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

ISSN 0039 2138

UDK 34

**STRANI PRAVNI ŽIVOT
FOREIGN LEGAL LIFE**

**1/2017
Beograd, 2017.**

Redakcija **Editorial board**

Prof. dr Miodrag Orlić

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu u penziji
Full Professor (retired), Faculty of Law University of Belgrade

Prof. dr Olga Cvejić-Jančić

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu u penziji
Full Professor (retired), Faculty of Law University of Novi Sad

Prof. dr Spiridon Vrelis

redovni profesor Pravnog fakulteta u Atini i direktor Helenskog
instituta za međunarodno i strano pravo u Atini
Full Professor, Faculty of Law University of Athens, Director of Hellenic
Institute of International and Foreign Law in Athens

Prof. dr Mikele Papa

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci
Full Professor, Faculty of Law University of Florence,

Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach

redovni profesor, Državni Univerzitet u Beču
Full Professor, State University in Vienna

Prof. dr Vid Jakulin

redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani
Full Professor, Faculty of Law University of Ljubljana

Dr Stefanos Kareklas

advokat iz Soluna
Attorney, Thessaloniki

Prof. dr Alesandro Simoni

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci
Full Professor, Faculty of Law University of Florence

Prof. dr Đorđe Ignjatović

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
Full Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Dr Jovan Ćirić

sudija Ustavnog suda Republike Srbije
Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

Prof. dr Đorđe Đorđević

redovni profesor Kriminalističko-policijske Akademije u Beogradu
Full Professor, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Prof. dr Dejan Đurđević

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
Full Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Prof.dr Dušan Vranjanac

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu
Associate Professor, Faculty of Law University „Union“ Belgrade

Ratomir Slijepčević

sekretar Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije
Secretary of the Commission for drafting the Civil Code of the Republic of Serbia

Prof. dr Goran Dajović

vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
Associate Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Dr Branislava Knežić

naučni savetnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja
Principal Research Fellow, Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade

Branka Babović

asistent na Pravnom fakultetu u Beogradu
Assistant, Faculty of Law University of Belgrade

Prof.dr Nataša Mrvić Petrović

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Prof. dr Vladimir Čolović

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Aleksandra Rabrenović

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Doc. dr Jelena Čeranić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Katarina Jovičić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Prof. dr Vladimir Đurić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Ana Knežević Bojović

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK

Editor in chief

Prof.dr Vladimir Čolović

ZAMENIK GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA

Deputy of editor in chief

Prof. dr Nataša Mrvić Petrović

SEKRETAR REDAKCIJE

Secretary of Editorial board

Aleksandra Višekruna

TEHNIČKI UREDNIK

Technical editor

Miloš Stanić

IZDAVAČ

Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

Institute of Comparative Law

Beograd, Terazije 41

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

tel. + 381 11 32 33 213

ŠTAMPA

Print

GORAGRAF

TIRAŽ

Circulation

200 primeraka - copies

SADRŽAJ

<i>Boris Krivokapić</i> POJAM LJUDSKIH PRAVA	9
<i>Oliver Nikolić</i> POLOŽAJ SUDIJE USTAVNOG SUDA - UPOREDNOPRAVNA ANALIZA	21
<i>Andrej Diligenski, Dragan Prlja</i> ZAŠTITA AUTORSKIH PRAVA U DIGITALNOM SVETU	35
<i>Katarina Jovičić</i> POSEBNI SLUČAJEVI KADA SE UGOVOR MOŽE RASKINUTI PREMA BEČKOJ KONVENCIJI	51
<i>Vjekoslav Puljko</i> ARBITRAŽA I MEDIJACIJA U SPORTU	63
<i>Zorica Mršević, Svetlana Janković</i> UČEŠĆE ŽENA U ORUŽANIM SNAGAMA SAVREMENOG DOBA	77
<i>Dejan Šuput</i> UTICAJ EVROPSKE UNIJE NA PRAVNO REGULISANJE UGOVORA O RADU PROFESIONALNIH FUDBALERA	95
<i>Vladimir Njegomir, Zdravko Petrović</i> PREDUZETNIŠTVO U OSIGURANJU: ZNAČAJ I PRAVNI PRINCIPI DRUŠTVENO ODGOVORNOG POSLOVANJA OSIGURAVAČA	109
<i>Dragan Jovašević</i> USLOVNA OSUDA U ŠPANSKOM KRIVIČNOM PRAVU	121
<i>Ranko Sovilj, Sanja Stojković-Zlatanović</i> POSLEDICE FINANSIJSKIH KRIZA – UPOREDNOPRAVNA ANALIZA	139
<i>Svetlana Nenadić</i> PRE-CRIME KONCEPT ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI - OBAVEZE DRŽAVE I RIZICI PO POVREDU LJUDSKIH PRAVA	155

