava na radu i u vezi sa radom, kao i regulisanje statusa zaposlenih.

Ključne reči: radni odnosi, rad od kuće, bezbednost i zdravlje na radu, međunarodni radni standardi.

1. Uvod

Rad od kuće predstavlja fleksibilnu formu radnog angažovanja, kod koje dolazi do veće autonomnosti i samostalnosti u organizovanju radnog života, ali posledično i do veće otuđenosti zaposlenog iz radnog kolektiva ukoliko ne održava stalne kontakte sa kolegama, nadređenima i klijentima. Fleksibilnost na radu podstiče produktivnost i zadovoljstvo, čime se manje energije i vremena troši na formalnosti, a više se usmeravamo na rad (Knežević, 2020, p. 52). Pojedini teoretičari smatraju da rad od kuće u principu olakšava usklađivanje privatnog života sa profesionalnim životom, ali primećuju da to ne važi uvek, na primer ne odnosi se na visoko kvalifikovane stručnjake, koji često nisu u stanju da jasno postavljaju granice između privatnog i poslovnog života, nego su previše posvećeni poslu i dobrovoljno prekovremeno rade od kuće (Krasulja, Zubović & Radojević,

* Doktor pravnih nauka, konsultant Laura konsalting d.o.o., saradnik na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, Srbija e-mail: g.sladjaja@yahoo.com

2014, pp. 132, 134, 138). S druge strane, Međunarodna organizacija rada (*International Labour Organisation* – ILO) u Izveštaju od 2021. godine ističe prednosti rada od kuće koje u drugačijim kulturološkim uslovima (u muslimanskim sredinama) predstavlja jedinu formu mogućeg radnog angažovanja žena (ILO, 2021, p. 155).

Mere prilagođavanja poslodavaca novim uslovima i rizicima rada, radi sprečavanja pandemije kovida 19, podstakle su ekspanziju rada od kuće u svetskim razmerama tako što se veliki broj zaposlenih upućuje da rad za poslodavca obavlja od kuće, kako bi se zaštitili bezbednost i zdravlje zaposlenih. U dokumentu ILO (2020, p. 5) sintagma „rad od kuće“ označava privremeni, alternativni oblik radnog angažmana u cilju obezbeđenja kontinuiteta rada i zapošljavanja. U istom dokumentu ocenjuje se da navedeni oblik radnog angažovanja zahteva značajno prilagođavanje i poslodavca i zaposlenog novim okolnostima rada u kućnom okruženju, ali uprkos tome, u uslovima pandemije, ILO smatra da rad na daljinu predstavlja odličnu strategiju za ublažavanje gubitka posla i opstanak ekonomije uz obezbeđenje najšire zdravstvene zaštite stanovništva (ILO, 2020, p. 6). Ovim se obezbeđuje ostvarivanje cilja radnog prava koji se ogleda u očuvanju stabilnosti radnog mesta, ali i šireg, društvenog cilja, koji se pak ogleda u očuvanju javnog zdravlja svetske populacije.

Stalno zaposleni od kuće postojali su i pre pandemije, a to su najčešće visoko kvalifikovani stručnjaci koji profesionalnu delatnost obavljaju posredstvom internet platformi. Podaci ILO-a (2020, p. 2) ukazuju da je 7,9% svetske radne snage radilo od kuće na trajnoj osnovi pre pandemije kovida 19, ili približno 260 miliona radnika, a ove procene su zasnovane na podacima iz 118 zemalja, što predstavlja 86% globalne zaposlenosti. Rezultati drugih istraživanja (ILO brief, 2020, p. 4; Dingel & Neiman, 2020, p. 4) ukazuju na to da je reč o menadžerima, edukatorima, programerima, stručnjacima iz oblasti finansija i prava, koji profesiju obavljaju radom od kuće, posredstvom telekomunikacionih uređaja (tzv. digitalno radno angažovanje, kako navodi Stojković Zlatanović, 2021, p. 3).¹ S druge strane, istraživanjima je utvrđeno da određena zanimanja, poput baštovana, rukovaoca mašinama, montažera, serviseri ili prodavaca, nije moguće obavljati od kuće (ILO, 2020, p. 2), što uključuje i one koji rade na farmama, u građevinarstvu i u proizvodnji (Dingel & Neiman, 2020, p. 4) Može se uočiti da je reč o fizičkoj ili nisko kvalifikovanoj radnoj snazi, a ti radnici po pravilu imaju i lošiji socijalno-radni status, uz niže zarade (Dingel & Neiman, 2020, p. 4).

U savremenim uslovima rada, po pravilu se radom od kuće smatra rad koji se izvršava u digitalnom okruženju, ali bi i izvestan fizički ili zanatski posao mogao da bude obavljen od kuće u uslovima zanatske manufakture, kao što pokazuju primeri iz prošlosti. Proizvodnja određenih dobara (hrane, obuće ili odeće) predstavlja poslove iz zanatske manufakture koji se i u današnje vreme mogu obavljati od kuće, sredstvima za rad koja su u vlasništvu poslodavca, zaposlenog ili u kombinaciji tih sredstava (Jovanović, 2015, p. 203). Pored toga, poslednjih godina svedoci smo i svojevrsne ekspanzije novih hibridnih

¹ Važno je ukazati na to da ekonomske prilike (izgrađenost računarske infrastrukture i njena dostupnost, uz stabilnu internet konekciju) u nekim sredinama, na primer u afričkim zemljama, onemogućavaju veću zastupljenost rada od kuće. Prema podacima Međunarodne unije za telekomunikacije, pristup stanovništva internetu varira od 5% u državama Gvineja Bisao, Somalija i Eritreja, preko 58% u Panami, do 95% u Republici Koreji, Norveškoj, Bahreinu, Kuvajtu i nekim drugim državama (ILO brief, 2020, p. 4).

poslova putem kojih se fizička radna snaga angažuje preko internet platformi.² Reč je o visokokvalifikovanoj radnoj snazi koja iznosi IV informatičku revoluciju.³

Rad od kuće je oblik radnog angažovanja u kojem radnik, prema nalogu poslodavca, izvršava radne zadatke na mestu rada koje je kuća zaposlenog, stan, ili drugi objekat ili prostor u okviru stambenog objekta (izvan poslovnih prostorija poslodavca), nezavisno od toga ko obezbeđuje opremu i predmete rada (Lubarda, 2012, p. 353). Kako zaposleni obavlja posao od kuće ili u drugom prostoru prema sopstvenom izboru (u pitanju je stacionirani rad) (Jovanović, 2015, p. 204), specifično mesto rada predstavlja bitan element ovog pojma (Kovačević, 2011, p. 455). Među autorima postoji izvesna saglasnost da se pod mestom rada podrazumeva svako mesto koje je namenjeno obavljanju poslova i koje je dostupno zaposlenima, a nalazi se pod neposrednom ili posrednom kontrolom poslodavca (Šunderić & Kovačević, 2019, p. 186). Organizovanje i izvršavanje rada od kuće predstavlja poseban izazov za radno zakonodavstvo, naročito kada se ima u vidu da postoji odsustvo fizičkog prisustva poslodavca, što posledično dovodi u pitanje postojanje pravne subordinacije, kao bitnog elementa radnog odnosa, te se samim tim otvara i pitanje pravne kvalifikacije ovog oblika rada budući da autonomija i sloboda koju ova lica uživaju u radu dovodi u pitanje mogućnost njihove kvalifikacije kao zaposlenih, odnosno kao subjekata radnopravne zaštite (Kovačević, 2011, p. 454). Autonomnost u radu vodi i „okrnjenoj nadzornoj vlasti“ poslodavca, koji fizički nije prisutan u kući zaposlenog te je nadzor moguće sprovesti posredstvom kontrole kvaliteta i kvantiteta izvršenja rada, dok je u domenu radne discipline to moguće na primer putem nadzora nad sistemom logovanja zaposlenog, ili kroz evidenciju rada zaposlenog. U radu se nastojalo da se odgovori na neka od otvorenih pitanja koja institut rada od kuće nameće, posebno u svetlu pandemije koja ne jenjava u svetskim razmerama.

² Sa razvojem digitalizacije sve zastupljeniji su poslovi koji se obavljaju posredstvom mrežnih platformi. Rad na platformi podrazumeva radni angažman izvan tradicionalnog odnosa poslodavca i zaposlenog u kojem organizacije ili pojedinci koriste mrežnu platformu za pristup drugim organizacijama ili pojedincima za rešavanje određenih problema ili za pružanje određenih usluga u zamenu za plaćanje (Eurofound, 2018, p. 1). Reč je o hibridnom obliku rada u kome se fizička radna snaga angažuje preko internet platformi. Očigledno da se u ovim slučajevima javlja specifičan trojni, pravni odnos između vlasnika platforme, pružalaca usluge i klijenta, koji je naručilac posla. Vlasnik internet platforme se javlja kao posrednik, ne i kao tradicionalan poslodavac, jer on obično ne poseduje vlasnička prava nad sredstvima i opremom za rad, odnosno nije vlasnik kapitala u klasičnom smislu, koje, s druge strane obezbeđuje pružalac usluge, koji ne uživa status zaposlenog jer se njegov radnopravni status posmatra kao neformalni oblik radnog angažovanja, odnosno kao rad van radnog odnosa ili pak oblik samozapošljavanja, dok sveobuhvatno regulisanje statusa ove kategorije dominantno izostaje u međunarodnom, uporednom, kao i u nacionalnom pravu (Stojković Zlatanović, 2021, pp. 5–6).

³ IV industrijska revolucija, uz pomoć internet tehnologije omogućila je široke mogućnosti za proizvodnju i pružanje usluga na daljinu povezivanjem poslodavaca, radno angažovanih lica i klijenata u realnom vremenu, gde informacione tehnologije istovremeno predstavljaju sredstvo rada, radni proces, ali i način kontrole radnika, zbog čega je neophodno utvrditi adekvatan normativni okvir, te redefinisati radnopravni status radnika u kontekstu novih uslova rada (Stojković Zlatanović, 2021, p. 3).

2. Istorijski osvrt na rad od kuće

Istorijski posmatrano, rad od kuće predstavljao je realnost i svakodnevicu i u prošla dva veka, posebno u situacijama kada je veliki broj porodica razvijao sopstvenu manufakturu, upošljavajući tako članove porodice, a radi ostvarivanja profita i zadovoljenja osnovnih egzistencijalnih potreba. On je ostajao donekle nevidljiv jer se ovakav rad obavljao u privatnim okolnostima doma, i češće od strane žena, što je ukazivalo na svojevrsnu disproporciju kada je u pitanju angažovanost polova (ILO, 2021, p. 30). Sa industrijalizacijom prestaje ekonomski značaj neproduktivnog zanatskog rada i manufakture. Intenzivnije se razvija industrijska proizvodnja te se time veći broj manuelnih radnika angažuje za rad u velikim fabrikama, koje dobijaju primat u odnosu na manja porodična preduzeća (ILO brief, 2020, p. 4). Time je prestajao i značaj rada od kuće, koji je prethodno bio značajno zastupljen, što ilustruje podatak iz Francuske, gde je 1900. godine svaka treća žena radila od kuće, proizvodeći odeću i niz drugih proizvoda široke potrošnje (ILO brief, 2020, p. 5).

U promenjenim ekonomskim uslovima, sredinom prošlog veka, u SAD⁴ rad od kuće postaje zastupljen u oblasti administrativnog poslovanja, a sa razvojem osiguranja povećava se broj radnika koji obavljaju obradu štete kod osiguranja, izvršavajući rad od kuće (ILO brief, 2020, p. 5), uz porast zastupljenosti ovog rada u oblasti računarskog programiranja.⁵

Specifičnost mesta rada kod rada od kuće dovodi do odsustva stroge, neposredne i uobičajene kontrole rada zaposlenog od strane poslodavca, zbog čega je ovakva forma rada, istorijski posmatrano, u zakonodavstvu, teoriji i praksi kvalifikovana kao nezavisan rad, imajući u vidu autonomiju zaposlenih na radu (Kovačević, 2011, p. 457). Važno je ukazati i na stanovište da radnik od kuće nije u podređenom položaju kao zaposleni, niti uživa stepen ekonomske samostalnosti koji bi ga kvalifikovao kao nezavisnog radnika (samozaposlenog lica), te se smatra da je u statusu „slično-zaposleni“ (Lubarda, 2012, p. 354), upravo zbog ograničene kontrolne vlasti poslodavca, koja je omeđena mestom rada zaposlenog i ustavno proklamovanom nepovredljivosti nepokretnosti, uz poštovanje privatnosti tog lica. Ipak, na osnovu međunarodnih standarda, tokom razvoja radnog prava došla je do izražaja težnja da se radnopravni status radnika od kuće izjednači sa pravnim položajem zaposlenog u klasičnom smislu (Lubarda, 2012, p. 354).

Poseban problem za ove radnike može predstavljati ostvarivanje bezbednosti na radu (ILO brief, 2020, p. 5). Uslovi za rad od kuće predviđeni su zakonom, a osim toga što takav rad ne sme biti štetan po zdravlje zaposlenog i druga lica, on ne sme ugrožavati ni životnu sredinu, i to tako da se ne sme raditi sa opasnim, eksplozivnim i drugim opasnim materijama

⁴ Istraživanje sprovedeno prošle godine je ukazalo da se 37% poslova u Sjedinjenim Američkim Državama može obavljati u potpunosti od kuće, uz značajne razlike prema gradovima i industrijama, kao i da se ovi poslovi plaćaju više od poslova koji se ne mogu obavljati od kuće, uz podatak da čine ukupno 46% svih američkih zarada (Dingel & Neiman, 2020, p. 1).

⁵ Pionir u IT sektoru i organizovanju rada od kuće je britanska IT kompanija koja je ovakvu formu rada organizovala još 1962. godine, na inicijativu gospođe Steve Shirley, koja je radila kao programer, i u svojoj kompaniji za rad od kuće okupila veliki broj žena programera. Kompanija je rasla i do početka 1980. godine zapošljavala je oko 1.000 lica, i to 95% žena (više: ILO, 2021, p. 113). Sredinom 70-ih godina prošlog veka u SAD se javlja termin *telework*. Odnosi se na užu podvrstu rada od kuće, koji se obavlja na terenu, korišćenjem interneta i telekomunikacionih tehnologija. Prvi put se koristi u Kaliforniji za oznaku IT radnika koji obavljaju radne zadatke koristeći informaciono-komunikacionu tehnologiju (ILO brief, 2020, p. 4).

(Jovanović, 2015, p. 203; Lubarda, 2012, p. 354). No iako postoje ove prepreke, lakoća organizovanja rada od kuće, uz pomoć digitalnih platformi i informacionih tehnologija, dovela je do ekspanzije ovog oblika rada u novom milenijumu. Budući da ovaj oblik rada omogućava preduzećima da lako organizuju rad, uz smanjivanje troškova, poput zakupa poslovnih prostorija, on predstavlja isplativu formu rada sa stanovišta poslodavca, naravno, u delatnostima gde je ovakav rad moguće organizovati. Sa pandemijom virusa korona, ovaj oblik rada postaje nužnost, kako bi se očuvalo zdravlje i bezbednost zaposlenih lica. Istovremeno sa njim se značajno menja karakter radnih odnosa, jer izostaje integrisanost, kao bitan element radnog odnosa, a, s druge strane, postaju dominantniji fleksibilni oblici organizovanja rada, poput kliznog radnog vremena.

3. Rad od kuće u međunarodnim izvorima radnog prava

Pravni položaj radnika koji rad obavljaju od kuće prvi put je regulisan Konvencijom ILO br. 26 od 1928. godine, koja uređuje pitanje minimalne zarade za radnike zaposlene na mašinama. Konvencijom se utvrđuju minimalne stope zarada za radnike zaposlene u određenim zanatima, a naročito u kućnim zanatima (ILO brief, 2020, p. 5). Posebna Konvencija koja uređuje ovaj oblik rada jeste Konvencija br. 177 o radu od kuće, od 1977. godine. Uz Konvenciju doneta je i Preporuka br. 184, iste godine, kojom se bliže određuju odredbe Konvencije i omogućava njihova bolja primena. Termin „rad od kuće“, u smislu čl. 1, tač. a Konvencije, podrazumeva posao koji lice obavlja u svom domu, osim poslova koje obavlja kod poslodavca, za zaradu i što rezultira proizvodom ili uslugom koju odredi poslodavac, bez obzira na to ko obezbeđuje opremu, materijale ili druge potrebne delove za izradu proizvoda ili usluge, osim ukoliko to lice ima stepen autonomije i ekonomske nezavisnosti koji imaju nezavisni radnici, odnosno samozaposlena lica prema nacionalnim zakonodavstvima pojedinih država. U pitanju je rad koji se obavlja pod posrednom kontrolom poslodavca, imajući u vidu pravnu subordinaciju i položaj obe strane radnog odnosa, sa mestom izvršenja rada koje je, ovog puta, kuća zaposlenog. Pojam subordinacije, prema tome, podrazumeva odnos dvaju subjekata ili elemenata koji nisu međusobno jednaki, „već jedan od njih ima manji značaj ili uža ovlašćenja u odnosu na drugi koji mu je nadređen i od kojeg zavisi“ (Kovačević, 2013, p. 20). Zaposleni, kao slabija strana radnog odnosa, izvršava radne zadatke od kuće, a poslodavac ostvaruje vlast i poštuje privatnost zaposlenog, i to „poštovanjem principa legitimnosti, srazmernosti i transparentnosti, što predstavlja uslov ograničenja prava na privatni život zaposlenog“ (Kovač-Orlandić, 2020, p. 85). Posebno važno je poštovanje principa transparentnosti koji podrazumeva obavezu poslodavca da u svakom konkretnom slučaju upozori zaposlenog o nadzoru koji sprovodi, o prirodi nadzora, trajanju i obimu (Kovač-Orlandić, 2020, p. 85). Poslodavac i inspekcija rada mogu izvršiti kontrolu rada, odnosno inspekcijski nadzor ukoliko se prethodno najave radniku, uz saglasnost radnika i dogovor u vezi sa terminom nadzora (Lubarda, 2012, p. 356).

Ukoliko se rad samo povremeno obavlja od kuće, takav rad ne bi mogao da se klasifikuje u ovu formu rada, u smislu Konvencije. Takođe, radnici koji imaju visok stepen autonomije u radu i ekonomsku nezavisnost predstavljaju samozaposlene, koji se ne

svrstavaju u kategoriju zaposlenih koji rad obavljaju od kuće (ILO, 2021, p. 18). Ključni element kod definisanja jeste mesto izvršenja rada, koje može biti kuća zaposlenog, ali i ulica ili *coworking*⁶ prostor ili bilo koji drugi prostor koji je zaposleni odredio (ILO, 2021, p. 17). Određeni pravni sistemi razlikuju kategoriju „zavisnih samozaposlenih“ lica, koja su shvaćena kao radnici koji obavljaju usluge za posao po ugovoru koji se razlikuje od ugovora o radu i koji zavise od jednog ili manjeg broja fiksnih klijenata od kojih ostvaruju stalne prihode i dobijaju direktne smernice u vezi sa tim na koji način treba obaviti posao (ILO, 2021, p. 20). Ovo bi bila kategorija „slično zaposlenih“. Nadalje, Konvencijom se obezbeđuje jednak tretman za radnike koji svoj rad obavljaju od kuće u odnosu na radnike koji rad obavljaju u sedištu poslodavca. Jednakost tretmana potrebno je obezbediti u odnosu na: 1. pravo radnika da organizuju ili da se priključuju drugim organizacijama prema sopstvenom izboru; 2. zaštitu od diskriminacije u postupku zapošljavanja i napredovanja; 3. zaštitu u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu; 4. zarade; 5. zaštitu u okviru sistema socijalnog osiguranja; 6. pristup obuci; 7. minimalne godine starosti za zasnivanje radnog odnosa i 8. zaštitu materinstva (čl. 4, st. 2, tač. a-h Konvencije 117). Rezolucija Međunarodne organizacije rada od 2018. godine razlikuje četiri forme rada od kuće i to: *remote work* ili rad na daljinu, rad koji se obavlja na drugoj alternativnoj lokaciji, izvan poslovnih prostorija poslodavca, što može biti javni prostor, auto-put, ulica (rad uličnih prodavaca, saobraćajnih policajaca i drugih), zatim *telework*, rad koji se obavlja uz pomoć informaciono komunikacionih tehnologija, imejla i telefona, nadalje *work at home* i konačno *home based work*, što je podgrupa oblika rada *work at home*, koja podrazumeva rad od kuće preko digitalnih platformi velikog broja radnika koji izvršavaju radne zadatke u uslužnom sektoru, pod kontrolom poslodavca ili posrednika, bez autonomije i ekonomske nezavisnosti da bi se mogli smatrati kao samozaposlena lica prema nacionalnim zakonodavstvima (ILO, 2021, p. 8; o radnopravnom statusu vid. Stojković Zlatanović, 2021, pp. 5–6). Radnicima koji rade od kuće ne smatraju se ni neplaćeni članovi porodice radnika. Osim toga, rad od kuće ne uključuje ni samostalne radnike koji vode poslovanje od kuće (ILO, 2021, p. 19).