<i>Milan Blagojević</i> ZAMKE USAGLAŠAVANJA DOMAĆIH PROPISA SA PRAVNOM TEKOVINOM EVROPSKE UNIJE (Kroz primjer neustavnosti jednog domaćeg pravnog instituta)	169
--	-----

<i>Dejan Milovanović</i> PRISTRASNOSTI KAO RAZLOG ZA IZUZEĆE SUDIJA U POSTUPKU PRED MEĐUNARODNIM KRIVIČNIM SUDOM ZA BIVŠU JUGOSLAVIJU	183
--	-----

<i>Jovana Kisin</i> NEIZVRŠENJE PRAVOSNAŽNIH SUDSKIH ODLUKA KOJIMA JE DOSUĐENA RATNA ŠTETA U REPUBLICI SRPSKOJ	193
---	-----

TABLE OF CONTENTS:

<i>Boris Krivokapić</i> NOTION OF HUMAN RIGHTS	9
---	---

<i>Oliver Nikolić</i> THE POSITION OF JUDGES OF THE CONSTITUTIONAL COURT - COMPARATIVE ANALYSIS	21
---	----

<i>Andrej Diligenski, Dragan Prlja</i> PROTECTION OF COPYRIGHT IN THE DIGITAL WORLD	35
---	----

<i>Katarina Jovičić</i> PARTICULAR CASES WHEN THE CONTRACT CAN BE TERMINATED ACCORDING TO VIENNA CONVENTION	51
--	----

<i>Vjekoslav Puljko</i> ARBITRATION AND MEDIATION IN SPORT	63
---	----

<i>Zorica Mršević, Svetlana Janković</i> PARTICIPATION OF WOMEN IN MODERN ARMED FORCES	77
--	----

Dejan Šuput

IMPACT OF THE EU ON LEGAL REGULATION OF THE PROFESSIONAL FOOTBALL PLAYERS EMPLOYMENT CONTRACTS	95
---	-----------

Vladimir Njegomir, Zdravko Petrović

ENTREPRENEURSHIP IN INSURANCE: THE IMPORTANCE AND LEGAL PRINCIPLES OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY OF INSURANCE COMPANIES	109
---	------------

Dragan Jovašević

SUSPENDED SENTENCE IN THE SPANISH CRIMINAL LAW	121
---	------------

Ranko Sovilj, Sanja Stojković-Zlatanović

IMPLICATIONS OF THE FINANCIAL CRISIS – COMPARATIVE ANALYSIS	139
--	------------

Svetlana Nenadić

PRE-CRIME CONCEPT OF THE LAW ON DOMESTIC VIOLENCE PREVENTION –OBLIGATIONS OF THE STATE AND RISKS FOR THE HUMAN RIGHTS	155
--	------------

Milan Blagojević

NOOSES OF HARMONIZATION OF DOMESTIC REGULATIONS WITH LEGAL HERITAGE OF EUROPEAN UNION (Through example of unconstitutionality of one domestic legal institute)	169
---	------------

Dejan Milovanović

PARTIALITY AS A BASIS OF JUDICIAL DISQUALIFICATION AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA	183
--	------------

Jovana Kisin

NON - ENFORCEMENT OF COURT DECISIONS ON WAR DAMAGE IN THE REPUBLIC OF SRPSKA	193
---	------------

POJAM LJUDSKIH PRAVA

Apstrakt

Rad ima tri dela. Prvi se bavi nazivom “ljudska prava” i onim što se pod tim podrazumeva – poseban koncept, osnovna pravno zaštićena ljudska prava i slobode, konkretna pravna rešenja, ono što se dešava u praksi, jasno definisana ljudska prava i slobode koji pripadaju konkretnim licima odn. grupama, oblast prava kojom je regulisana materija ljudskih prava, poseban predmet koji se predaje na pravnim i srodnim fakultetima, itd. Tu je zatim ukazano na načelnu razliku između ljudskih prava i sloboda, kao i na razlikovanje ljudskih prava od nekih sličnih društvenih pojava.

U drugom delu istaknuto je da su ljudska prava vrlo složena društvena pojava. U skladu s tim dat je osvrt na njihove razne dimenzije – filozofsku, ideološku, političku, ekonomsku, socijalnu, pedagošku i pravnu.

Treći deo bavi se pravnim regulisanjem kao obaveznim delom ljudskih prava. Tu je istaknuto da nema ljudskih prava ako ona nisu pravno regulisana i objašnjeno je zašto je to tako. Ukazano je na to da pravno regulisanje znači da su ljudska prava pravno zajamčena, da njihovi titulari imaju pravni osnov da zahtevaju njihovo nesmetano uživanje i, po potrebi, zaštitu odnosno da, gledano iz drugog ugla, obaveze države odnosno drugih subjekata su pravne obaveze, obavezna pravila ponašanja. Drugim rečima, nepoštovanje ili povreda ljudskih prava predstavlja kršenje prava kao objektivnog normativnog poretka, što znači da povlači pravnu odgovornost. Autor posebno ističe da u suštinskom smislu, kada je reč o ljudskim pravima, više nije u pitanju dobra volja ili diskreciona ocena odnosnih subjekata, pre svega država, već se radi o sistemu pravnih pravila unutrašnjeg i međunarodnog prava, koja se međusobno prepliću i dopunjuju.