Regionalni izvori, pre svega pravo Evropske unije, ne sadrže propise pravnoobavezujućeg karaktera, kojima se na neposredan način reguliše rad od kuće. Posrednim putem institut regulišu Direktiva o radnom vremenu i Direktiva o balansu profesionalnog života sa privatnim, koja je doneta 2019. godine, sa ciljem utvrđivanja prava zaposlenima da zahtevaju „fleksibilni oblik rada“, s tim da poslodavac takav zahtev može odbiti ukoliko postoji jasan razlog odbijanja i ukoliko je dat u razumnom periodu (Eurofound, 2020, p. 8). Evropski okvirni sporazum o radu na daljinu (*European Framework Agreement on Telework*) od 2002. godine, prepoznaje specifičnu formu rada od kuće, *telework*, s tim da je u pitanju dokument koji pravno ne obavezuje potpisnike (socijalne partnere) iako im stvara određene obaveze, ali im ostavlja slobodu u pogledu izbora načina primene. U nekim zemljama takva mogućnost iskorišćena je u autonomnim izvorima prava, odnosno kolektivnim ugovorima (poput Austrije, Belgije, Španije, Danske, Nemačke, Grčke, Francuske, Italije i Luksemburga), dok je u drugim državama primena omogućena putem pravnoneobavezujućih kodeksa ponašanja (Velika

⁶ Prostor koji samozaposleni ili radnici na daljinu koriste radi izvršenja prestacije rada na taj način što dele zajednički radni prostor, obavljajući rad za svoj račun ili za račun drugog lica (radnici na daljinu), uz plaćanje naknade za korišćenje zajedničkog prostora.

Britanija, Finska, Holandija) (Baltina, 2012, p. 8). S druge strane Bugarska, Kipar, Estonija, Litvanija, Malta i Rumunija nisu utvrdili mehanizam za primenu sporazuma u nacionalnim zakonodavstvima (Baltina, 2012, p. 8). Veliki nedostatak pomenutog sporazuma jeste što ne uređuje rad od kuće koji obavljaju zaposleni s vremena na vreme i neformalno, što je najčešći slučaj u praksi (Eurofound, 2020, p. 9), kao i taj što obezbeđuje zaštitu samo za zaposlena lica.

4. Radnopravni i socijalnopravni status radnika koji rad obavljaju od kuće

U smislu međunarodnih radnopravnih standarda radnici od kuće su zaposlena lica, dakle lica koja svoj rad obavljaju iz radnog odnosa, preuzimajući sva prava, obaveze i odgovornosti, ili su u pitanju zavisni izvođači konkretnih radnih zadataka, koji mogu biti angažovani putem bilo koje forme ugovora kojima se ne zasniva radni odnos. Radnici od kuće, kao lica u radnom odnosu, proizvode proizvode ili vrše usluge, i to tako da imaju radne zadatke i zaduženja koje im delegira poslodavac, koji, s druge strane, vrši i kontrolu njihovog rada, ali ima i disciplinsku vlast u odnosu na te zaposlene. Rad od kuće je posebno interesantan zaposlenima koji teže fleksibilnosti, kao i osobama sa invaliditetom, koji na tržištu rada imaju smanjene mogućnosti za zaposlenje (ILO, 2021, p. 10). Fleksibilnost u organizovanju radnog vremena je najveća prednost rada od kuće dok je mana problem usklađivanja poslovnog i privatnog života, koji predstavlja poseban problem za one radnike koji imaju malu decu, koja ne idu u vrtić ili je usled pandemije kovida 19 on zatvoren. Problem predstavlja i ukoliko ta lica žive u malim stanovima, kada je nemoguće obezbediti odvojenu prostoriju ili mesto u stanu gde se rad može obavljati nesmetano, bez kontakta i ometanja od strane drugih ukućana. Ovo je posebno problem i za ona lica koja žive u velikim porodicama, koje čine više generacija.

Sa aspekta ostvarivanja kontrolne i disciplinske vlasti poslodavca, nadzor nad radom zaposlenih koji rade od kuće je manjeg stepena u odnosu na zaposlene u prostorijama poslodavca, u smislu korišćenja prava na pauzu u toku rada ili organizovanja radnog vremena. Ovo stoga što se ovaj vid kontrole može uspostaviti elektronskim putem, dok je u drugom slučaju realniji, jer su zaposleni fizički prisutni i vidljivi poslodavcu, te su manje mogućnosti za bilo kakve zloupotrebe. Specifična nadzorna vlast poslodavca kod rada od kuće pre se, dakle, ogleda u kontroli kvaliteta rada nego u odnosu na uobičajenu kontrolu načina izvršenja prestacija rada, a ovo posebno kada se ima u vidu da ovo specifično mesto rada uživa zaštitu kroz ustavnu garantiju nepovredivosti stana (Kovačević, 2011, p. 458). Pravna subordinacija postoji sve dokle poslodavac snosi teret rizika posla, pa makar i dok daje samo okvirna uputstva i naloge za rad, bez obzira na to da li obezbeđuje i sredstva za rad ili zaposleni koristi sopstvena (Kovačević, 2011, p. 457). Ukoliko zaposleni samostalno snosi rizik poslovanja i rad obavlja samostalno, bez izdavanja naloga i radnih zadataka od strane drugih lica, u tom slučaju izostaje radni odnos (Kovačević, 2011, p. 458) i reč je o samozaposlenim licima.⁷ Prema svemu navedenom, pravna subordinacija ostaje bitan element

⁷ Ukoliko se pak sloboda radnika ogleda u načelnoj slobodi da organizuje radno vreme uz mogućnost da koristi sopstveni materijal i sredstva za rad, to nije dovoljno za kvalifikaciju samozaposlenog, posebno ako je zaposleni dužan da u određenom roku i na unapred opredeljen način obavlja poslove koje mu delegira poslodavac (Kovačević, 2011, p. 458).

radnog odnosa zaposlenih koji rade od kuće, sve dok poslodavac snosi rizik poslovanja i dok izdaje radne naloge i uputstva. Nadalje, neka lica koja obavljaju rad od kuće mogu predstavljati samozaposlena lica, te u nekim nacionalnim zakonodavstvima uživaju niži obim socijalne zaštite ili ona pak izostaje, dok su u nekim slučajevima radnici od kuće uključeni u sistem socijalnog osiguranja, ali se ti zakoni ne primenjuju (ILO, 2021, p. 12). Jasna granica između zaposlenih i samozaposlenih lica koja rad obavljaju od kuće ogleđa se u činjenici da zaposleni rad obavljaju za račun, u korist i pod vlašću poslodavca, poštujuću njegove radne naloge, uputstva i rokove za izvršenje, uz svu autonomiju i fleksibilnost u pogledu načina izvršenja rada i same organizacije radnog vremena, dok samozaposleni postupaju za sopstveni račun, poštujući zahteve klijenta, samostalno organizujući rad i radno vreme.

Pitanje otkaza ugovora o radu za radnike od kuće nije regulisano Konvencijom br. 177, ali se na njih primenjuje Konvencija br. 158, te ukoliko su u radnom odnosu, oni ostvaruju pun nivo zaštite kod prestanka radnog odnosa (pravo na minimalni rok za izjašnjenje o osnovama prestanka radnog odnosa, pravo na otkazni rok, zaštita od nezakonitog otkaza itd.) (ILO, 2021, p. 209).

Kako rad od kuće može predstavljati rizik po zdravlje i bezbednost na radu, naročito zato što nije moguće obezbediti bezbedno rukovanje alatima, hemikalijama ili proizvodima (na primer lepkovima) u kućnim uslovima, niti se mogu sprečiti mišično-skeletni poremećaji zbog nepovoljnih ergonomskih uticaja uređaja ili alata kojima se radi ili neadekvatno dizajniranog radnog mesta, kao ni psihosocijalni rizici, zbog odsustva integriteta u radni proces (ILO, 2021, p. 12), ILO je utvrdila smernice za poboljšanje bezbednosti i zaštite zdravlja radnika koji rade od kuće sa kontrolnim listama koje se odnose na skladištenje i rukovanje materijalom, proveru sigurnosti mašina i slična pitanja (ILO, 2021, p. 258).

Diskriminacija ili zlostavljanje na radu, kao psihosocijalni rizici, mogu se javiti kao posledica rada od kuće, gde se prema licima koja se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji postupa na različit način, s obzirom na neko pretpostavljeno ili urođeno lično svojstvo, čime se vrši diskriminacija, dok se obavljanjem radnih zadataka od kuće takvi zaposleni mogu isključiti iz ključnih radnih procesa, na način da se od njih prikrivaju važne informacije ili se manipuliše ciljevima, ili se zaposleni ignorišu, što sve predstavlja radnju koja sadrži elemente zlostavljanja na radu. U skladu sa najnovijom Konvencijom ILO br. 190 radnici od kuće zaštićeni su i od svakog oblika uznemiravanja i nasilja na radu, bilo da oni predstavljaju ponavljajuće akte ili jednokratna ponašanja.

Istovremeno veći nivo stresa, kao psihosocijalnog rizika, mogu da proizvedu zahtevi koji u toku radnog vremena dolaze od strane ukućana, kojima je potrebna pažnja ili pomoć.

S druge strane, radnici koji rade od kuće imaju manji pristup treninzima i stručnom usavršavanju od onih koji rade u prostorijama poslodavca, što, osim rizika od povreda, značajno umanjuje njihove mogućnosti za razvoj karijere (ILO, 2021, p. 12). Fizičko odsustvo zaposlenog iz radnog kolektiva može otežati ostvarivanje kolektivnih prava, posebno prava na sindikalno organizovanje i delovanje (ILO, 2021, p. 12). Pored toga i druga kolektivna prava, poput prava na informisanje, konsultovanje i participaciju, prava na kolektivnu akciju, poput štrajka, ostaju teže ostvariva radnicima koji rade od kuće.

Važan rizik koji nosi rad od kuće ogleđa se i u neformalnosti, ali i mogućnosti da, pored industrijskih radnika od kuće, rad obavljaju drugi ukućani, te se ne može biti siguran

u kojoj će meri rad biti prepušten ukućanima ili deci mlađoj od 14 godina ako je reč o jednostavnim fizičkim poslovima (ILO, 2021, p. 12). Ukoliko zaposlenom u izvršavanju rada pomaže neko od ukućana, time se dovodi u pitanje i postojanje bitnog elementa radnog odnosa koji se ogleda u ličnom izvršenju prestacije rada, a posledično i pravnog položaja takvog lica kao zaposlenog.

Ostvarivanje načela radnog prava jednakih šansi i postupanja, kao i principa jednake zarade za rad jednake vrednosti predstavlja važan aspekt zaštite ove kategorije zaposlenih, u poređenju sa zaposlenima koji rad obavljaju u prostorijama poslodavca. Shodno tome, međunarodnim radnim standardima Konvencijom br. 177 i Preporukom br. 184 propisuje se jednak tretman zaposlenih koji rade od kuće u odnosu na upoređujuće zaposlene u prostorijama poslodavca, uz ostvarivanje prava na udruživanje i kolektivno pregovaranje i ovih zaposlenih (ILO, 2021, p. 12). Dakle, zaposleni koji rade od kuće imaju ista prava i obaveze iz radnog odnosa (individualna i kolektivna prava) kao i zaposleni koji rade u prostorijama poslodavca, uz uvažavanje određenih specifičnosti (Jovanović, 2015, p. 204).

5. Rad od kuće u domaćem zakonodavstvu

Zakon o radu (ZoR), koji je sistemski zakon za oblast radnih odnosa, utvrđuje da se radni odnos za obavljanje poslova van prostorija poslodavca može obavljati kao rad na daljinu i rad od kuće (čl. 42). Ugovor o radu od kuće, pored svih obaveznih elemenata iz čl. 33 ZoR-a treba da sadrži i sledeće: 1. trajanje radnog vremena prema normativima rada; 2. način vršenja nadzora nad radom i kvalitetom obavljanja posla zaposlenog; 3. sredstva za rad za obavljanje posla koje je poslodavac dužan da nabavi, instalira i održava; 4. korišćenje i upotrebu sredstava za rad i naknadu troškova za njihovu upotrebu; 5. naknadu drugih troškova rada i njihovo utvrđenje (što bi mogli biti troškovi struje, vode, interneta, tekućeg održavanja itd.) i druga prava i obaveze (čl. 42, st. 2–3, tač. 1–6 ZoR). Prema tome, poslodavac je dužan da obezbedi posao, sredstva za rad, da ih instalira i održava ne bezbedan način, kao i da snosi troškove održavanja, kao i druge troškove koji mogu da proizađu usled obavljanja rada od kuće.⁸

Osnovna zarada zaposlenog koji obavlja rad od kuće ne može biti utvrđena u manjem iznosu od osnovne zarade zaposlenog koji radi na istim poslovima u prostorijama poslodavca (ZoR, čl. 42, st. 4), imajući u vidu poštovanje jednog od osnovnih pravila radnog prava o jednakoj zaradi za rad jednake vrednosti i načelu jednakih šansi i postupanja prema zaposlenima.⁹

Odredbe o rasporedu radnog vremena, prekovremenom radu, preraspodeli radnog vremena, noćnom radu, odmorima i odsustvima primenjuju se i na ugovor o radu za rad od kuće, ukoliko nije drukčije određeno opštim aktom ili ugovorom o radu (ZoR, čl. 42,

⁸ Slično, Zakon u Čileu, koji uređuje *telework*, koji je usvojen 2020. godine, ističe da je obaveza poslodavca da snosi troškove rada, funkcionisanja, održavanja i popravke opreme (ILO, 2020, pp. 1–33).

⁹ No važno je ukazati da se u nekim državama koje imaju visoke dohotke rad od kuće plaća manje, jer se obračunava kazna u vidu umanjenja zarade za ovaj oblik rada. To je slučaj u Sjedinjenim Američkim Državama, za razliku od Ujedinjenog Kraljevstva i Italije gde se daje bonus takvim radnicima. Vid.: ILO, 2021, pp. 144–145.

st. 5). Ovo stoga što je zaposleni koji radne zadatke obavlja od kuće apsolutno izjednačen sa uporedivim zaposlenim koji obavlja rad u prostorijama poslodavca, uz isti obim prava, obaveza i odgovornosti, gde se ističe problem sprovođenja kontrolne funkcije poslodavca kada je u pitanju kontrola radnog vremena i korišćenja dnevne pauze, budući da neki zaposleni mogu zloupotrebiti „slobodu“ jer nisu fizički pod kontrolom poslodavca, tako da ne provedu celokupno radno vreme u radu ili produže dnevni odmor. S druge strane, poseban problem predstavlja i obezbeđivanje zaštite zaposlenih u pogledu korišćenja ograničenog radnog vremena, imajući u vidu da su prilikom rada od kuće zaposleni pripravniji i duže od ugovorenog radnog vremena za potrebe poslodavca, ili pak da ostaju da rade prekovremeno. Količina i rokovi za izvršenje poslova koji se obavljaju po osnovu ugovora o radu od kuće ne mogu se odrediti na način kojim se zaposlenom onemogućava da koristi prava na odmor u toku dnevnog rada, dnevni, nedeljni i godišnji odmor, u skladu sa zakonom i opštim aktom (ZoR, čl. 42, st. 6).

Opštim aktom poslodavca ili ugovorom o radu utvrđuju se: poslovi koje zaposleni obavljaju od kuće, neophodni resursi za obavljanje poslova (infrastruktura, oprema za rad, softver, internet konekcija i sl.), način i mere za održavanje kontakata, sprovođenje nadzora nad radom i kvalitetom obavljanja posla uz kontrolu i mere bezbednosti i zdravlja na radu (Vodič za bezbedan i zdrav rad, 2020, pp. 3–4). Zaposleni koji rad obavlja od kuće ne ostvaruje pravo na naknadu troškova prevoza, što s druge strane predstavlja uštedu za budžet poslodavca. Ovo naravno ne sprečava poslodavca da plati troškove prevoza, što je neretko i slučaj u praksi, jer je davanje većeg prava i povoljnijih uslova rada zaposlenima u esenciji radnog prava.

U cilju regulisanja radnopravnog statusa zaposlenog na radu od kuće, koji je vremenski ograničen zbog delovanja određenih okolnosti (npr. zbog mera ograničenja kretanja zbog pandemije virusa korona), neophodno je da poslodavac sa zaposlenim zaključi aneks ugovora o radu, kojim će se ugovoriti mogućnost obavljanja rada od kuće za određen vremenski period, u skladu sa odlukom o rasporedu radnog vremena koju donosi poslodavac u zavisnosti od potreba posla (Vodič za bezbedan i zdrav rad, 2020, p. 3). U ovom slučaju zaposleni se upućuju da, uz korišćenje svih mera kojima se štiti prvenstveno zdravlje i bezbednost zaposlenog, ponudom za izmenu ugovorenih uslova na radu, rad ubuduće obavljaju van poslovnih prostorija poslodavca.

Ovde je od značaja odgovor na pitanje, šta ukoliko zaposleni odbije ponudu za izmenu ugovorenih uslova na radu. Da li bi u tom slučaju rešenje o prestanku radnog odnosa, zbog odbijanja ponude za zaključenje aneksa ugovora o radu, u smislu čl. 171, st. 1, tač. 1–5 Zakona o radu bilo zakonito? Čini se da se u slučaju ponude aneksa radi upućivanja zaposlenog na rad od kuće ne radi o promeni mesta rada radi premeštaja u drugo mesto rada kod istog poslodavca (ZoR, čl. 171, st. 1, tač. 2), već je pre u pitanju pozivanje na generalnu klauzulu iz tač. 6 „u drugim slučajevima utvrđenim zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu“ (ZoR, čl. 171, st. 1, tač. 6). Ukoliko, dakle, zaposleni ne potpiše ponudu za izmenu ugovorenih uslova na radu, posledica neprihvatanja aneksa nije otkaz ugovora o radu (kao u drugim slučajevima predviđenim za upućivanje ponude za izmenu ugovorenih uslova na radu, ZoR čl. 179, st. 5, tač. 2). Ovo stoga što jedino u ovom slučaju Zakon nije predvideo pravnu posledicu prestanka radnog odnosa usled nepotpisivanja ponude za izmenu ugovorenih uslova na radu,

jer se ovde radi o promeni uslova rada, u smislu mesta rada, *in favorem laboratoris* u korist zaposlenih, a radi očuvanja zdravlja i bezbednosti, u vreme pandemije. Takođe, ovde se ne radi o promeni prava i obaveza u okviru iste vrste radnog odnosa u konkretnom slučaju, već se menja i sama vrsta radnog odnosa (Jovanović, 2015, p. 205). Ukoliko bi poslodavac ipak otkazao ugovor o radu, u ovom slučaju moglo bi se postaviti pitanje zakonitosti rešenja o prestanku radnog odnosa. Budući da se radi o izmeni bitnog elementa iz ugovora o radu, mestu rada, u smislu čl. 33 ZoR-a, a shodno načelu dobrovoljnosti, zaposleni može da se uputi da rad obavlja od kuće ukoliko se saglasi, te ukoliko zaposleni odbije izmenu bitnih elemenata ugovora o radu, poslodavac ne može da otpusti radnika, odnosno takav otkaz bi bio neopravdan (Lubarda, 2012, p. 356).

Zakonom kojim se uređuju pitanja bezbednosti i zdravlja na radu utvrđuju se prava, obaveze i odgovornosti poslodavca i zaposlenih u cilju primene mera za bezbedan i zdrav rad i nesmetano obavljanje radnih procesa, procenom svih potencijalnih fizičkih, hemijskih i psihosocijalnih rizika koje nose sva radna mesta, i sve to radi smanjenja mogućnosti povreda na radu i razvoja profesionalnih bolesti u radnoj sredini, odnosno očuvanja opšte dobrobiti i fizičkog i psihičkog zdravlja zaposlenih. Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu nisu propisane odredbe koje se odnose na rad od kuće (definicija izdvojenog mesta rada, procena rizika na radu od kuće i dr.), a kojima se propisuju prava i obaveze poslodavca i zaposlenih koje se odnose na rad na daljinu i rad od kuće (Vodič za bezbedan i zdrav rad, 2020, pp. 4–5), što postojeći Nacrt Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu iz 2021, koji je trenutno u fazi javne rasprave, nadomešćuje, te propisuje da je „rad od kuće rad koji zaposleni obavlja upotrebom informaciono-komunikacionih tehnologija za poslodavca iz mesta prebivališta, odnosno boravišta ili drugog mesta stanovanja, a koje nije pod neposrednom kontrolom poslodavca (Nacrt Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 4, st.1, tač. 22). Iz definicije rada od kuće u Nacrtu može se uočiti da rad od kuće podrazumeva rad u digitalnom okruženju, koji se odvija uz pomoć IKT tehnologije, gde se prenebregava činjenica da takav rad može biti i manuelan.

Važno je ukazati na to da *Vodič za bezbedan i zdrav rad, rad od kuće* (Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Uprava za bezbednost i zdravlje na radu, 2020), koji je donelo Ministarstvo rada prošle godine, predstavlja upućujući akt poslodavcima u Republici Srbiji, pre svega u javnom sektoru, sa ciljem da se daju jasnije smernice i preporuke kako bliže urediti rad od kuće. Prema njemu ovaj rad se definiše kao rad koji se obavlja posredstvom informacionih i komunikacionih tehnologija (stoni računar, prenosivi računar – laptop, pametni telefon i tablet) koje omogućavaju obavljanje poslova van prostorija poslodavca (Vodič za bezbedni rad, 2020, p. 3). Time se još jednom institut rada od kuće sužava, budući da rad od kuće može podrazumevati i fizički rad, odnosno određene zanatske poslove (izrada obuće, garderobe, proizvodnja hrane i tome slično). U cilju što detaljnijeg propisivanja specifičnosti obavljanja rada od kuće, potrebno je izmenama matičnog zakona za oblast rada i zakona koji uređuje zaštitu bezbednosti i zdravlja na radu propisati što detaljnije sve elemente i specifičnosti rada od kuće kako bi se izbegla pravna nesigurnost i sva moguća arbitrarna tumačenja.

Vodič za bezbedan i zdrav rad preuzima evropsku kontrolnu listu od Evropske agencije za bezbednost i zdravlje na radu kao način za upravljanje rizicima radnog mesta.

Može se uočiti da neka pitanja koja su predviđena u kontrolnoj listi, a odnose se na pitanja upravljanja bezbednosti i zdravljem zaposlenog, kao npr. u pogledu sistematskog praćenja zdravlja zaposlenog (posebno po pitanju vida, problema sa sluhom i mišićno-koštanih problema) (Vodič za bezbedan i zdrav rad, 2020, p. 14), teže su ostvariva u vremenu pandemije, imajući u vidu upošljenost zdravstvenog sistema u našoj državi radi lečenja obolelih od kovida, podjednako kao što je vrlo teško očekivati da zaposleni izvrši adekvatnu i stručnu samoprocenu rizika na radu od kuće da bi utvrdio da li je radno mesto bezbedno i zdravo (Vodič za bezbedan i zdrav rad, 2020, p. 8). Iako ovaj vodič ima svoje slabosti i mane, on predstavlja jedini pravni akt koji bliže reguliše isključivo rad od kuće, u čemu se ogleda i njegova najveća vrednost.

6. Zaključak

Rad od kuće postaje naročito aktuelan sa pandemijom kovida 19 za sve delatnosti gde je moguće organizovati rad na ovaj način. Rad od kuće predstavlja atipičan oblik radnog odnosa, specifičan po mestu rada, koje je kuća ili stan zaposlenog, kada je moguća samo posredna kontrola poslodavca u pogledu izvršenja radnih zaduženja (suprotno tome radni odnos se po pravilu zasniva za izvršenje prestacije rada u prostorijama poslodavca).

Posebno mesto rada onemogućava integrisanost u radni proces, što može voditi donekle i socijalnoj izolaciji zaposlenog, osim ukoliko se ne obavlja stalna komunikacija sa poslodavcem i drugim zaposlenima koji rad obavljaju u prostorijama poslodavca. Odsustvo integrisanosti može izazvati pojavu psihosocijalnih rizika, u vidu pojačanog, odnosno hroničnog stresa, diskriminacije, ali i zlostavljanja na radu, i to najviše radnjama i ponašanjima kojima se zaposleni izopštavaju i isključuju iz ključnih radnih procesa, prikrivaju im se bitne informacije ili se manipuliše sa ciljevima organizacije.

Razvojem radnog prava, postepeno se pravni položaj radnika od kuće utvrđivao u rasponu od statusa samozaposlenih lica do slično-zaposlenih i, naposletku, međunarodnim radnim standardima pravni položaj radnika od kuće nastojao se izjednačiti sa položajem zaposlenih u klasičnom smislu. Obezbeđenje bezbednosti i zdravlja na radu za lica koja rade od kuće predstavlja poseban izazov za poslodavce, imajući u vidu da se kontrola mesta rada od strane poslodavca ne može sprovesti bez saglasnosti zaposlenog, kao i dogovora o vremenu kontrole. Isti je slučaj i sa inspekcijskim nadzorom. Istovremeno, ništa manji izazov nije ni za zaposlene, imajući u vidu da i oni imaju radnu obavezu da vrše samoprocenu rizika radnog mesta, a sve u cilju stvaranja zdrave i bezbedne sredine.

Kako je svet krajem 2019. godine pogodila pandemija kovida 19, veliki broj radnika se susreo sa realnošću rada od kuće. Upravo ova forma rada biće i u budućnosti sve zastupljenija. Imajući u vidu tu činjenicu, važno je da vlade u saradnji sa sindikatima i udruženjima poslodavaca omoguće ratifikaciju i primenu međunarodnih radnih standarda Konvencije br. 177 i Preporuke br. 184. Ovo posebno stoga što je mali broj država sveta to do sada učinio, svega 11, s tim da u Sloveniji još nije otpočela primena. Srbija, nažalost, još uvek nije ratifikovala Konvenciju br. 177.

Imajući u vidu da sistemski Zakon o radu ne uređuje na potpun način rad od kuće, a da postojeći Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu ne prepoznaje institut rada od kuće, potrebno je predložiti zakonodavcu da se postojeći propisi promene, u skladu sa dobrim primerima iz uporednog prava, a shodno međunarodnim radnim standardima, kako bi se pružila adekvatna i blagovremena pravna zaštita za sve zaposlene koji su prinuđeni da privremeno rade od kuće tokom mera koje se sprovode radi suzbijanja pandemije ili drugih spoljnih uzroka. Istovremeno treba predložiti zakonodavcu da prilikom definisanja instituta rada od kuće uključi i manuelan rad, a ne samo rad u digitalnom okruženju. U međuvremenu, poslodavci i sindikati treba da nastoje da postojeće odredbe propisa koje uređuju rad od kuće razrade putem autonomnih izvora prava, odnosno kolektivnih ugovora, ili pak internim aktima poslodavca, tj. pravilnicima o radu, a sve u cilju obezbeđivanja boljih uslova rada i zaštite zdravlja i bezbednosti svih zaposlenih.

Literatura

- Dingel, J. & Neiman, 2020. How many jobs can be done at home?. *NBER Working Paper* No. 26948. Cambridge, pp. 1-19. doi: <https://doi.org/10.3386/w26948>.
- Jovanović, P. 2015. *Radno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- Lubarda, B. 2012. *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Knežević, J. 2020. Rad od kuće tokom pandemije. *Korak biblioteke*, 5, pp. 46– 58.
- Kovač-Orlandić M. 2020. Pravo zaposlenog na privatnost – gde je granica poslodavčevog prava da nadzire komunikaciju zaposlenih. *Strani pravni život*, 64(4), pp. 85–99. doi: <https://doi.org/10.5937/spz64-29470>.
- Kovačević, Lj. 2013. *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kovačević, Lj. 2011. Izazovi zaštite zaposlenih koji rade k(od) kuće. *Pravo i privreda*, pp. 452–470, 7–9 .
- Krasulja, N., Vasiljević Blagojević, M. & Radojević, I. 2015. Rad od kuće kao alternativa za postizanje poslovno-porodičnog balansa. *Ekonomika*, 61(2), pp. 131–142. doi: <https://doi.org/10.5937/ekonomika1502131K>.
- Krasulja, N., Zubović, J. & Radojević, I. 2014. Work form home impact on income satisfaction. *Industrija*, 42(3), pp. 129–140. doi: <https://doi.org/10.5937/industrija42-7074>.
- Stojković Zlatanović, S. 2021. Radnopravne implikacije IV industrijske revolucije i digitalizacije rada. *Pravo i privreda*, 1, pp. 1–18. doi: <https://doi.org/10.5937/PiP2101001S>.
- Šunderić, B. & Kovačević, Lj. 2019. *Radno pravo*. Beograd: JP Službeni glasnik.
- Eurofound. 2020. *Regulations to address work–life balance in digital flexible working arrangements*. New forms of employment series. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- ILO brief. 2020. *Working from Home: Estimating the worldwide potential*. Geneva: International Labour Organisation.

- ILO. 2021. *Working from home: From invisibility to decent work*. Geneva: International Labour Organisation.
- ILO. 2020. *COVID-19: Guidance for labour statistics data collection*. Geneva: International Labour Organisation.

Internet izvori

- Baltina, I. 2012. *Overview on European policies on TELEWORK, European Union*. European regional development fund, pp. 1-12. Dostupno na: https://www.micropol-interreg.eu/IMG/pdf/Overview_on_European_policies_on_TELEWORK_final.pdf, (23. 7. 2021).
- Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja - Uprava za bezbednost i zdravlje na radu. 2020. *Vodič za bezbedan i zdrav rad, rad od kuće*. Dostupno na: <https://www.minrzs.gov.rs/sites/default/files/2021-01/Водич%20безбедан%20рад%20од%20куће.pdf>, (25. 7. 2021).
- EU. 2020. *European Framework Agreement on Telework*. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c10131&from=EN>, (23. 7. 2021).
- Eurofound. 2018. *Platform work*. Dostupno na: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/platform-work>, (29. 7. 2021).
- Ministarstvo za rad, boračka i socijalna pitanja. 2021. *Nacrt Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu*. Dostupno na: <https://www.minrzs.gov.rs/sr/dokumenti/predlozi-i-nacrti/uprava-za-bezbednost-i-zdravlje-na-radu-0>, (24. 9. 2021).

Pravni izvori

Evropska unija

- EU, Directive 2019/1158/EC of of the European Parliament and of the Council od 20 June 2019, *OJ L* 188, 12. 7. 2019, pp. 79–93.
- EU, Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council od 4 November 2003, *OJ L* 299, 18. 11. 2003, pp. 9–19.

Srbija

- Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005, 91/2015 i 113/2017 – dr. zakon.
- Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009.
- Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2010.
- Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 i 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

Međunarodna organizacija rada

- ILO, Convention C190, 2019. *Violence and Harrasment Convention*. [Konvencija MOR br. 190 o uznemiravanju i nasilju na radu]. Dostupno na: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190.
- ILO, Convention C177, 1996. *Home Work Convention*. [Konvencija MOR br. 177 o radu od kuće]. Dostupno na: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322.
- ILO, Convention C158, 1982. *Termination of Employment Convention*. [Konvencija MOR br.

158 o prestanku radnog odnosa]. Dostupno na: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158.

ILO, Recommendation R184, 1996. Home Work Recommendation. [Preporuka MOR br. 184 o radu od kuće]. Dostupno na: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522.

Sladana M. Gligorić, PhD

Legal Consultant, Lara consulting d.o.o.

Associate, Faculty of Law for Commerce and Judiciary, University of Business Academy, Novi Sad, Serbia

e-mail: g.sladjja@yahoo.com

LEGAL REGIME OF WORK FROM HOME IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW

Summary

In the conditions of pandemic Covid 19, there was an expansion of work from home, which includes various forms of informal work that is performed outside of business premises of the employer. Such work includes “reduced” control power of the employer, calls into question the legal subrogation in the employment relationship, and has negative consequences for the realization of the rights of employee (primarily for safety and protection at work and privacy). Therefore, the paper lists the most important international documents of International Labour Organization applicable to work from home. It can be noticed that the modern concept of work from home differs from the former, in a way that it is limited to intellectual jobs or services that are performed in the digital environment. Regulation of work from home in the main Labour Law of the Republic of Serbia is incomplete, while the current Law on Health and Safety at Work does not recognize this form of work, which *de lege ferenda* requires amendment and harmonization of provisions, all with the aim of ensuring fuller protection of fundamental rights to work and in connection with work, as well as regulating the status of employees.

Keywords: work and labour relations, work from home, safety and health at home, international labour law standards.

Primljeno: 4. 8. 2021.
Izmenjeno: 29. 9. 2021.
Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

PRAVNI OKVIR ZA PRIMENU OPŠTEPRIHVAĆENIH PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE

1. Prema rešenju usvojenom u čl. 16, st. 2 Ustava Republike Srbije (dalje: Ustav) „opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju“, a prema st. 3 tog člana – „Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom“.

Sa aspekta pravnog statusa i primene međunarodnog krivičnog prava (MKP) podjednako je značajan i čl. 18, st. 2 Ustava koji u relevantnom delu glasi: „Ustavom se jemče, i kao takva, neposredno [se] primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima“. Iako na prvi pogled ta odredba ne donosi ništa novo u odnosu na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava (opšteprihvaćena pravila) i potvrđene međunarodne ugovore, ona ima dublje značenje jer pozicionira te pravne izvore u prestižni kontekst ljudskih prava. S razvojem zaštite ljudskih prava došlo je do značajnih promena u pristupu MKP-u uopšte ili bi se pak moglo reći da je krivičnopravna reakcija na strahote Drugog svetskog rata bila samo jedan vid reakcije društva na povrede elementarnih ljudskih prava. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (Univerzalna deklaracija) donesena je, uostalom, 1948, tj. neposredno nakon suđenja u Nirnbergu i Tokiju. Obe pojave inspirisane su idejom „univerzalnosti“.

1. a) Kako to sledi iz čl. 16, st. 2, Ustav pravi razliku u pogledu hijerarhijskog statusa opšteprihvaćenih pravila i potvrđenih međunarodnih ugovora. Opšteprihvaćena pravila imaju veću pravnu snagu i prema preovlađujućem mišljenju stavljena su u isti rang sa Ustavom (Dimitrijević *et al.*, 2012, p. 67; Marković, 2006, p. 10). Drugim rečima, njihova validnost se ne može preispitivati iz aspekta Ustava. Ratifikovani međunarodni ugovori, međutim, podležu oceni ustavnosti, ali uživaju veću pravnu snagu od zakona.¹ U ustavnopravnim porecima drugih zemalja opšteprihvaćenim pravilima se, takođe,

* Do 1992. vanredni profesor na predmetu Krivično pravo na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu; od 1993. do odlaska u penziju - savetnik u Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, Beograd;
e-mail: milankavesovic2018@gmail.com

¹ Kad su, međutim, u pitanju potvrđeni međunarodni ugovori kojima se štite ljudska i manjinska prava prema čl. 18, st. 2 Ustava, Đurić (2013, pp. 147–148) izvodi zaključak da ti ugovori takođe imaju ustavnu snagu, na osnovu dela odredbe iz tog člana koji glasi: „ustavom se jemče“, što znači da oni ne bi mogli da se pojave kao predmet materijalne (sadržajne) usaglašenosti sa Ustavom. Drugim rečima, ti ugovori već na normativnom nivou uživaju viši status od ostalih međunarodnih ugovora. Razmatrajući pitanje Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP) Marinković (2019, p. 53) na osnovu stava Ustavnog suda od 2. aprila 2009. (Su br. I – 8/11/09) izvodi zaključak da je toj konvenciji priznat kvaziustavni značaj i ističe da ustavne odredbe uspostavljaju osnov da sudovi i drugi organi javne vlasti neposredno primenjuju odredbe Konvencije kao i da ih u skladu sa čl. 18, st. 3 tumače u skladu sa jurisprudencijom Evropskog suda (vid.

posvećuje posebna pažnja. Tako na primer u nemačkom pravu opšta pravila međunarodnog prava, kako su ona označena u §25 Osnovnog zakona (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* - GG), iako imaju niži status od Ustava (a viši od saveznih zakona)² imaju izuzetno značajnu ulogu. Prema stanovištu Saveznog ustavnog suda iz 1987. (BeverfGE 75, 1, 19) nije dozvoljeno tumačenje i primena *bilo kog nemačkog zakona* na način koji povređuje opšta pravila međunarodnog prava predviđena u §25 GG (prema: Simma & Alston, 1988, p. 86). U kontekstu realizacije opštih pravila međunarodnog prava u nemačkom pravu takođe je veoma značajan stav Saveznog ustavnog suda prema kom bilo kakva povreda pravila iz §25 GG-a od strane nemačkih vlasti konstituiše povredu prava na slobodu iz čl. 2, st. 1 GG-a (Simma *et al.*, 1997, pp. 76–77, 85). To znači da je omogućeno podnošenje ustavne žalbe (*Verfassungsbeschwerde*) za povrede čl. 25 koja se u tom slučaju bazira na povredi opštih pravila međunarodnog prava kao sastavnom delu povrede prava iz čl. 2 GG-a. Ovakva mogućnost se u najmanju ruku odnosi na osnovna ljudska prava kao što su, na primer, zabrana ropstva i prinudnog rada, zabrana rasne diskriminacije i slično, tj. dok god, kako se ističe u teoriji, Međunarodni sud pravde (MSP) priznaje određena prava kao ona koja deluju *erga omnes* (Simma *et al.*, 1997, p. 77).

Ustav Srbije u čl. 18, st. 2 *in fine* takođe sadrži odredbu kojom predviđa da, ukoliko se zakonom propisuje i konkretizuje način ostvarivanja ljudskih i manjinskih prava zajemčenih opšteprihvaćenim pravilima i potvrđenim međunarodnim ugovorima (što je dozvoljeno samo ako su ispunjene pretpostavke iz čl. 18, st. 2), „*to ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenog prava*“. Kao što smo već napomenuli, u našem pravu je, takođe, Ustavni sud Srbije zauzeo stav da se ustavnom žalbom štite sva ljudska i manjinska prava i slobode, individualna i kolektivna, nezavisno od njihovog mesta u pravnom sistemu.³

Generalno posmatrano, međutim, ustavnopravna rešenja u pogledu statusa i pravne snage opšteprihvaćenih pravila i ratifikovanih međunarodnih ugovora su veoma raznolika. Mnogi ustavi evropskih država ne uspostavljaju distinkciju u pogledu pravne snage između ove dve pravne kategorije. Tako, na primer, u našem okruženju, Ustav Crne Gore, iako je i opšteprihvaćenim pravilima i potvrđenim i objavljenim međunarodnim

Marinković, 2019; takođe Etinski *et al.*, 2017, p. 132). U pravu Slovenije na osnovu čl. 15, st. 5 Ustava, prema kom „*Ljudska prava i osnovne slobode koje su uređene pravnim aktima koji važe u Sloveniji nije dopušteno ograničavati pod izgovorom da ih ustav ne priznaje ili da ih priznaje u manjoj meri*“ (prevela i istakla M. V.) takođe se izvodi zaključak da ljudska prava i osnovne slobode predviđene ratifikovanim međunarodnim ugovorima imaju isti status kao i odredbe ustava (Umek, 2010, p. 136).

U ovom kontekstu vredi spomenuti i odluku Saveznog ustavnog suda Nemačke. Naime, prema §59(2) Osnovnog zakona Nemačke međunarodni ugovori su u pogledu statusa izjednačeni sa saveznim zakonima. U odluci VerfGE 74, 358 (370) Ustavni sud je, međutim, stao na stanovište da se „[...] prilikom interpretacije Osnovnog zakona uzima u obzir sadržaj i razvoj Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda dok god to nema za posledicu ograničenje fundamentalnih prava garantovanih Osnovnim zakonom“ (Upor: čl. 18, st. 3 Ustava Srbije).

² Čl. 25 GG glasi: „Opšta pravila međunarodnog javnog prava predstavljaju sastavni deo saveznog prava. Ona imaju prednost u odnosu na zakone i neposredno stvaraju prava i obaveze za stanovnike savezne države“ (prema Kreća, 2020, p. 77).

³ Stav Ustavnog suda glasi: „[...] ustavnom žalbom štite se sva ljudska i manjinska prava i slobode, individualna i kolektivna, nezavisno od njihovog sistematskog mesta u Ustavu i nezavisno od toga da li su izričito ugrađena u Ustav ili su u ustavnopravni sistem implementirana potvrđenim međunarodnim ugovorima“ (Su br. I – 8/11/09).

ugovorima dodelio visok status („imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primenjuju“), ne pravi razliku u pogledu njihove pravne snage.⁴ Takođe, u ustavnom pravu Slovenije ova dva pravna izvora uživaju istu pravnu snagu – višu od zakona, a nižu od Ustava, s tim što se ratifikovani međunarodni ugovori mogu neposredno primeniti, dok ta mogućnost nije predviđena za opšteprihvaćena pravila, tj. *opšteprihvaćena načela međunarodnog prava* kako su ona označena u Ustavu Slovenije.⁵ Opšteprihvaćena pravila se, dakle, u pravu Slovenije pojavljuju samo u funkciji normativne kontrole zakona. I pored toga, u ustavnoj teoriji se ističe (Umek, 2010, p. 133) da ova načela predstavljaju pravila koja priznaje celokupna međunarodna zajednica i da je stoga teško pretpostaviti da će u praksi doći do kolizije između njih i osnovnih ustavnih načela. Štaviše, navodi se da, u slučaju sukoba između tih načela i ustavnih odredaba, odredbe po mogućnosti treba tumačiti uz poštovanje *opšteprihvaćenih načela međunarodnog prava*. Takav stav koji je, na primer, zauzela i Venecijanska komisija 2007. u §17 povodom Ustava Republike Srbije od 2006. je u skladu s prisutnom tendencijom u savremenom pravu da ustav treba tumačiti tako da se izbegne kolizija između domaćih normi i obavezujućih pravila međunarodnog prava.

Pored hijerarhijskog statusa ulogu (efektivnost) međunarodnih normi u pravnom poretku opredeljuje i njihova neposredna primena. Kako to Marković (2017, p. 513) u vezi sa čl. 18, st. 2 Ustava ističe: „suština nije u tome koliko se ljudska prava ustavom i deklaracijama proglašavaju već koliko se ljudska prava ostvaruju“ i stoga kako se ona „ne bi jednim aktom davala, a drugim oduzimala, u ustavu je neophodno ustanoviti kao pravilo njihovo neposredno ostvarivanje na osnovu ustava [...]“.

Za razliku od moguće neposredne primene opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava u pogledu zaštite osnovnih ljudskih prava (kao što je proklamovano u čl. 16, st. 2 i čl. 18, st. 2 Ustava), kada su u pitanju norme krivičnog prava, države, međutim, preferiraju inkorporaciju (potvrdu) tih pravila u nacionalnom pravnom poretku putem normi unutrašnjeg prava, pri čemu se u pravilu praktikuje metod transformacije. Često se ističe da ovakvo postupanje odgovara ne samo nacionalnom već i međunarodnom zakonodavcu, koga oslobađa delikatne dužnosti da uspostavlja definitivne formulacije normi koje duboko zadiru u oblast ljudskih prava. Što se tiče opšteprihvaćenih pravila, kad su u pitanju norme MKP-a, s obzirom na to da se one odnose na međunarodno običajno pravo, i to *jus cogens* prirode, realizacija tih normi u domaćem pravnom poretku pretpostavlja njihovu neposrednu primenu na osnovu ustava. Kako to Dimitrijević *et al.* (2012, p. 62) ističu: „Međunarodni običaji se ne mogu putem metoda transformacije inkorporirati u unutrašnje zakonodavstvo već se u ustavima uglavnom predviđa njihova automatska inkorporacija tj. neposredna primena [...]“. Pomenuto stanovište zauzimaju i Etinski *et al.* (2017, p. 131), kao i Kreća (2020, p. 80) koji kaže: „Nejasno je kako bi se izvela transformacija običajno pravnih pravila. [...] Jedini pouzdan način meritornog

⁴ Čl. 9 Ustava Crne Gore glasi: „Potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni su dio unutrašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primenjuju.“

⁵ Čl. 8 Ustava Slovenije glasi: „Zakoni i drugi propisi moraju biti u skladu sa opšteprihvaćenim načelima međunarodnog prava i sa međunarodnim ugovorima koji obavezuju Sloveniju. Ratifikovani i objavljeni međunarodni ugovori se primenjuju neposredno“ (prevod: M. V.)

ustanovljenja postojanja i sadržine jednog običajnopravnog pravila je odgovarajuća presuda međunarodnog suda. Izlazi da bi običajnopravna pravila valjalo transformisati kroz primenu presuda međunarodnih sudova. Teorijski posmatrano, u tom slučaju ne bi se radilo o transformaciji običajnog pravnog pravila, već konstatacije ili nalaza suda o običajnom pravilu.“ To znači da za primenu opšteprihvaćenih pravila nije potreban nikakav unutrašnji pravni akt kao posrednik između njih i međunarodnih pravnih izvora (kao što u vezi sa čl. 25 GG-a zapažaju Simma *et al.* (1997, pp. 75–76)), odnosno da već na osnovu ustava postoji mogućnost da ih sudovi kao i ostali učesnici u postupku neposredno primenjuju. Kad su u pitanju norme MKP-a, onda je potrebno naglasiti da su u ovom kontekstu relevantne samo one običajne norme koje se odnose na srž MKP-a (istinska međunarodna krivična dela – Ambos, 2013, p. 54), tj. međunarodna krivična dela *stricto sensu* ili *core crimes*, kako se ona u pravilu nazivaju.

2. a) Kao što smo naveli, pod opšteprihvaćenim pravilima podrazumeva se pre svega međunarodno običajno pravo⁶ (Dimitrijević *et al.*, 2012, p. 66; Etinski *et al.*, 2017, p. 103; Simma & Alston, 1988, pp. 86 i dalje). U pravilu pod taj pojam se podvode i generalni

⁶ Prema čl. 38, tač. b) Statuta MSP-a, međunarodno običajno pravo predstavlja *dokaz opšte prakse prihvaćene kao pravo*. Osnovne dve komponente ovog pojma su: konzistentna i jednoobrazna prakse država i uverenje subjekta o obaveznosti takvog postupanja. Opšta običajna pravila deluju *erga omnes* i određena država, bez obzira na to da li je ili nije učestvovala u stvaranju određenog pravila (izuzev u slučaju izričitog neodobravanja putem protesta) dužna je da postupa po pravilima. Kreća (2020, p. 116) navodi primer presude MSP-a: *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany /Netherlands)* (1969) da je pravilo iz čl. 6 Konvencije o epikontinentalnom pojasu prešlo u pravilo običajnog međunarodnog prava i kao takvo postalo obavezno čak i za države koje nikad nisu postale ugovornice Konvencije (§71). U vezi sa međunarodnim krivičnim delima *stricto sensu* Dimitrijević *et al.* (2012, p. 235) navode: „Zato međunarodni zločini koji su definisani u nekim međunarodnim ugovorima, a koji su zatim zahvaljujući univerzalnom karakteru vrednosti na koje se odnose postali deo međunarodnog običajnog prava, obavezuju celu međunarodnu zajednicu, a ne samo države potpisnice“. U istom smislu: Jovašević, 2013, p. 317.

MSP je u Savetodavnom mišljenju u vezi s rezervama na Konvenciju o genocidu iz 1951, dakle odmah nakon stupanja na snagu Konvencije, zauzeo stav da principi koji stoje iza Konvencije o genocidu deluju *erga omnes* (*Reservation*, 1951, p. 23). Drugim rečima, mnoge odredbe i načela konvencijskog prava sadržane u Statutu Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu (1945) (Nirnberški statut), u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju za zločin genocida (1948) (Konvencija o genocidu), Principima međunarodnog prava priznatih u Statutu Nirnberškog tribunala i Presudi Tribunala (1950) (Nirnberški principi) (1950) i dr. prerasle su u međunarodno običajno pravo i imaju dejstvo tog prava. Smatramo da je umereno na ovom mestu napomenuti da je Jugoslavija bila jedna od devetnaest zemalja koje su 1945. pristupile i potpisale Londonski sporazum.

Formalnopravno kao osnov transformacije nirnberškog prava i konvencijskog prava u međunarodno običajno pravo uzima se Rezolucija 95/I Generalne skupštine UN od 11. decembra 1946. kojom je Generalna skupština jednoglasno potvrdila (prisutna je bila i delegacija Jugoslavije) nirnberške principe sadržane u Nirnbeškom statutu i Nirnbeškoj presudi i istovremeno dala mandat Komisiji za međunarodno pravo da formuliše te principe (A/RES/95(I), p. 188).

Genocid, koji nije figurirao kao samostalno krivično delo pred Nirnberškim tribunalom već u okviru čl. 6, st. 1, tač. c) Statuta, priznat je kao samostalan zločin prema međunarodnom pravu u Rezoluciji 96/I, donesenoj na istoj sesiji Generalne skupštine. Tom prilikom naznačene su i osnovne konture tog zločina – negiranje ljudskoj grupi prava na postojanje (A/RES/96(I) pp.1 88-189).

Jedno isto pravilo, takođe, može imati karakter i običajnog i konvencijskog pravila. Eklatantan primer u MKP-u predstavlja IV haška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu (1907). U Nirnberškoj presudi konstatovano je da su pravila humanitarnog prava sadržana u toj konvenciji koja su primenjivana 1939: „bila priznata od svih civilizovanih naroda i tretirana kao ona koja deklarišu zakone i običaje rata i da se na njih odnosi član 6 (b) Nirnberškog statuta“ (Trial, 1947, pp. 253–254).

principi civilizovanih naroda (generalni principi)⁷ (Etinski *et al.*, 2017, pp. 131 u vezi sa p. 56). Oba pojma zasnivaju se na čl. 38, st. 1, tač. b) i c) Statuta MSP-a, i to je početna tačka za njihovo određivanje i u MKP-u. Nakon donošenja Rimskog statuta, veliku uloga u pogledu njihove interpretacije i razumevanja igraju rešenja i tumačenja tog statuta.

Kad je reč o krivičnom pravu, međunarodno običajno pravo ili opšte međunarodno pravo obuhvata na prvom mestu meritorne odredbe Nirnberškog statuta i Konvencije o genocidu, zatim Nirnberške principe, kao i osnovna načela i odredbe sadržane u četiri ženevske konvencije (1949) i u dopunskim protokolima uz te konvencije (1977). Mnoge odredbe predviđene u tim aktima su nadnacionalnog karaktera, što znači da su pojedinci krivično odgovorni po međunarodnom pravu bez obzira na to da li je ponašanje za koje se terete u vreme izvršenja bilo inkriminisano u njihovom nacionalnom zakonodavstvu ili nije – „Pojedinci imaju međunarodne dužnosti koje prevazilaze obavezu poslušnosti koju im nameće sopstvena država“ (International Military Tribunal, 1947, p. 223). I to je srž međunarodnog krivičnog prava *stricto sensu* sve do danas. Pravilo individualne krivične odgovornosti prema međunarodnom pravu omogućilo je vođenje nirnberškog, tokijskog i ostalih suđenja na bazi nirnberškog prava. Tako Werle & Jessberger (2014, § 164) navode: „Zločini prema međunarodnom pravu direktno napadaju na fundamentalne vrednosti međunarodne zajednice i uspostavljaju krivičnu odgovornost direktno prema međunarodnom pravu“, a isto i Kreß (2009, §10), kao i Ambos (2014, p. 223) koji ističe da je konsekvencija toga mogućnost da se učinocima tih dela sudi pred međunarodnim sudskim telima i pravo država da vode krivični postupak na bazi univerzalne jurisdikcije čak i u slučaju kada krivično delo nije predviđeno u nacionalnom zakonodavstvu lica kojem se sudi.⁸ Sve izloženo odnosi se samo na *core crimes* (ne i na terorizam, uprkos

⁷ Od 1920, kada je nastao, taj pojam ima dvojako značenje. S jedne strane, odnosi se na opšta načela koja čine temelj pravnog sistemu („načela imanentna samoj ideji prava“ – Kreća, 2020, p. 96), bez kojih pravni poredak ne može da funkcioniše i koje je neophodno ugraditi u pravni sistem države. To su principi koji se ne dovode u pitanje. S druge strane, navedeni generalni principi imaju pozitivističku konotaciju – sud ih pronalazi u (reprezentativnim) nacionalnim pravnim sistemima (*in foro domestico*), a zatim ih izvodi iz tih prava u cilju popunjavanja praznina i rešavanja konkretnog slučaja (kreacija prava).

U oblasti ljudskih prava upečatljiva je distinkcija koja se u ovom pogledu sreće u Nacrtu EKLJP-a podnesenog Savetu ministara Saveta Evrope u julu 1949. Tako su u čl. 3 Nacrta kao opšta načela izdvojeni: a) zaštita zakonitih prava drugog i b) zahtevi moralnosti (etike), javnog reda (uključujući sigurnost društva i dobrobit zajednice), a u čl. 7, st. 2 Nacrta predviđeni generalni principi civilizovanih naroda u standardnom i uobičajenom značenju – „Ovaj član ne utiče na suđenje i kažnjavanje nekog lica za činjenje ili nečinjenje koje se u vreme izvršenja smatralo krivičnim delom prema opštim pravnim načelima koja priznaju civilizovani narodi“. Pojam se danas u pravilu koristi u poslednjem značenju, npr: čl. 7, st. 2 EKLJP, čl. 15, st. 2 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, čl. 49, st. 2 Povelje EU, čl. 21, st. 1(c) Rimskog statuta, s tim što je mogućnost primene generalnih principa prema rešenju u Statutu značajno ograničena. U istom značenju upotrebljen je pojam *opštih pravnih načela priznatih u međunarodnom pravu* u čl. 10, st. 3 Krivičnog zakonika Srbije (dalje: KZ).

⁸ Celovite definicije međunarodnih krivičnih dela *stricto sensu* su znatno kompleksnije (Werle & Jessberger, 2014, § 93) i ističu da je potrebno da se ispune tri pretpostavke da bi se jedno krivično delo tretiralo kao *core crime*: 1) da se radi o ponašanju koje povlači individualnu krivičnu odgovornost i koje podleže kažnjavanju; 2) da norma koja to predviđa predstavlja sastavni deo međunarodnog prava i 3) da se radi o delu kažnjivom prema međunarodnom pravu bez obzira na to da li se za njega odgovora prema domaćem pravu.

Prema Kressu (2009, §16) međunarodna krivična dela *stricto sensu* predstavljaju: 1) dela *jus cogens*, tj. dela koja se ne mogu derogirati; 2) dela koja na taj način sprečavaju sukob sa nacionalnim pravom koje je s njima u suprotnosti i 3) koja negiraju pravo države na imunitet *ratione materiae* prema međunarodnom pravu.

univerzalnoj motivaciji i naporima da se takav zločin spreči). Prema Rimskom statutu ta dela obuhvataju: genocid, zločine protiv čovečnosti, ratne zločine i agresiju.⁹ U čl. 5, st. 1 ona su označena kao „najteža krivična dela koja su kao takva proglašena od celokupne međunarodne zajednice“.

2. b) Norme MKP-a *stricto sensu* primenjuju međunarodna sudska tela (direktno), ali i nacionalni sudovi (indirektno, Kreš, 2009, §17), na osnovu pravila po kome je u nacionalnom pravu dozvoljena neposredna primena tih krivičnih dela ili na osnovu nacionalnog zakonodavstva u koje je međunarodna norma uneta. Kako su u pitanju krivičnopravne norme, države u pravilu pribegavaju kodifikaciji, tj. preciznom i jasnom predviđanju opisa krivičnih dela i sankcija za ta dela. Glavni argument koji se u prilog tome ističe je to što u međunarodnom pravu nedostaju mehanizmi za preduzimanje sankcija, kada nacionalni zakonodavac taj zadatak preuzima na sebe. Mišljenja smo da koncepcija prema kojoj treba poći od sistema i kaznenih okvira koji postoji u zakonodavstvu države u pitanju može predstavljati adekvatnu polaznu tačku za rešenje tog pitanja. Stiče se utisak da se problem „sankcije“ često predimenzionira. Napomenuli bismo samo da su kreatori Rimskog statuta, i pored toga što u Statutu nisu predvideli kazne za pojedina krivična dela, uspeali da putem regulisanja sistema kazni, pravila o odmeravanju kazni, pravila o preispitivanju kazne tokom izdržavanja i dr., pruže solidne garancije protiv arbitrarnosti.

Iako *core crimes* putem metoda transformacije postaju norme unutrašnjeg prava (Werle & Jessberger, 2014, 2a/fn. 11), to i dalje ne negira mogućnost da ta dela budu procesuirana pred međunarodnim sudskim telima. Uloga opšteprihvaćenih pravila u takvim sistemima dolazi do izražaja samo kada se radi o pravnim prazninama u nacionalnom zakonodavstvu, pod uslovom da nacionalno pravo dozvoljava njihovu neposrednu primenu. Potrebno je, međutim, istaći da te „praznine“ nisu baš bez značaja, kao što je to pokazala naša nedavna prošlost u vezi sa zločinima protiv čovečnosti.

2. c) U našem pravu dominantna je teza prema kojoj nacionalni sudija ne može da primenjuje međunarodno pravo na zločin koji je u pitanju dok on nije unesen u domaće zakonodavstvo i dok za njega nije propisana kazna. Takav stav zastupaju npr. Degan, Pavišić & Beširević (2010, p. 67), istina, dozvoljavajući izvesno odstupanje jer smatraju da Evropski sud ne bi uzeo retroaktivnu primenu propisa u pogledu zločina protiv čovečnosti kao povredu člana 7, st. 1 EKLJP-a s obzirom na nirnberšku tradiciju tog zločina. Razmatrajući mogućnost primene običajnog prava kao izvora prava, Stojanović (2016, p. 21) ističe da je iza pravila *nullum crimen sine iure* stajala pretpostavka da se međunarodno krivično pravo neće direktno primenjivati, već da će prethodno biti inkorporisano u krivično pravo pojedinih zemalja. Eventualno, direktna primena međunarodnog prava, kao i „opštih principa priznatih od strane svih nacija“ dozvoljavala se kao izuzetak u nekim slučajevima

Razrađujući vrednosti čija je zaštita od interesa za međunarodnu zajednicu u celini, ovaj autor posebno ističe međunarodno priznata ljudska prava, ističući da je sa razvojem zaštite ljudskih prava nastala nova specifična generacija međunarodnih krivičnih dela *stricto sensu* (Kreš, 2009, §10).

⁹ Definicija ovog dela nije bila unesena u tekst Rimskog statuta, nego je prilikom njegovog donošenja samo naznačeno da agresija spada u krug krivičnih dela koja su u nadležnosti MKS-a. Na Revizionoj konferenciji Rimskog statuta u Kampali 2010. postignut je sporazum i uspostavljen pojam agresije, a od 17. jula 2018. aktivirana i jurisdikcija MKS-a u tom pogledu.

kada nacionalno pravo ne predviđa kao krivično delo neko ponašanje oko koga postoji opšti konsenzus da se radi o teškom krivičnom delu. S obzirom na to da taj izuzetak nema veći praktični značaj u krivičnom pravu, autor smatra da „načela međunarodnog prava, mogu biti samo osnova za propisivanje određenih krivičnih dela i sankcija za njih, kao i za propisivanje određenih opštih instituta“ (Stojanović, 2016, p. 29). Škulić (2012, p. 80) polazi od istog osnovnog stava, ali stavlja akcenat na čl. 145, st. 2 Ustava prema kom se, za razliku od potvrđenih međunarodnih ugovora, opšteprihvaćena pravila ne pominju kao osnov sudske odluke.

Ovakav stav je duboko ukorenjen u našoj teoriji i praksi. Razmatrajući čl. 7, st. 1 EKLJP-a i pojam međunarodnog prava, koji prema odredbi tog člana, pored nacionalnog prava, predstavlja osnov legaliteta, Ilić (2017, p. 151) ističe da se „o kažnjivosti određenog krivičnog dela može govoriti tek nakon njegovog 'unošenja' iz međunarodnog prava u unutrašnje pravo“. Istina, autor navodi da postoje i druga shvatanja u pogledu dejstva međunarodnog prava predviđenog u čl. 1, st. 1 EKLJP-a,¹⁰ a takođe, na osnovu prakse ESLJP-a, prihvata široku interpretaciju pojma „zakon“ (samo i nepisano pravo, kao i podzakonski pravni akti ako se na osnovu njih može izvesti kvalitativan zaključak o dostupnosti i predvidivosti). Ilić (2017, p. 157) uvažava dejstvo čl. 7, st. 2 EKLJP-a ako se odnosi na „tvrdo jezgro“ ljudskih prava.

Znatno fleksibilnije stavove u pogledu neposredne primene međunarodnog prava susrećemo kod drugih autora: Avramov & Kreća (1997, p. 35); Etinski *et al.* (2017); Majić (2009); Kambovski (2008). Kambovski polazi od rešenja u makedonskom pravu, ali iznosi i svoje opšte viđenje ovog problema, tj. da je „u slučaju kogentnih normi MKP-a, kao što su inkriminacije genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina, sud pozvan da ih primeni čak i nezavisno i eventualno suprotno domaćim propisima, jer je to najočitiji slučaj sukoba između *zakonskog neprava* i *nadzakonskog prava* u kome sud treba da stane na stranu supranacionalne norme“ (Kambovski, 2008, p. 34).

Majić (2009, pp. 233–234) smatra da Ustav, samim tim što predviđa opšteprihvaćena pravila, ostavlja prostor za neposrednu primenu MKP-a, te da bi „s obzirom da opšteprihvaćena pravila nesumnjivo obuhvataju *ius cogens* zločine [...] neposredna primena tih dela bila moguća čak i u odsustvu zakonske inkriminacije“. Etinski *et al.* (2017, p. 131), takođe, ističu: „Ne može se sasvim isključiti direktno dejstvo nekih pravila međunarodnog prava prema pojedincima i nedržavnim subjektima i onda kada za to ne postoji osnov u nacionalnom pravu“, a kao primer za to navode nirnberško pravo.

2. d) Krivična dela koja spadaju u *core crimes* deluju nezavisno od: volje države, obaveza shodno konvencijama i toga da li su dela uneta u zakonodavstvo određene države, zato što se propisivanjem i kažnjavanjem za ta dela obezbeđuje zaštita univerzalnih vrednosti čovečanstva – elementarnih ljudskih prava i sloboda i stoga njihovo suzbijanje i procesuiranje ne smeju da zavise od volje nacionalnog zakonodavca i konvencijskih obaveza

¹⁰ Genuino, pojam međunarodnog prava obuhvata konvencijsko i običajno pravo i generalne principe (Thiam, 1986, p. 163; Gallant, 2007, p. 4). U poslednje vreme primetna je izvesna uzdržanost u pogledu određenja pojma međunarodnog prava, posebno u vezi s generalnim principima kao njegovog sastavnog dela. Npr. u Vodiču za primenu člana 7 Evropske konvencije (CoE, 2020, §10) generalni principi se ne pominju u okviru pojma međunarodnog prava. Komentar uz čl. 7, st. 2 ostao je, međutim, nepromenjen (CoE, 2020, §§ 60–61).

države. U Savetodavnom mišljenju u vezi s rezervama na Konvenciju o genocidu MSP je izričito zauzeo stanovište da: „principi koji stoje iza Konvencije predstavljaju principe koje priznaju sve civilizovane nacije kao one koji obavezuju sve države, čak i bez bilo kakve njihove konvencijske obaveze“ (*Reservation*, 1951, p. 23). Navedeni stav se ceni kao sudska verifikacija genocida kao običajne pravne norme. Namera je bila da primena Konvencije bude univerzalna, a to je upravo kompatibilno sa efektima međunarodnog običajnog prava. Imajući u vidu suštinu krivičnih dela prema međunarodnom pravu (supranacionalnost), kao i biće genocida kao zločina koji povređuje dostojanstvo čoveka kao ljudskog bića svojstveno svim narodima, bez ustezanja se može konstatovati da nigde kao kod genocida to dejstvo nije tako očigledno opravdano (peremptorna norma međunarodnog običajnog prava koja deluje *erga omnes*). U presudi *Primena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida – Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore* iz 2007 (Presuda, 2007) veza između krivičnih dela prema međunarodnom pravu i međunarodnog običajnog prava je izričito konstatovana. MSP je istakao da činjenica da je genocid u članu I Konvencije predviđen kao zločin prema međunarodnom pravu potvrđuje zahteve koji proizilaze iz međunarodnog običajnog prava (Presuda, 2007, § 161). Štaviše Sud je citirao i presudu *Vojne aktivnosti na teritoriji Konga* (2006), koja se u ovom pogledu smatra veoma značajnom (Schabas, 2009, p. 4), u kojoj je takođe MSP istakao da je zabrana genocida „peremptorna norma međunarodnog prava (*jus cogens*)“.

Primer koji dobro ilustruje značaj kvalifikacije nekog dela kao „zločina međunarodnog prava“, kako je prema čl. I to delo okarakterisano, odnosi se sasvim sigurno i na pitanje koje se javilo u vezi sa univerzalnom jurisdikcijom i genocidom. Naime, iako je u članu VI Konvencije o genocidu jurisdikcija za to delo rešena na osnovu principa teritorijalnosti (s tim što je predviđena i mogućnost jurisdikcije međunarodnog krivičnog suda), vremenom je preovladao stav zasnovan na čl. I Konvencije i pojmu „zločin međunarodnog prava“ da se za to delo može krivično goniti na osnovu univerzalne jurisdikcije, iako je, kako navodi Schabas (2009, p. 81) suprotstavljanje pojedinih delegacija predviđanju genocida kao međunarodnog krivičnog dela u vreme donošenja Konvencije bilo evidentno (Schabas, 2009, p. 81).

Kao obrazloženje za primenu univerzalne jurisdikcije u teoriji se, u pravilu, navodi – individualna krivična odgovornost prema međunarodnom pravu (Ambos, 2014, p. 223), odnosno – dejstvo genocida kao peremptorne norme opšteg međunarodnog prava koja deluje *erga omnes* („obaveza države da spreči i kazni zločin genocida teritorijalno nije ograničena“, kako se navodi u §31 presude u slučaju *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*, 1996). U teoriji navedeni stav preovladava, iako nije apsolutno zastupljen, ali je činjenica da je to shvatanje u sprezi sa (formalnopravnom) interpretacijom čl. VI, prema kojoj odredba tog člana „ne isključuje mogućnost i drugih vidova jurisdikcije“ te je, pored teritorijalnog principa, dovela do relativno široke primene univerzalne jurisdikcije kako na zakonodavnom nivou tako i u savremenoj sudskoj praksi.

3. Ustav SRJ iz 1992, koji je važio u vreme ratnih sukoba na tlu Jugoslavije, kao i kasnija Ustavna povelja državne zajednice Srbija i Crna Gora iz 2003. sadržavali su odredbe kojima su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava tretirane kao sastavni deo

unutrašnjeg pravnog poretka,¹¹ što znači da postoji pravni osnov za procesuiranje zločina protiv čovečnosti izvršenih u tom periodu. S obzirom na to da naše pozitivno krivično zakonodavstvo poznaje zločin protiv čovečnosti (čl. 371 KZ), postoji mogućnost da se krivično gonjenje za to delo realizuje na bazi retroaktivne primene zakona s pozivom na međunarodno običajno pravo koje je postojalo u vreme izvršenja krivičnog dela. Kako je to ESLJP u presudi *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine* (2013, §55) zaključio, razmatrajući analognu pravnu situaciju u BiH: „Neki zločini, konkretno zločini protiv čovečnosti, u domaći zakon su uvedeni 2003. godine. Sud BiH i entitetski sudovi stoga nemaju nikakve druge mogućnosti nego da primenjuju Krivični zakon iz 2003. godine u takvim predmetima.“ Treba napomenuti da retroaktivna primena prava nije tako retka pojava u evropskoj praksi „postnirnberškog“ perioda, naročito u prelomnim istorijskim trenucima.

Naši pravosudni organi, međutim, ni u jednom slučaju nisu posegli za tim ovlašćenjem, ako se zanemari slučaj „vukovarske trojke“, kada je Savet državne zajednice Srbija i Crna Gora za saradnju sa MKTJ-om, povodom mogućnosti da MKTJ ustupi predmet srpskom pravosuđu izrazio stav da je „Statut MKTJ sastavni deo unutrašnjeg prava SRJ“ (Tužilac protiv Mileta Mrkšića i dr., IT-95-13/1-PT, Podnesak Veća SICG Veću za prosleđivanje predmeta, 28. april 2005, §§ 1-16, prema: FHP, 2014, p. 53).

Sudovi Crne Gore bili su fleksibilniji utoliko što nisu načelno negirali mogućnost postojanja zločina protiv čovečnosti na osnovu opšteprihvaćenih pravila. U presudi Apelacionog suda Crne Gore Ksž. br. 1/2012 od 22. marta 2012. detaljno je elaboriran čl. 16, st. 2 Ustava SR Jugoslavije i konstatovano da se ta odredba odnosi ne samo na potvrđene međunarodne ugovore već i na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, a ova pak – na međunarodno običajno pravo koje, na osnovu čl. 6, st. 2, tač. c) Nirnberškog statuta, Rezolucije Generalne skupštine UN od 11. decembra 1946. i Nirnberških principa (princip VI), obuhvata i zločin protiv čovečnosti. Na taj način Sud je zauzeo načelno stanovište „da se za krivično djelo zločina protiv čovečnosti može suditi optuženima iako to djelo u domaćem zakonu u vrijeme navodnog izvršenja nije bilo propisano kao krivično djelo [...]“ (iz obrazloženja navedene presude, 2012). Razmatrajući mogućnost primene zločina protiv čovečnosti iz čl. 427 KZ Crne Gore (donesen 2003) Sud je takođe konstatovao da se prema međunarodnoj i domaćoj sudskoj praksi (slučaj *Artuković i Egner*) takve situacije rešavaju tako što se „krivično djelo kvalifikuje po domaćem zakonu u kom je to krivično djelo naknadno inkriminisano“ (Ksž. br. 1/2012). Tako je generalno uspostavljena platforma za vođenje krivičnog postupka u slučaju *Bukovica*. Kad je, međutim, prešao na konkretno odlučivanje o postojanju krivičnog dela i sl., Sud je odstupio od izloženog pristupa i zahtevao je da se o postojanju zločina protiv čovečnosti u vreme izvršenje dela (1992-1993) zaključuje prema ratifikovanom konvencijskom pravu („pod pravilima međunarodnog prava koja kriminalizuju zločin protiv čovečnosti, podrazumijevaju

¹¹ Čl. 16, st. 2 Ustava SRJ (1992) je glasio: „Međunarodni ugovori koji su potvrđeni i objavljeni u skladu sa ustavom i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni su deo unutrašnjeg pravnog poretka“. Prema čl. 16 Ustavne povelje državne zajednice Srbija i Crna Gora od 2003: „Ratifikovani međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava imaju primat nad pravom Srbije i Crne Gore i pravom država članica“.

se pravila utvrđena međunarodnim aktima koji su bili ratifikovani u vrijeme koje se optužnicom opredjeljuje kao vrijeme izvršenja“ – Ksž. Br. 1/2012). Sud nije obrazložio zašto je odbacio međunarodno običajno pravo kao osnov za rešenje slučaja,¹² ali je potpuno jasno da to pravo, bez obzira na to što često služi kao početna tačka prilikom regulisanja konvencijskog prava, predstavlja samostalan pravni izvor čije postojanje ne zavisi od toga da li se zasniva ili ne na ratifikovanom konvencijskom pravu i što je u ovom slučaju najvažnije – koje deluje *erga omnes*.

Literatura

- Ambos, K. 2013. *Treatise on International Criminal Law*. Vol. I. Oxford: University Press.
- Ambos, K. 2014. *Treatise on International Criminal Law*. Vol. II. Oxford: University Press.
- Avramov, S. & Kreća, M. 1997. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Degan, V. Đ., Pavišić, B. & Beširević, V. 2011. *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Dimitrijević, V., Račić, O., Đerić, V., Papić, T., Petrović, V. & Obradović, S. 2012. *Osnovi međunarodnog javnog prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
- Đurić, V. 2013. Kontrola ustavnosti međunarodnih ugovora u Republici Srbiji. U: Nenadić, B. (prir.), *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava 1963-2013*. Beograd: Ustavni sud.
- Etinski, R., Đajić, S. & Tubić, B. 2017. *Međunarodno javno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet.
- Ilić, G. 2017. *Komentar Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama*. Beograd: Službeni glasnik.
- Jovašević, D. 2013. Kršenje pravila međunarodnog humanitarnog prava i sistem krivičnih sankcija. *MEDJP*, LXV(3), pp. 315-340.
- Kambovski, V. 2008. Međunarodno kazneno pravo u zaštiti ljudskih sloboda i prava. U: Nogo, S. (ur.), *VII međunarodni naučni skup: Međunarodno krivično pravo i ljudske slobode, Tara 2008*. Beograd: Intermex.
- Kreća, M. 2020. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Majić, M. 2009. *Primena međunarodnog krivičnog prava u nacionalnim pravnim sistemima*. Beograd: Službeni glasnik.
- Marinković, T. 2019. Analiza uticaja odluka Evropskog suda za ljudska prava na rad Ustavnog suda Srbije. U: Beljanski, S., Pajvančić, M., Marinković, T. & Valić Nedeljković, D. (ur.), *Odnos Ustavnog suda i sudske vlasti – stanje i perspektive*. Beograd: CEPRIIS.
- Marković, R. 2006. Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 45(2), pp. 5-46.
- Marković, R. 2020. *Ustavno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

¹² Upor: *Kolk and Kisly v. Estonia 2006*, *Kononov v. Latvia*, 2010 §§ 38/ V, 207, 215. i dr. Vid. kritički osvrt na presudu: Suđenje, 2017, pp. 26 i dalje.

- Simma, B. & Alston, Ph. 1988 (1988-1989). The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles. *Australian Year Book of International Law*, 12, pp. 82-107.
- Simma, B., Khan, D-E., Zöckler, M. & Geiger, R. 1997. The Role of German Courts. In: Conforti, B. & Francioni, F. (eds.), *The Enforcement of International Human Rights in Domestic Courts*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 71-110.
- Stojanović, Z. 2017. *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Pravna knjiga.
- Škulić, M. 2012. Neposredna primena međunarodnog krivičnog prava u Srbiji. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 5(10), pp. 73-100.
- Umek, U. 2010. U: Turk, L. (ur.), *Komentar Ustava Republike Slovenije*. Maribor: Fakulteta za državne in evropske studije.
- Werle, G. & Jessberger, F. 2014. *Principles of International Criminal Law*. Oxford: University Press.

Internet izvori

- CoE. 2020. *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights Council of Europe*. Dostupno na: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf, (20. 2. 2021).
- FHP. 2015. *Deset godina procesuiranja ratnih zločina u Srbiji. Konture pravde. Analiza procesuiranja ratnih zločina u Srbiji u periodu od 2004. do 2013. godine*. Beograd: FHP. Dostupno na: http://www.hlc-rdc.org/wp-content/uploads/2014/10/Analiza_2004-2013_srp.pdf, (20. 2. 2021).
- Gallant, K. S. 2007. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Chapter 7, pp. 352-403. Cambridge: University Press. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=997480, (20. 3. 2021).
- Kreß, C. 2009. *International Criminal Law*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Dostupno na: <https://www.legal-tools.org/doc/de7638/pdf>, (20. 3. 2021).
- Schabas, W. 2009. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. Oxford. Dostupno na: <https://books.google.rs/books?id=gIJSZ18anNwC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>, (20. 3. 2021).
- Thiam, D. 1986. *Fourth Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*. Dokument, 11 March 1986; A/CN.4/398 and Corr. 1-3. Dostupno na: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_398.pdf, (20. 2. 2021).

Sudska praksa

- Apelacioni sud Crne Gore, Presuda Kž-S 1/2012 od 22. marta 2012. Dostupno na: <https://sudovi.me/ascg/odluke>, (22. 2. 2021).
- Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*, 1996. Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, I. C. J. Reports 1996, p. 595. Dostupno na: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf>, (22. 2. 2021).

- Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, 2006. *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*. Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application. Judgement of 3 February 2006, I.C.J.2006, p 6. Dostupno na: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf>, (22. 2. 2021).
- Kolk and Kisly v. Estonia*, predstavke: 23052-04 i 24018-04, Odluka o prihvatljivosti od 17 januara 2006. Dostupno na: <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolk.html>, (22. 2. 2021).
- Kononov v. Latvia*, predstava 36376/04, Presuda od 17. maja 2010.
- Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, predstavke: 2312/08 i 34179/08, Presuda od 18. jula 2013.
- Presuda Međunarodnog suda pravde: *Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore*, 26. februar 2007. Dostupno na: http://institut-genocid.unsa.ba/pdf/Presuda%20MKSY-a_BiH-Srbija.pdf, (22. 2. 2021).
- Reservation*. 1951. *Reservation To The Convention On Prevention and Punishment Of The Crime Of Genocide*, ICJ, Advisory Opinion, 28. May 1951; 1951 I.C.J.15. Dostupno na: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>, (22. 2. 2021).
- International Military Tribunal. 1947. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*. Nuremberg 14 November 1945 - 1 October 1946. Dostupno na: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military-Law/pdf/NT-Vol-I.pdf>, (22. 2. 2021).

Pravni izvori

- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.
- Ustavna povelja državne zajednice Srbija i Crna Gora, *Službeni list Srbije i Crne Gore*, br. 1/2003.
- Osnovni zakon Savezne Republike Nemačke. 1949. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048) geändert worden is. Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>.
- Rezolucija 95/I Generalne skupštine UN od 11. decembra 1946, A/RES/95(I), p. 188. Dostupno na: [https://undocs.org/en/A/RES/95\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/95(I)), (22. 2. 2021).
- Rezolucija 96/I Generalne skupštine UN od 11. decembra 1946, A/RES/96(I), pp. 188–189. Dostupno na: [https://undocs.org/en/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/96(I)), (22. 2. 2021).
- Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi*, Su br. I – 8/11/09, 2. april 2009.

Primljeno: 18. 8. 2021.
Prihvaćeno: 25. 10. 2021.

Katarina Ivančević (ur.)

ZAŠTITA KOLEKTIVNIH INTERESA POTROŠAČA
Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, 2021.

Međunarodna naučna konferencija *Zaštita kolektivnih interesa potrošača* koja je održana 24. oktobra 2020. godine u Beogradu na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu bila je posvećena značajnoj i na evropskom nivou aktuelnoj temi u oblasti zaštite potrošača. Konferencija je organizovana u okviru naučnog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu pod nazivom *Zaštita kolektivnih interesa potrošača u srpskom i uporednom pravu*. Projekat koji je sproveo istraživački tim, a kojim je rukovodila prof. dr Katarina Ivančević, realizovan je u toku 2020. godine. Radovi izloženi na Konferenciji publikovani su u Zborniku objavljenom 2021. godine, u kome su prikazane prednosti i nedostaci postojećeg sistema kolektivne zaštite potrošača u srpskom i uporednom pravu, kao i moguća rešenja za njegovo unapređenje. Naučni radovi u Zborniku su objavljeni na engleskom i srpskom jeziku, jer su u radu Konferencije učešće uzeli naučni radnici i istraživači iz deset zemalja koji su rezultatima svojih istraživanja otvorili brojna pitanja i istovremeno ponudili rešenja koja mogu biti od koristi i za srpskog zakonodavca.

Kolektivna zaštita omogućava većem broju potrošača efikasniji i jednostavniji pristup pravdi i značajno poboljšava njihov procesni položaj. Zbornik radova započinje prilogom Maje Bukovac Puvače, profesorke Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, koji je posvećen tome da li na evropskom nivou postoji osnov za razlikovanje odgovornosti na osnovu krivice i objektivne odgovornosti za štetu i određivanju granica njihove primene u odštetnom pravu EU. Na osnovu analize došlo se do zaključka da se nije uspela precizno utvrditi razlika i da pitanje jasnog određenja vrste odgovornosti za štetu na evropskom nivou ostaje trajno otvoreno. Danas je posebno aktuelno kakav je status pacijenta kao „korisnika medicinskih usluga“, odnosno potrošača. Prof. Jelena Simić, sa Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, prikazala je pitanje zaštite kolektivnih prava i interesa pacijenata kroz analizu odluke suda po zahtevu za naknadu štete izazvane upotrebom medicinskog sredstva, *Colin Gee and others v. Depuy International Limited*. S tim u vezi, autorka sugeriše srpskom zakonodavcu da omogući kolektivnu tužbu u postupcima pokrenutim zbog utvrđivanja nastale štete po život i zdravlje budući da se radi o slabijoj strani u postupku. Trajanje, ekonomičnost, efikasnost, kao prednosti kolektivne tužbe, ogledaju se naročito u slučaju negativnih posledica upotrebe medicinskih sredstva koja mogu izazvati štetu kod velikog broja pacijenata usled nedostatka sadržanog u čitavoj

* Master pravnik, asistent Pravnog fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, Srbija,
e-mail: jovana.popovic@pravnofakultet.rs

seriji proizvoda jednog medicinskog sredstva, što je i predmet navedene presude. Zbog toga autorka smatra da bi bilo adekvatno razmišljati o regulisanju mogućnosti potrošača da kolektivno zahtevaju odštetu, jer bi za pacijente već oštećenog zdravlja jedina realna opcija bila da kompenzatornu odštetu ostvare zajedno. Profesor Tibor Tajti (Central European University - Private University, Viena, Austria), svoj prilog je posvetio mrežnom marketingu kao obliku direktne prodaje o čijim specifičnostima potrošači nemaju dovoljno saznanja. Autor sugeriše formulisanje pravne politike o mrežnom marketingu, čime bi potrošači zaštitili svoja kolektivna prava i interese budući da su članovi mrežnih sistema. Na Konferenciji su predstavljeni nastanak, razvoj i institucionalni okvir zaštite potrošača u Bosni i Hercegovini u radu Branka Moraita, profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci. Autor ukazuje na stanje i perspektive te ističe otežan proces implementacije potrošačkih direktiva EU u zakonodavstvo BiH. Usvojen je kodifikovan zakon o zaštiti potrošačkih prava i uvedena je sudska zaštita putem kolektivne tužbe, ali se prepoznaje slaba obaveštenost i edukovanost kako potrošača i njihovih udruženja tako i upravnih i sudskih organa. Autor, s tim u vezi, preporučuje podsticanje dinamike donošenja, izmena i dopuna direktiva EU, ali i da je pored materijalnih odredaba potrebno obezbediti njihovo sprovođenje u praksi, što se predlaže i našem zakonodavcu. Trenutno jedno od najvažnijih pitanja u pravu Crne Gore jeste zaštita potrošača prilikom elektronske trgovine, na šta u svom radu ukazuje Bojan Božović, profesor Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica. Autor ističe povećanje privatnopravnih sporova s međunarodnim elementom te ukazuje na važnost edukacije crnogorskih potrošača o značaju i karakteru onlajn trgovine, kao i na nužnost dosledne primene odredaba Zakona o zaštiti potrošača i Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

U srpskom pravu Zakonom o zaštiti potrošača je postupak kolektivne zaštite potrošača poveren organima uprave. Jelena Jerinić, profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, u svom radu analizira ovaj poseban postupak i zaključuje da ima niz odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka, a tiču se pokretanja, učesnika, toka i ishoda tog postupka. Na kraju analize, autorka ocenjuje da je postupak zaštite kolektivnih interesa potrošača u svojoj biti identičan postupku inspekcijskog nadzora te sugeriše poveravanje i sprovođenje ovog postupka inspekcijским organima. Konačno, autorka zaključuje da upravna zaštita još uvek nije takva da može u potpunosti zameniti sudsku zaštitu, pa smatra da pluralitet mehanizama za zaštitu potrošača treba posmatrati kao benefit tako da zaštita individualnog ili kolektivnog interesa potrošača treba da se ostvaruje putem upravne zaštite, sudske zaštite i u okviru drugih privatnopravnih mehanizama. Argumenti za uvođenje kolektivne zaštite potrošača kroz upravni postupak u srpsko pravo bili su, kako navode Stevan Lilić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, i Katarina Toskić, YUCOM, postizanje efekata efikasnosti i ekonomičnosti nekadašnje kolektivne tužbe. O tome da li su ti efekti postignuti u praksi autori su sproveli istraživanje na slučaju SUPERNOVA koje je pokazalo da se upravna zaštita pokazala kao neadekvatna budući da se stiče utisak da dolazi do povratništva trgovaca u kršenju potrošačkih prava, pa su izveli zaključak da kolektivna zaštita potrošača u upravnom postupku ima potencijala, ali je potrebno jačati kapacitete kako bi ti postupci bili realizovani na sveobuhvatan način i u

razumnom roku. Pored upravnopravne zaštite, zaštita potrošačkih prava se supsidijarno ostvaruje i kroz mehanizam prekršajnog postupka, što je predmet rada Nataše Mrvić Petrović, naučnog savetnika Instituta za uporedno pravo u Beogradu, i Slađane Jovanović, profesorke Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu. Autorke, u tom smislu, ukazuju na nedostatke postojećeg mehanizma zaštite i daju predloge za unapređenje zakonodavstva *de lege ferenda* i poboljšanje postojeće prakse. Posebno ističu da u prekršajnom postupku treba dopustiti mogućnost da zahtev za pokretanje prekršajnog postupka podnose i zastupaju organizacije zadužene za ostvarivanje kolektivnih prava potrošača.

Profesori Mateja Đurović, Dickson Poon School of Law, King's College London, i Eleni Kaprou, School of Law, Brunel University London, analizirali su problem kolektivne zaštite potrošača i izložili dva glavna modela kolektivne zaštite potrošača: *class action* i reprezentativna tužba. Evropa je bila izuzetno negativno nastrojena prema *class action* sistemu u SAD, međutim autori u radu primećuju da se pojedini njegovi elementi mogu primeniti pod uslovom da postoje odgovarajuće zaštitne mere. Zbornik je obuhvatio i razvoj crnogorskog potrošačkog zakonodavstva. Nikola Dožić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, ukazuje na značaj unapređivanja sistema kolektivne zaštite potrošača u Crnoj Gori u skladu s tekstom Predloga Direktive o udruženim tužbama za zaštitu kolektivnog interesa potrošača (u daljem tekstu: Predlog Direktive) budući da se postojeći sistem pokazao kao nepoptun i da zahteva dodatnu aktivnost jer je u ovoj oblasti izostala i praksa. Pitanje aktivne legitimacije u postupku je predmet priloga Selme Mezetović Međić, s Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu. Evropski pravници su stava da postupci kolektivne zaštite ne mogu biti povereni privatnim advokatima s ciljem izbegavanja mogućih zloupotreba, poput mogućnosti advokata da ostvare nesrazmerno veliku zaradu s obzirom na to da naplaćuju određeni procenat od naplaćenog iznosa ostvarene naknade štete. Međutim, autorka vidi privatne advokate kao ovlašćene subjekte u postupcima kolektivne zaštite potrošača, a kao rešenje za to predlaže uvođenje posebnog vida oporezivanja profita ostvarenog u postupcima kolektivne zaštite koji bi bio proporcionalan zaradi. Katarina Jovičić, viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, u svom radu analizira aferu „Dieselgate“ koja se može označiti kao prekretnica u regulisanju sistema kolektivne zaštite u Nemačkoj i u Evropskoj uniji. U vreme kada je otkrivena navedena afera, potrošačima na nivou Nemačke i EU nije bilo garantovano pravo na kolektivnu tužbu niti je bilo propisano jednoobrazno sredstvo kolektivne zaštite potrošača. S tim u vezi nemački zakonodavac je usvojio poseban zakon kojim je omogućena kolektivna tužba za zaštitu potrošača, dok se na nivou EU postupak regulisanja kolektivne zaštite potrošača sporije odvijao te se očekuje usvajanje Predloga Direktive. Autorka ocenjuje da novine koje će proizvesti ova direktiva predstavljaju osnov za produktivniju zaštitu kolektivnih interesa potrošača jer omogućava potrošačima sistem kompenzatorne zaštite. Ovaj efekat se može očekivati i u srpskom pravu. Slobodan Vukadinović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, u svom radu ukazuje na dobru stranu upravnopravne zaštite navodeći da se rešenja u tom postupku javno objavljuju kao i da su dostupna na internet prezentaciji nadležnog organa, čime se pored reaktivne zaštite ostvaruje i preventivna zaštita koja ima za cilj da trgovci koriguju ponašanja kojima krše prava potrošača. Takođe, Vukadinović

pokazuje da postoji potreba za jačanjem institucionalnih instrumenata za kolektivnu zaštitu potrošača te kao jedno od rešenja predlaže proširenje onih nadležnosti Komisije za zaštitu konkurencije koje se odnose na zaštitu potrošača. Imajući u vidu uporednopravna rešenja, autor se zalaže i za skandinavski model potrošačkog ombudsmana. Međutim, dok se ne steknu uslovi za definisanje pravnog okvira i procedure za njegov rad, autor kao prelazno rešenje predlaže transformaciju postojećeg inokosnog zaštitnika građana u kolegijalni organ koji bi obavljao i ulogu potrošačkog ombudsmana jer je institucija Zaštitnika građana pokazala pozitivne efekte.

U pravnoj teoriji se kao perspektivan način za jačanje potrošačkih prava izdvaja i formiranje potrošačke arbitraže. Maja Stanivuković, profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, ukazuje na benefite arbitražnog rešavanja potrošačkih sporova kroz kolektivnu arbitražu, koja rešava veliki broj istovrsnih tužbenih zahteva, čime se omogućava pružanje brzog, jeftinog, jednostavnog i jednoobraznog obeštećenja potrošača. Takav pristup bi omogućio kontinuiranu podršku potrošačima u ostvarivanju njihovih kolektivnih prava. Sistem specijalizovanog ombudsmana predlaže i analizira u svom radu Borko Mihajlović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, a ukazuje i na druge moguće funkcije ombudsmana koje se ogledaju u ovlašćenju ombudsmana da obavesti nadležni organ o postojanju uočene kolektivne povrede ili proširenju nadležnosti koje se odnose na zaštitu potrošača. Takođe, autor analizira i druge moguće oblike alternativnog rešavanja sporova povodom povrede kolektivnog interesa potrošača kao što su konsultacije između strana u sporu, zaključenje sporazuma o poravnanju i obeštećenju potrošača i učešće regulatornih tela. Gabrijela Mihelčić, profesorka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, razmatra određena pitanja iz prakse Suda pravde Evropske unije. Za naš pravni sistem je značajan Predlog Direktive, a usvajanje i implementacija Direktive značila bi propisivanje posebnog parničnog postupka pokrenutog predstavničkim tužbama, pa Aleksa Radonjić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, u svom radu ukazuje na pitanje subjektivnih granica pravosnažnosti presude u zavisnosti od toga da li će sud voditi postupak po *opt-in* ili po *opt-out* sistemu. Autor ukazuje i na nužnost dopuna odredaba o privremenim merama jer važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju ne sadrži odgovarajuće odredbe za kolektivnu zaštitu potrošača. Naposljetku, autor ukazuje na pitanje stvarne nadležnosti za rešavanje sporova po predstavničkim tužbama, te u tom smislu predlaže poveravanje iste jednom sudu u prvom stepenu i jednom sudu u drugom stepenu za teritoriju cele države, po uzoru na rešenje koje je primenjeno u Belgiji.

Kontroverzne teme u oblasti zaštite potrošača predstavljene su u delu Zbornika koji se odnosi na finansijsku zaštitu potrošača. U svom radu, autor Williams Itheme, Jindal Global Law School India, analizira učestalu praksu finansijskih institucija u dizajniranju i prodaji složenih finansijskih proizvoda potrošačima koji nisu u stanju da ih razumeju, što stvara nedovoljnu informisanost pre kupovine. Razlozi za to se ogledaju u neadekvatnosti pravnih regulatornih sistema, pa se u radu predlaže novi oblik pravila informisanja potrošača korisnika finansijskih usluga. Autorka Virág Blazsek, United Nations Joint Staff Pension Fund – Office of Investment Management, New York, predlaže jačanje zaštite potrošača primenjujući pristup zasnovan na finansijskoj stabilnosti, s tim da ukazuje i

na potrebu finansijskog obrazovanja imajući u vidu tehnološki napredak. U savremenim uslovima se javlja potreba zaštite potrošača od rizika nastalih razvojem tehnologije, kao i korišćenjem njenih benefita na novi način u finansijskim transakcijama. Jedan od takvih rizika je rizik upotrebe kriptovaluta kao posebnog oblika virtuelne imovine, čemu je posvećen prilog Tatjane Jovanić, profesorke Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Predlogom propisa Evropskog parlamenta i Saveta za tržišta kriptoimovine i izmena Direktive (EU) 2019/1937 o zaštiti lica koja prijave kršenje zakona Unije bavila se u svom radu Ágnes Horváth, advokatski pripravnik i pravni konsultant u Rumuniji, budući da ova oblast nije regulisana evropskim propisima. Reč je o imovini koja omogućava stvaranje vrednosti bez učešća državnih vlasti ili banaka, tako da Predlog ima za cilj sprečavanje mogućih pokušaja zloupotrebe na tržištu. Autorka, u tom smislu, analizira pravila i mere zaštite potrošača ustanovljene Predlogom, kao i kolektivna prava u cilju delotvornije zaštite potrošača. Ova tema je od značaja s obzirom na to da je nedavno u Republici Srbiji donet Zakon o digitalnoj imovini kojim se prvi put reguliše pitanje digitalne imovine i virtuelne valute u našem pravnom sistemu. Na Konferenciji je izložen i prilog Esther Angonemi Ebimoghan (Legal Studies Department of Central European University, Vienna, Austria) koji se odnosi na finansijsku inkluziju koja je našem pravnom sistemu malo poznata. Rad ukazuje na važnost povećanja zaštite potrošača i poverenja u upotrebu inovativnih rešenja za digitalno plaćanje. Zaštitom kolektivnih interesa korisnika usluge osiguranja koji imaju svojstvo potrošača od nepravinih ugovornih odredaba raspravlja u svom prilogu Katarina Ivančević, profesorica Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu. Autorka ukazuje na specifičnosti zaštite potrošača u oblasti osiguranja, kao i na doprinos Evropskog suda pri zaštiti potrošača od nepravinih ugovornih odredaba. Osiguravači u skladu s odlukama sudova modifikuju uslove osiguranja bilo samoinicijativno bilo po nalogu nadležnog organa, što indirektno ima uticaja i na kolektivnu zaštitu potrošača. Ukazuje se, između ostalog, na pozitivne efekte uvođenja nacionalnih registara ugovornih odredaba koje su ocenjene kao nepravine u konačnim sudskim odlukama i da bi ovu dobru praksu trebalo primeniti i kod nas.

Konferencija je pokazala aktuelno stanje u Republici Srbiji i domašaj postojećih mehanizama, njihovu efikasnost i rezultate, a posebno mogućnosti i rešenja, kao i primere iz uporednopravne prakse. Ukazano je, u tom smislu, na zakonodavna i institucionalna rešenja u državama članicama Evropske unije, što može biti od koristi za poboljšanje postojećeg sistema zaštite potrošača u Republici Srbiji. Konferencija je doprinela ispitivanju problema kolektivne zaštite prava potrošača i dala smernice za iznalaženje rešenja, što je od značaja za nauku i praksu budući da je reč o temi od međunarodnog značaja. Rezultati istraživanja pokazuju da se u narednom periodu treba fokusirati na usaglašavanje nacionalnih propisa sa aktuelnim propisima Evropske unije u oblasti zaštite potrošača, unapređenje zaštite kolektivnih interesa potrošača, sankcionisanje i iskorenjivanje nepravinih ugovornih odredaba, stimulisanje i obavezivanje trgovaca da sprovedu postupke vansudskog rešavanja potrošačkih sporova, kao i podizanje nivoa svesti građana, informisanosti, edukovanja potrošača. Aktuelna epidemiološka situacija usporila je proceduru usvajanja novog Zakona o zaštiti potrošača, a iz teksta Nacrta Zakona uočava se da nema značajnih izmena u pogledu sistema kolektivne zaštite potrošača, a da

je fokus stavljen na jačanje vansudske zaštite potrošača, s tim da je potrebno obezbediti realizaciju i primenu materijalnih prava kolektivne zaštite potrošača.

Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović (ur.)

PROUZROKOVANJE ŠTETE, NAKNADA ŠTETE I OSIGURANJE
Beograd: Institut za uporedno pravo, 2021.

U organizaciji Instituta za uporedno pravo, Udruženja za odštetno pravo i Pravosudne akademije, već dvadeset četiri godine zaredom, u Mionici je od 16. do 18. septembra 2021. održan međunarodni naučni skup pod nazivom *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*. Skupu je prisustvovalo šezdesetak učesnika: istraživača, nastavnika visokoškolskih ustanova, stručnjaka iz pravosuđa i privrede, naročito iz delatnosti osiguranja. Skup je održan zahvaljujući materijalnoj podršci Opštine Mionica.

U zborniku radova sa tematskog međunarodnog naučnog skupa objavljena su trideset i četiri rada. Pored radova autora iz Srbije, zastupljeni su radovi autora iz Austrije, Mađarske, Italije, Poljske, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine (kanton Republika Srpska). Radovi su sistematizovani u poglavlja: Prouzrokovanje štete i odgovornost, Naknada štete, Osiguranje i Ostalo.

Ilija Zindović, sudija Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, u radu *Pravna priroda odgovornosti za štetu nastalu u vršenju poslova od opšteg interesa* analizira pitanje osnova imovinske vanugovorne odgovornosti za štetu pričinjenu vršenjem poslova od opšteg interesa. Na primeru odluke VKS Prevljaka 307/2018, donete povodom zahteva za naknadu štete pričinjene štetnim dejstvom voda na useve i zemljišne parcele, autor zauzima stav po pitanju da li javno preduzeće kome su u javnom interesu povereni poslovi gazdovanja vodama može biti odgovorno za štetu po osnovu čl. 184 Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO) ili na temelju čl. 172 ZOO. Autor zastupa stanovište da je reč o objektivnoj odgovornosti zbog nevršenja ili neurednog obavljanja poslova poverenih javnom preduzeću u opštem interesu i iznosi argumente koji potkrepljuju takav stav.

Rad Slobodana Stanišića, advokata i redovnog profesora Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Apeiron iz Banja Luke, odnosi se na odgovornost prodavca zbog pravnog nedostatka ispunjenja. Autor je tim povodom, vrlo detaljno, razmotrio i mehanizme zaštite kupca od evikcije i njegova prava na raskid ugovora i naknadu štete. Tema je izabrana zato što se u savremenom pravnom prometu često dešava da prodavac zaključuje ugovor o prodaji stvari ili prava na kojima nema pravo svojine ili neko drugo imovinsko pravo. Stoga autor analizira pravne posledice takvih postupaka prodavaca i mogućnosti zaštite prava kupca, polazeći od istorijskih primera, teorijskih stavova i rešenja prihvaćenih u sudskoj praksi.

* Master pravnik, istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu, Srbija, e-mail: i.tosic@iup.rs

U radu pod nazivom *Nejednaka praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu pri određivanju visine obeštećenja zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku* Velisava Markovića, vanrednog profesora Fakulteta zdravstvenih i poslovnih studija Univerziteta Singidunum, sadržani su rezultati analize prakse navedenog suda. Autor ispituje doslednost prakse ESLJP-a u vezi sa određivanjem pravičnog zadovoljenja, imajući u vidu aktuelni problem u Srbiji da više hiljada policijskih službenika od 2006. godine vodi upravne postupke i postupke po ustavnim žalbama zbog toga što im nisu isplaćeni dodaci na plate (p. 74), a da je navedeni sud odbacio predstavku br. 7129/15 u slučaju *Dejan Sindelić i dr. protiv Srbije*.

Artan Kurti, savetnik u Privrednom sudu Crne Gore, autor je rada *Neki aspekti ugovorne odgovornosti u praksi Vrhovnog suda, Apelacionog i Privrednog suda Crne Gore* u kome, iz aspekta pravne teorije i dosadašnje primene ZOO-a, kritički analizira pojedine presude pomenutih sudova u kojima se često izjednačava ugovorna odgovornost sa odgovornošću za neizvršenje ugovora (p. 85), koja može da postoji i iz kvazidelikta (sticanje bez osnova). Primerima kontradiktornih presuda autor ilustruje posledice toga što se previđa razlika između ugovorne kazne zbog zadocnjenja i naknade stvarne štete. Na osnovu doktrine o ugovornoj odgovornosti, analizira značaj krivice za raskid ugovora i ovlašćenja poverioca da zahteva naknadu štete zbog neispunjenja ili za raskid ugovora i naknadu štete, kao i sporna pitanja naknade izmakle koristi.

Zajednički rad saradnika Instituta za uporedno pravo Jelene Ćeranić Perišić, naučnog savetnika, i Vladimira Đurića, višeg naučnog saradnika, ticao se odgovornosti države za povredu prava Evropske unije odlukom nacionalnog suda u poslednjem stepenu. Autori su analizirali tzv. Kobler doktrinu iz predmeta *Kobler protiv Austrije* u postupku koji je epilog dobio pred Evropskim sudom pravde. Značaj presude jeste što se načelo odgovornosti države proširuje i na slučajeve kada je do povrede prava EU došlo odlukom nacionalnog suda u poslednjem stepenu. Autori su opisali evoluciju odgovornosti države, razmotrili uslove zasnivanja te odgovornosti kroz dosadašnju sudsku praksu Evropskog suda pravde, opisali pomenuti sudski slučaj i istakli značaj Kobler doktrine, ispitavši uticaj te doktrine na uspostavljanje nacionalnih režima odgovornosti država članica.

Odgovornost roditelja i deliktna sposobnost deteta je predmet rada Olge Jović-Prlainović, redovnog profesora Pravnog fakulteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici. Predmet je analiziran teorijski, legislativno i uporednopravno. Pored odgovornosti roditelja, analizira se i odgovornost staralaca deteta, kao i pitanje tzv. odgovornosti po osnovu pravičnosti prema ZOO. Autorka se zalaže za to da u ovim slučajevima kada štetu pričinu dete, pažnju treba preusmeriti sa odgovornosti za štetu na postizanje naknade štete uspostavljanjem ravnoteže imovinskih interesa oštećenog i štetnika.

Sasvim u skladu sa uslovima u kojima je naučni skup održan, Dragan Bataveljić, redovni profesor Pravnog fakulteta u Kragujevcu, i Anka Vojvodić, profesor Visoke zdravstveno-sanitarne škole strukovnih studija „Visan“ u Beogradu, u zajedničkom radu su razmotrili pitanje odgovornosti za nastanak aktuelne pandemije kovida 19 i budućih scenarija zaštite stanovništva. Autori su mišljenja da su većinom države nespremno i neorganizovano reagovala na pandemiju, bez jasne strategije o potrebi obavezne primene mera radi zaštite stanovništva od zaraznih bolesti i načinu njihove primene. Stoga deo

stanovništva mere ne prihvata kao nužnost, pravdajući to argumentima da se tako ugrožavaju osnovna ljudska prava.

Laslo Ištvan Gal i Dora Ripszam, profesori Pravnog fakulteta Univerziteta u Budimpešti, objavili su na engleskom jeziku rad u kome objašnjavaju, prema mađarskom pravu, režim naknade štete prouzrokovane prilikom sudara sa divljim životinjama. Divlje životinje su zakonski vlasništvo države, te postoji i imovinska i krivična ili prekršajna odgovornost onoga ko ih povredi, uhvati ili ubije. Analiziran je opšti i posebni režim imovinske odgovornosti za štete od divlje životinje izvan delatnosti poljoprivrede i šumarstva, na temelju pravila o odgovornosti za opasne stvari. Isto pravilo primenjuje se i u slučaju šteta zbog sudara divljači i motornih vozila.

U radu Duška Medića, sudije Ustavnog suda Republike Srpske, objašnjen je značaj veštačenja u parnicama za naknadu materijalne štete. Polazeći od teorije građanskoprocenog prava, autor analizira odredbe parničnog zakonodavstva Republike Srpske o procesnoj ulozi veštaka i izvođenju veštačenja. Autor ističe da veštačenje, kao dokazno sredstvo, nadmašuje po svojoj važnosti druga dokazna sredstva, a svoja zapažanja potvrđuje primerima veštačenja visine izgubljene dobiti, uzroka štetnog događaja (naročito u saobraćaju ili prilikom rušenja građevinskog objekta).

Berislav Matijević iz Hrvatske udruge za građanskopravne znanosti i praksu analizirao je domet novih orijentacijskih kriterijuma Vrhovnog suda Republike Hrvatske za naknadu neimovinske štete iz 2020. Kako je u hrvatskom zakonodavstvu 2005. izmenjen koncept neimovinske štete u odnosu na rešenja iz ZOO SFRJ, autor kritikuje najnoviji akt VSRH a zbog neusklađenosti sa zakonskim konceptom, jer smatra da su takvi kriterijumi nepotrebni kod objektivne koncepcije neimovinske štete (p. 178). Matijević zaključuje da u pogledu neimovinske štete postoji potreba menjanja postojeće teorije i prakse građanskog prava u Hrvatskoj.

Rad na temu *Prava dece i maloletnih osoba u istražnoj fazi krivičnog postupka – pojedine mogućnosti za naknadu štete* napisala je Marija Bakonji, javni tužilac iz Javnog tužilaštva Šikloš u Mađarskoj. Svaka vest o mogućem krivičnom delu izvršenom prema detetu izaziva veliku medijsku pažnju, ali postoje teškoće da se proceni istinitost iskaza deteta, odnosno maloletnika. Podsećajući na međunarodne standarde i pravila mađarskog procesnog prava ispitivanja dece i maloletnika kao tzv. osetljivih svedoka i mera njihove zaštite od tzv. sekundarne i ponovne viktimizacije u toku postupka, autorka upozorava na to da deca određenog uzrasta mogu mešati stvarnost i fantaziju, te da i od poznavanja dečje psihologije i načina ispitivanja zavisi dobijanje njihovog verodostojnog iskaza. Inače, primer slučaja Holbreht iz Nemačke pokazuje da postoji veliki rizik da se navodni učinilac neopravdano osudi.

Nataša Mrvić Petrović, naučni savetnik Instituta za uporedno pravo, analizirala je specifičnosti naknade štete zbog povrede prava na život u ruskom pravu u odnosu na druga zakonodavstva tzv. germanskog tipa. Autorka smatra da je to posledica sovjetske tradicije, jer su u novom pravu prihvaćena rešenja sovjetskog zakonodavstva iz 1964. godine. Dat je pregled različitih prava ustanovljenih u korist posredno oštećenih i ta osobena rešenja su upoređena sa zakonodavstvom Srbije. Zbog dominantne pozicije socijalnog prava u praksi su retki sporovi radi naknade štete za slučaj smrti lica – tipični slučajevi analizirani su u radu.

Rezultate istraživanja prakse Privrednog suda po zahtevima za naknadu štete zbog saobraćajnih nezgoda prikazali su u zajedničkom radu Dragan Obradović, sudija Višeg suda u Valjevu i naučni saradnik, i Stevan Karać, viši sudijski saradnik Privrednog suda u Valjevu. Cilj rada bio je da rezultati istraživanja doprinesu ujednačenju sudske prakse privrednih sudova u Srbiji. Autori konstatuju da preovlađuju sporovi male vrednosti, a presudama se obično potpuno ili delimično usvajaju tužbeni zahtevi oštećenih u saobraćajnoj nezgodi. Ističu značaj pisane dokumentacije (isprava) i veštačenja za povoljan ishod postupka (p. 224). Primećuju da postoji neujednačeno tumačenje čl. 153, st. 3 ZPP u praksi suda.

U radu koji nosi naslov *Zakon o zabrani diskriminacije (izmene i dopune i naknada štete)* Vesna Bilbija, viši savetnik u Upravnom sudu Republike Srbije, analizira kakve posledice navedene zakonske izmene imaju na ostvarivanje prava na naknadu štete. Ističe naročiti značaj tzv. obrnutog tereta dokazivanja slučaja diskriminacije i propisivanja dužnosti vođenja evidencije o postupcima zaštite od diskriminacije.

Katarina Jovičić, viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, razmotrila je u svom radu ulogu i ekonomski značaj načela predvidljivosti u oblasti naknade ugovorne štete, kojim se izuzetno ograničava pravilo integralne naknade štete. Autorka je izložila evoluciju načela predvidljivosti od rimskog prava do danas i ulogu ovog načela u ograničavanju iznosa naknade prema visini štete koju je dužnik mogao predvideti u momentu zaključenja ugovora. Autorka ispituje razloge zbog kojih se načelo primenjuje samo u oblasti ugovorne štete i odnos prema načelu autonomije stranaka i konstatuje da ta načela nisu suprotstavljena. Ona objašnjava elemente za konkretizaciju načela (predmet, subjekt i vreme kada treba predvideti moguću štetu zbog povrede ugovora).

Naknada štete kao posledica povrede ugovora o arbitraži je tema rada Jelene Vukadinović Marković, naučnog saradnika Instituta za uporedno pravo. U radu su analizirana različita teorijska i praktična pitanja od značaja za zaštitu prava oštećenih u postupku pred arbitražom i u sudskom postupku, pre svega radi jasnog razgraničenja nadležnosti suda i arbitraže i rešavanja konkurentne nadležnosti. U slučaju da postoji punovažni arbitražni ugovor, autorka predlaže donošenje privremene mere radi prekida i obustave sudskog postupka.

Tema rada Samira Manića, docenta na Departmanu za pravne nauke Državnog univerziteta u Novom Pazaru, je *Kauza ugovorne obaveze u francuskom pravu*. Autor daje pregled različitih teorijskih stanovišta i analizira ulogu kauze u francuskom ugovornom pravu na primeru sudskih slučajeva. Autor konstatuje da uloga kauze nije sasvim jasna. Neujednačenost sudske prakse i tendencija da se tumačenjem kauza koristi u svrhe za koje nije namenjena, zbog čega su se sudovi previše mešali u ugovorne odnose, razlozi su zašto je prilikom najnovijih izmena zakona kauza izbrisana kao uslov punovažnog nastanka ugovora. Autor zaključuje da postoje jasno definisani instituti u oblasti ugovornog prava koji se uspešnije mogu primeniti u praksi umesto potrebe da se tumači apstraktan pojam kauze.

U radu koji nosi naslov *Nekretnine u industriji osiguranja*, akademik i univerzitetski profesor Wolfgang Rorbah, predsednik Evropa Nostra Austrija, analizira ekonomski korišćene nekretnine kao jednu od najstabilnijih dugoročnih investicija osiguravajućih društava. Prema stavu autora, investiranje u nekretnine obeležilo je 200-godišnju istoriju industrije osiguranja, zato što se nije pokazalo korisnim uspostavljanje dugoročnih rezervi za buduće

isplate šteta samo na osnovu novčanih sredstava ili po osnovu štednje i ulaganja u hartije od vrednosti. Inflacija, ratovi ili pad vrednosti hartija od vrednosti mogu ozbiljno uticati na kapitalne rezerve osiguravača, nekad ih čak i uništiti. S druge strane, nekretnine opstaju u različitim krizama, ali je problem što njihova prodaja može potrajati. Autor zaključuje da u fazi niskih kamatnih stopa, koja traje već godinama, nekretnine osim što omogućavaju sigurnost investiranja, obezbeđuju i veći prihod od većine ušteda.

Jelena Kostić, viši naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo, i Valentina Ranaldi, naučni saradnik Pravnog fakulteta Univerziteta „Niccolo Cusano“ u Rimu, analizirale su u svom radu investicionu politiku društava za osiguranje, sa posebnim osvrtom na Republiku Srbiju. Iako se osiguravajuća društva smatraju stabilizatorima tržišta kapitala, tokom poslovanja moraju voditi računa i o vlastitoj solventnosti, koja se može ostvariti i investiranjem društava za osiguranje. Autorke su došle do zaključka da su se u Republici Srbiji društva za osiguranje uglavnom odlučivala za državne dužničke hartije od vrednosti, kao manje rizične za ulaganje, kao i da se investiciona politika u odnosu na prethodni period nije uopšte promenila. Takođe, slična investiciona politika prisutna je i u drugim zemljama. Imajući navedeno u vidu, autorke daju preporuke za unapređenje investicione politike, a posebno s obzirom na ekonomske posledice uslovljene pandemijom kovida 19, koje će se tek osetiti u narednom periodu.

Rad Nataše Petrović Tomić, profesorke Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, nosi naziv *Hibridni proizvodi osiguranja – stanje i perspektive razvoja*. Autorka naglašava nerazvijenost ovih, po njenom mišljenju, atraktivnih proizvoda tržišta osiguranja, pre svega osiguranja od posledica nezgode i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. Hibridni proizvodi osiguranja predstavljaju budućnost tržišta osiguranja kojima se obezbeđuje zaštita koja se prilagođava potrebama osiguranika na najfleksibilniji mogući način. Budući da se u ovim vrstama osiguranja rizik ostvaruje na ličnosti osiguranika, to obično povlači zapažanje da je prestacija osiguravača svotna. Međutim, u praksi nije tako, jer osiguranje od posledice nezgoda poprima odštetni karakter kada je ugovoreno pokriće troškova lečenja. Autorka zaključuje da se odštetni karakter prestacije osiguravača može javiti i kao posledica ostvarenja rizika na ličnim dobrima osiguranika, te regulatorni okvir ne sme biti smetnja ugovaranju odštetnog karaktera prestacije. Uzimajući navedeno u obzir autorka predlaže da se *pro futuro* osiguranja lica posmatraju kroz prizmu podela na odštetna i svotna osiguranja.

Zdravko Petrović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Megatrend u Beogradu i Univerziteta Zigmund Frojd u Beču, i Ilija Smiljanić, predavač u Centru za edukaciju Privredne komore Srbije i vlasnik Društva za posredovanje u osiguranju „NORDAL DIV“ u Beogradu, analizirali su usklađenost visine rizika i suma osiguranja kod obaveznih osiguranja od odgovornosti u Srbiji. Opisali su razvoj osiguranja od odgovornosti u Srbiji i konstatovali da zaostaje za razvijenim zemljama, kako usled nerazvijenosti tržišta osiguranja, tako i usled tretmana ove vrste osiguranja u ranijem društveno-ekonomskom uređenju. Autori ocenjuju da je pozitivno to što je broj obaveznih osiguranja od odgovornosti u stalnom porastu i smatraju da bi trebalo da država proširi obavezna osiguranja od odgovornosti na sve delatnosti koje nose rizik od nanošenja štete trećem licu. Autori ukazuju na probleme prisutne kod obaveznog osiguranja od odgovornosti kao što su: neujednačeni zakonski

uslovi osiguranja, neusklađenost minimalnih suma osiguranja i visine rizika, neopravdano visoka cena premije osiguranja.

U radu *Značaj i primena načela ugovornog prava reosiguranja iz 2019. godine* Dragan Mrkšić, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, i Marija Mijatović, docent na Fakultetu za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić u Novom Sadu, Univerzitet UNION, navode kako je nakon objavljivanja Načela evropskog ugovornog prava osiguranja (PEICL) 2009. godine, akademska zajednica prepoznala potrebu za stvaranjem analognog *soft law* propisa i za oblast reosiguranja na globalnom nivou. Stoga je 2019. godine PRICL Projektna grupa u saradnji sa UNIDROIT-om objavila Načela ugovornog prava reosiguranja (PRICL). Autori zaključuju da se može očekivati da PRICL posluži kao model zakon nacionalnim zakonodavnim telima u nastojanju da postignu viši stepen pravne sigurnosti u ovoj delatnosti s obzirom na izazove uzrokovane pandemijom kovida 19. Iako se postavlja pitanje perspektive i mogućnosti primene ovog propisa s obzirom na njegovu nesankcionisanu primenu (i samo preporučenu implementaciju), kao i na praksu po kojoj se ugovori u reosiguranju marginalno regulišu zakonima, a prevashodno običajima i autonomnim izvorima prava uz široko shvaćenu slobodu ugovaranja koje imaju ugovorne strane, autori se ipak nadaju da će PRICL biti uzor i osnova za izgradnju modernije i preglednije prakse reosiguranja.

U radu pod nazivom *Agregacije šteta u skladu sa načelima u ugovornom pravu reosiguranja* Mirjana Glintić, naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo, analizira posebno poglavlje PRICL-a koje se odnosi na agregaciju šteta kod ugovora o reosiguranju. Autori PRICL-a su smatrali da je u pitanju oblast koja je izvor pravne nesigurnosti, te inspirisani engleskom sudskom praksom daju odgovor na pitanje kada se ima smatrati da je jedinstvena šteta nastala i nastoje da prevaziđu uočene nedostatke koncepta agregacije dajući preciznije definicije, čime su, po stavu autorke, postavljena ograničenja diskrecionim ovlašćenjima sudova i arbitražnih tribunala. Autorka iscrpno analizira pomenuta pravila i zaključuje da su rešenja iz PRICL-a smanjila pravnu nesigurnost, ali je nisu otklonila, jer njihova primena otvara brojna sporna pitanja o kojima će konačnu odluku dati sudovi i arbitražni tribunal.

Magdalena Makiela, advokat iz Krakova, i Vladimir Čolović, naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo, obradili su temu distribucije proizvoda osiguranja sa investicionim karakterom i obaveze posrednika. Kako Direktiva EU 2016/97 o distribuciji osiguranja sadrži posebne odredbe koje se odnose na distribuciju proizvoda osiguranja koji imaju investicioni karakter (pre svega životna osiguranja) uz definisanje uloge posrednika, autori su posvetili pažnju ovim odredbama i ovlašćenjima posrednika u odnosu na brokera, kao i zastupnika. Autori dolaze do zaključka da se ovlašćenja posrednika proširuju, te njegove obaveze nisu vezane samo za dovodenje u vezu osiguravača i osiguranika, kao ni za zaključenje ugovora o osiguranju (što je najvažnije ovlašćenje zastupnika), već se njegova uloga sastoji i u obaveznom savetovanju potrošača osiguranja i poznavanju njegovih imovinskih i drugih prilika, kako bi odabrao onaj proizvod osiguranja koji bi bio u skladu sa njegovim prihodima i očekivanjima. U tom smislu zauzimaju stav da treba prilikom budućeg regulisanja instituta posredovanja uzeti u obzir ovu činjenicu.

Rad pod nazivom *Regulatorni aspekti Direktive o distribuciji osiguranja* Sanje Grbović, doktoranda i saradnika u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore, odnosi se na glavne ciljeve Direktive o distribuciji osiguranja koja je usmerena na stvaranje jedinstvenog tržišta posredničkih usluga na čitavom tržištu osiguranja i reosiguranja u Uniji, kao i na donošenje minimalnih jedinstvenih kriterijuma (u okviru nacionalnog zakonodavstva) za profesiju distributera osiguranja. Autorka ukazuje na značaj nadzora i upravljanja kao najbitnijih elemenata ove reforme, kao i na povećan stepen državne intervencije u svakoj novoj fazi razvoja. Takođe, autorka naglašava da je zaštita potrošača visoko rangirana na spisku prioriteta Unije, te se može opravdano očekivati da svaka dalja reforma ide u pravcu pojačane zaštite ugovarača osiguranja, tj. potrošača.

Klauzula o teritorijalnom ograničenju pokriva osiguranog slučaja kao oblik diskriminacije po osnovu državljanstva – slučaj C-581/18 tema je rada Nikole Dožića, docenta na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore. Autor analizira jedan od novijih slučajeva iz prakse Evropskog suda pravde, br. C-581/18, koji je izazvao veliku pažnju stručne javnosti i različita mišljenja o mogućem rezultatu. Ipak, doneta presuda bila je neočekivana zato što je Evropski sud izveo zaključak da se zabrana diskriminacije po osnovu državljanstva ne može primeniti na slučajeve ugovaranja teritorijalnog ograničenja odgovornosti osiguravača, koje se odnosi na pokriće šteta koje nastaju na teritoriji jedne države članice.

Vladimir Njegomir, profesor Pravnog fakulteta za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkić u Novom Sadu, Univerzitet UNION, napisao je rad pod nazivom *Ograničena osigurljivost rizika pandemije, uloga države, obaveznost osiguranja i alternativni oblici upravljanja rizikom pandemije*. Autor ukazuje na uticaj pandemije na akumuliranje rizika, usled čega je pitanje osigurljivosti rizika pandemije izbilo u prvi plan. Osnovni zaključak autora jeste da je pandemija pokazala da osiguravajuća i reosiguravajuća društva moraju da se pravovremeno pripremaju i pronalaze načine prevazilaženja akutnih problema rizika koji imaju katastrofalni karakter, kao i da su ključna rešenja koja im stoje na raspolaganju državno sponzorisani pulovi i mehanizmi transfera katastrofalnih rizika na tržište kapitala.

Bespilotni vazduhoplovi (dronovi), zakonska regulativa i osiguranje tema je koautorskog rada Daliborke Jovičić, doktora ekonomskih nauka i koordinatora poslova statističkog izveštavanja Sektora za aktuarstvo u kompaniji „Dunav osiguranje“, Zorice L. Šipovac, menadžera prodajne mreže neživotnih osiguranja u „Wiener Stadtische osiguranju“ a.d.o. u Novom Sadu, i Dragomira Jovičića, preuzimača rizika 1 u Službi za osiguranje vazduhoplova i plovnih objekata u kompaniji „Dunav osiguranje“ a.d.o. u Beogradu. Ubrzani razvoj bespilotnih vazduhoplovnih letilica otvorio je mnoga pitanja u pogledu zakonske regulative, bezbednosti i osiguranja. Autori dolaze do zaključka da je ova vrsta osiguranja u Republici Srbiji tek u razvoju, te da je potrebno unaprediti tehnike izdavanja polise, proširiti paletu pokriva rizika, pojednostaviti i ubrzati proces rešavanja odštetnih zahteva. Formiranje jedinstvene baze šteta je prioritet i preduslov za dalji rast i razvoj ove vrste osiguranja. Takođe, potrebno je u uspostavljanju zakonske regulative naći pravu meru između zaštite stanovništva, privatnosti, imovine i životne sredine i slobodnog upravljanja bespilotnim letelicama, zaključuju autori.

U koautorskom radu pod nazivom *Osiguranje od internet rizika i nova regulativa u oblasti zaštite podataka o ličnosti* Iva Tošić, istraživač saradnik u Institutu za uporedno pravo, i Olivera Novaković, advokat iz Beograda, analiziraju razloge donošenja i značaj nove regulative u oblasti zaštite podataka o ličnosti, poteškoće sa kojima se kompanije susreću prilikom implementacije novih odredaba, kao i uticaj ove regulative na razvoj osiguranja od internet rizika. Autorke ukazuju na značaj interneta za unapređenje poslovanja gotovo svake kompanije na svetu, kao i na značaj razvoja osiguranja od internet rizika ukazujući na povezanost između ove vrste osiguranja i nove regulative u oblasti zaštite podataka o ličnosti i ispitujući da li ova vrsta osiguranja pokriva kazne sa kojima se kompanije susreću usled neusklađenosti sa odredbama nove regulative o zaštiti podataka o ličnosti.

Javne biblioteke i osiguranje književnog fonda tema je rada Violete Milošević, direktora u Matičnoj biblioteci „Ljubomir Nenadović“ u Valjevu. Autorka ukazuje na to da bibliotečko-informaciona delatnost predstavlja delatnost od opšteg interesa, te da je važnost osiguranja u ovoj oblasti ogromna. Ugovorena suma osiguranja ukazuje na postojanje velikog rizika kada je u pitanju kulturno nasleđe koje se nalazi u javnim bibliotekama u Srbiji. Autorka se zalaže da osiguranje knjižnih fondova postane deo redovne procedure koja se sprovodi u cilju ostvarivanja opšteg interesa u kulturi i zaštiti kulturnog nasleđa.

Dragica Popesku, sudija Apelacionog suda u Beogradu, obradila je temu *Autorskopравни aspekt intervjua kao medijske forme*. Autorka utvrđuje da li intervjua spada u govorna autorska dela, tj. da li ima pečat novinara, kao oznaku njegove kreativnosti, uzimajući u obzir da su pitanja novinara često rutinska. Deo intervjua koji sadrži odgovore intervjuisanog lica nije autorsko delo voditelja intervjua, već njegovog sagovornika, ali samo pod pretpostavkom da je i to originalna duhovna tvorevina. S druge strane, autorka zaključuje da se novinski članci kojima se iznose informacije od značaja ukoliko sadrže šturu vesti, bez komentarisanja od strane novinara, ne mogu smatrati autorskom kreacijom.

U koautorskom radu Vladimir Kozar, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu, i Vladimir Vrhovšek, sudija Višeg suda u Beogradu, obradili su pitanje razlučnih i založnih poverilaca i vrste njihovih prava. Autori daju sveobuhvatnu analizu zakonskih odredaba, sudske prakse, kao i mišljenja pravne nauke u pogledu vrsta prava koja ovi poverioci ostvaruju u stečajnom postupku, a cilj je da se posebno objasne specifičnosti ostvarivanja založnog prava. Autori analiziraju hipoteku, ručnu zalogu, pravo retencije, kao i bezdržavinsku zalogu. Zatim objašnjavaju pravnu prirodu i značaj instituta vinkulacije polise osiguranja, kojom se postiže pravno dejstvo slično zakonskom založnom pravu na potraživanje naknade iz osiguranja. Takođe, razmotrena su pitanja koja se odnose na aktivnu legitimaciju za vođenje parnice radi isplate duga protiv dužnika založnog potraživanja.

Autorsko pravna zaštita i dizajn odevnih predmeta – komentar presude Evropskog suda pravde rad je Milice Petrović, asistenta na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu. Autorka u radu analizira mogućnost zaštite kreacija odevnih predmeta na dva načina: putem dizajna ili davanjem autorskopravne zaštite koja nastaje samim nastankom autorskog dela, bez registracije u nacionalnom zavodu za intelektualnu svojinu. Davanje autorsko pravne zaštite može biti problematično, prvo jer ovim delima često nedostaje originalnost, a drugo zato što bi to moglo dovesti do ozbiljnog

kršenja autorskog prava, zbog čega ovaj vid zaštite u modnoj industriji nije preporučljiv iako je pogodniji za stvaraoce ovakvih dela. Autorka analizira odluku Evropskog suda pravde kojom je dat negativan odgovor na pitanje mogućnosti davanja autorskopravne zaštite dizajnu odevnih predmeta.

Vukašin Stanojlović, student master studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, obradio je naknadu troškova održavanja predmeta zakupa u rimskom pravu. Autor je analizom odredaba rimskog prava došao do saznanja u kojim situacijama i pod kojim okolnostima je zakupodavac u obavezi da naknadi troškove održavanja predmeta zakupa, kao i u čemu se suštinski sastoji njegova obaveza povodom stvari. Rimski pravnici zauzimaju jasan stav da nužne troškove upotrebe stvari, kao i trošak privođenja stvari nameni ne snosi zakupac, koji je jedino dužan da zakupodavcu naknadi štetu ukoliko je svojim činjenjem ili nečinjenjem pričinio, kao i ukoliko ne učini razuman napor da stvar odbrani od nasrtaja trećih lica.

Na naučnom skupu su, kako se vidi, razmatrane različite i brojne aktuelne teme iz oblasti odštetnog prava i osiguranja, neke i interdisciplinarnog karaktera. Može se zaključiti da, kako je ukazano u prethodnoj reči predsednika Naučnog odbora međunarodnog skupa prof. dr Volfganga Rorbaha, prikazani zbornik radova, uz dvadeset tri prethodna, ostaje „trajni dokaz o želji organizatora i urednika da ukažu na neophodnost stalnog prilagođavanja zakonodavstva, ne samo Republike Srbije, promenama u praksi“.

UPUTSTVO AUTORIMA

PRIJAVLJIVANJE RUKOPISA ZA OBJAVLJIVANJE

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

Sve aktivnosti vezane za uređivanje časopisa (od prijema rukopisa do objavljivanja elektronskog izdanja časopisa) obavljaju se posredstvom elektronskog sistema *Assestant* (CEON) koji omogućava pripremu i objavljivanje časopisa u elektronskom obliku (*Open Journal Systems* - OJS). Navedene aktivnosti se obavljaju unutar samog sistema, pod nadzorom glavnog i odgovornog urednika i tehničkog urednika, a ključna obaveštenja koja su namenjena autorima, recenzentima ili drugim korisnicima automatski se prosleđuju elektronskom poštom. Zahvaljujući sistemu *Assestant* (CEON) obezbeđeno je čuvanje svih verzija objavljenih radova i odbijenih radova u elektronskoj bazi podataka. Autori, takođe, mogu da se upoznaju u svakom trenutku sa tokom i ishodom postupka recenziranja.

U slučaju da autor nema nalog, potrebno je da se registruje preko linka: <http://aseestant.ceon.rs/index.php/spz/user/register>. Detaljno uputstvo za registraciju autora i prijavu rukopisa može se preuzeti sa sajta časopisa *Strani pravni život* (www.stranipravnizivot.rs).

NAPOMENE VAŽNE ZA PRIPREMU RUKOPISA

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

Naučni i stručni članci mogu biti napisani na srpskom ili engleskom jeziku. Oni moraju sadržati podatke o autoru, naslov, sažetak, ključne reči i spisak referenci (literaturu i pravne izvore, po potrebi i spisak citiranih sudskih i drugih odluka). Uz priloge koji se

objavljaju na srpskom jeziku, dostavlja se prevod naslova rada, rezimea i ključnih reči na engleskom jeziku. Prilozi koji se dostavljaju na engleskom jeziku, sadrže prevod naslova, sažetka i ključnih reči na srpski jezik.

Autorski članci po pravilu ne prelaze obim od jednog autorskog tabaka (28.800 znakova sa razmacima), font Times New Roman, veličina 12pt, prored 1,5, leva margina 3,5 cm, a desna 3 cm. Izuzetno, prihvaćće se duži rukopis i to obima do 1,5 tabaka, ako to zahteva tema rada, po prethodnom dogovoru autora sa glavnim i odgovornim urednikom. U ostalim situacijama, rad većeg obima biće vraćen autoru radi skraćivanja. U obim se ne računaju tekstovi navedeni u beleškama na dnu strane (dodatni podaci o autoru, organizaciji u kojoj je zaposlen, druge napomene), naslov članka, sažetak (do 800 karaktera sa razmacima), ključne reči (do 5 pojmova ili sintagmi), spisak literature, pravnih izvora i sudskih odluka.

Naučni članci se klasifikuju u: originalne (u kojima se iznose prethodno neobjavljeni rezultati sopstvenih istraživanja zasnovanih na primeni naučnih metoda) i pregledne (koji sadrže originalan, detaljan i kritički prikaz istraživačkog problema ili područja u kojem je autor ostvario određeni doprinos, prikazan u vidu autocitata). Za razliku od naučnih radova, u stručnom radu autor na osnovu izvršenog istraživanja zasnovanog na prikupljanju postojećih teorijskih saznanja i raspoloživih činjenica ukazuje na iskustva značajna za unapređenje prakse u određenoj oblasti, preporučuje promene u načinu primene propisa i slično.

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

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

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

Prevod stručnih pojmova iz strane literature, kada je to moguće, treba da bude zamenjen odgovarajućim nazivom u srpskom jeziku. Prevod latinskih pravnih izraza ili izreka nije potreban. Strani pojmovi pišu se kurzivom. Druge strane reči ili sintagme koje

označavaju specifične izraze ili institute u stranom pravu, koje se ne mogu sa preciznošću prevesti na srpski jezik ili ne postoje u srpskom pravu, zadržavaju se u originalnom nazivu (složene kurzivom), s tim što se objašnjava njihovo značenje na srpskom jeziku. U tekstu se ne treba koristiti podebljana (boldirana) niti podvučena slova.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ključne reči su termini ili fraze koji najbolje opisuju sadržaj članka za potrebe indeksiranja i pretraživanja. Potrebno je dati 5 ključnih reči ili sintagmi na srpskom. U članku se navode ispod apstrakta (veličina fonta 11 pt, kurzivom).

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

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

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

Na kraju rada, u levom uglu, složeno slovima 12 pt, navodi se na **engleskom jeziku ime, srednje slovo i prezime autora**. U drugom redu se navodi naučno zvanje ili titula, ustanova autora, a u trećem redu elektronska adresa. Na sredini strane navodi se na engleskom jeziku naslov rada, napisan velikim slovima. Rezime na engleskom jeziku (*Summary*) ima karakter proširenog sažetka i ne sme da prelazi 1.500 znakova bez proreda.

Ključne reči (*Keywords*) u prevodu na engleski jezik navode se ispod rezimea. Treba koristiti uobičajene pravne termine iz engleskog jezika, kako bi se olakšalo pretraživanje. Kod članaka na engleskom jeziku, rezime se piše na srpskom jeziku. Ostala pravila su ista.

NAČIN CITIRANJA I SASTAVLJANJA SPISKA REFERENCI

Navođenje izvora unutar teksta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Preuzeti sadržaj drugog autora se može saopštiti i parafraziranjem:

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

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

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

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

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

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

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

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

Ili:

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

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

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

Indirektno se isti tekst može preuzeti na sledeći način:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Uparednopravno istraživanje (Mrvić Petrović & Petrović, 2018) potvrdilo je...
Mrkšić, Popović & Novaković (2018, pp. 477) analiziraju

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ili indirektno:

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

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

referencu na sledeći način:

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

Ili:

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

Navođenje propisa. Naziv zakona i drugog propisa navodi se u tekstu punim nazivom (složeno običnim slovima), uz broj godine kada je usvojen, sem kada analizira određenu izmenu ili dopunu propisa, kada se navodi kao izvor službeno glasilo u kome je objavljena takva izmena. Prilikom prvog pominjanja propisa može se dodati crta posle naziva i navesti skraćenica pod kojom će se isti propis dalje u tekstu navoditi. U daljem tekstu dovoljno je koristiti samo skraćenicu. Isto pravilo važi i za inostrane pravne akte, s tim što se podaci koji se na njih odnose navode na način kako je to uobičajeno za to strano pravo. Skraćenice se sačinjavaju prema izvornom nazivu propisa, a ne prema njihovom prevodu na srpski ili engleski jezik.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Autor može da koristi tekst propisa preuzet sa interneta sa službene stranice

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015.

Intrasoft International SA v European Commission (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774)

Citiranje referenci preuzetih sa Interneta

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

Citiranje rada nepoznate godine izdanja ili rada nepoznatog autora

U radu se navedena vrsta rada citira tako što se na mestu gde bi trebalo da stoji godina navodi „n.d.“ (*non dated* - nepoznat datum), na primer:

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

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

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

Sastavljanje spiska literature i popisa pravnih izvora

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

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

1. Knjige (elektronske), druge monografije i udžbenici, poglavlja u monografijama

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

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

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

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

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

2. Doktorske disertacije, magistarski ili završni master radovi

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

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

3. Poglavlja u knjigama i naučni/stručni radovi objavljeni u zbornicima i zbirkama radova sa naučnih skupova

Podaci o navedenim bibliografskim jedinicama sadrže obavezno sledeće elemente koje treba navesti po modelu: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. Naslov rada: podnaslov. U: Prezime, inicijal(i) urednika (ur.). *Naslov zbornika: podnaslov*. Mesto izdavanja: izdavač, str. od-do.

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

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

4. Članci

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

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

5. Članci objavljeni u elektronskom časopisu ili *online* bazi podataka

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

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

Ili:

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

6. Članci, izveštaji, radovi iz zbornika dostupnog na internetu, koji imaju autora

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

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

Podaci o radu iz zbornika čiji je sadržaj objavljen na internetu navode se na sledeći način: Prezime, inicijal(i) autora. Godina izdavanja. *Naslov rada* (sa nazivom časopisa i drugim podacima koji se zahtevaju za članak). URL: (datum posete stranici).

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

7. Članak dostupan na internetu koji nema naznačenog autora

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

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

8. Spisak korišćenih pravnih izvora i izvora sudske prakse

Popisuju se nazivi zakona i drugih propisa korišćenih u radu, sa brojevima službenih glasila u kojima su objavljeni ili podacima o elektronskim izvorima sa kojih su preuzeti. U slučaju potrebe, razdvajaju se domaći od stranih propisa (u podnaslovima se navodi na koju se državu propisi odnose). Propisi se navode prema hijerarhiji citiranih pravnih

akata (od Ustava, preko zakona do uredbi i pojedinačnih akata). Ako se navodi više akata iste pravne snage, koristi se abecedni red. Kada se navode akti Evropske unije, obavezno se navodi broj službenog glasnika u kome je propis objavljen i strana na kojoj se nalazi:

- Krivični zakonik RS 2005. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.
- Izmene KZ RS 2016. *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.
- OEG, 1985. Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten, od 7. januara 1985 (BGBl. I S. 1), sa poslednjom izmenom od 17. jula 2017 (BGBl. I S. 2541). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/oeg/>, (18. 1. 2019).
- CC, 1804. Code civil, poslednja verzija od 25. decembra 2018. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, (18. 1. 2019).
- CETS, 2011. Council of Europe, Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No.210) od 11. 5. 2011. godine. Dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (18. 1. 2011).
- EU Decision 2010. EU Commission Decision of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under document C(2010) 593 (Text with EEA relevance). *OJ L* 39, 12. 2. 2010, pp. 5-18.
- Rec 2011. Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care. Adopted by the Committee of Ministers on 16 November 2011.
- UNSC Resolution 1286, UN dok. S/RES/1286 (19 January 2000).

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

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

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

Različite načine navođenja ilustruju sledeći primeri:

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999., dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.

- Odluka US, 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravilnika opštine Bečej iz 2013. godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik RS*, br. 68/2018.
- Cass. crim., 19 December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v. Mahmood*, 2005 All ER (D) 251 (Apr). Dostupno na: <https://Lexisweb.co.uk/cases/2005/april/godbald-v-mahmood>, (18. 1. 2019).
- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015 (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Dostupno na : <https://eur-lex.europa.eu/l/>, (18.1. 2019).

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