Ključne reči: Ljudska prava, Pravo ljudskih prava, Međunarodno pravo.

¹ Akademik Ruske akademije prirodnih nauka (Moskva); Redovni profesor, Poslovni i pravni fakultet, Univerzitet „Union – Nikola Tesla“, Beograd; Pravni fakultet Samarskog nacionalnog istraživačkog univerziteta “S.P. Koroljov” (Samara, Rusija), naučni savetnik (Institut za uporedno pravo, Beograd), e-mail: krivokapicboris@yahoo.com.

1. Pojam ljudskih prava

1. Naziv. – Sve do neposredno posle Drugog svetskog rata, za ono što danas nazivamo ljudskim pravima (eng. *human rights*) uglavnom se koristio izraz „prava čoveka“ (*rights of man*). On je zamenjen terminom „ljudska prava“ na insistiranje Elenor Ruzvelt (supruga predsednika SAD, Frenklina D. Ruzvelta) koja je primetila da se iz izraza „prava čoveka“ ne vidi dovoljno da se ta prava u jednakoj meri odnose i na žene.²

2. Pojam. – Pod ljudskim pravima mogu se imati u vidu razne stvari. Pored ostalog:

1) *poseban koncept* odnosno ideja o tome da postoje određena ljudska prava i slobode, koji su prirodni, neotuđivi i nezavisno od pravnog regulisanja i volje država pripadaju svakome na osnovu toga što je ljudsko biće. Drugim rečima, to je jedna vrsta posebne društvene filozofije koja vodi računa o pravnom i stvarnom položaju pojedinaca i grupa, u prvom redu o njihovoj zaštiti od nezakonitih zahvata vlasti, ali i u smislu obezbeđenja uslova za njihov nesmetan opstanak i razvoj.³

2) *osnovna pravno zaštićena ljudska prava i slobode*, koji pripadaju svakom ljudskom biću (pravo na život; sloboda misli, savesti i veroispovesti; prava privatnosti itd.) ili pojedinim naročito ugroženim kategorijama ljudi (posebna prava dece, žena, invalida, izbeglica, pripadnika nacionalnih manjina itd.). Ovde je, dakle reč o ljudskim pravima i slobodama kao pravnim institutima. Ovako shvaćena, ova prava i slobode pobrojani su i bliže definisani unutrašnjim propisima (ustavom, zakonima) i međunarodnim sporazumima, odlukama međunarodnih organizacija itd.;

3) *konkretna pravna rešenja* sadržana u pravnim normama. Tako se npr. može reći da ljudska prava u ekonomsko-socijalnoj oblasti nisu dovoljno razvijena, da nije obezbeđena efikasna zaštita ljudskih prava treće generacije itd.;

4) *ono što se dešava u praksi*. Tako npr. kada se kaže da su u nekoj zemlji ljudska prava razvijena, da stanje po pitanje ljudskih prava zadovoljavajuće ili, naprotiv, da se ljudska prava ne poštuju, misli se na opšte stanje ljudskih prava u konkretnoj državi;⁴

² Uostalom, pravni spomenici iz prošlosti koji su utrljali put savremenom konceptu ljudskih prava jamčili su odnosna prava samo muškarcima. To važi i za čuvenu francusku Deklaraciju prava čoveka i građanina (1789). Stoga ju je francuska književnica i revolucionarka Olim de Guž (*Olimpe de Gouges*) izmenila, zamenivši svugde reči čovek i građanin rečima žena i građanka, a zatim je objavila 1791. kao Deklaraciju prava žene i građanke. Nažalost, mada je taj njen poduhvat odjeknuo i izvan granica Francuske, ona je, pored ostalog, i zbog borbe za prava žena, 1793. završila na giljotini.

³ M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2016, 21-23.

⁴ Razume se kod svake takve ocene, javlja se niz problema od kojih su samo neki vezani za to ko vrši ocenu stanja ljudskih prava, na osnovu kojih kriterijuma i slično. Drugim rečima, ove ocene su uvek više ili manje subjektivne.

5) *jasno definisana ljudska prava i slobode koji pripadaju konkretnim licima odn. grupama* - npr. aktivno i pasivno pravo glasa XX ili pravo YY da na jeziku koji razume učestvuje u datom sudskom postupku. Skup svih prava i sloboda određenog pojedinca su njegova subjektivna ljudska prava. Ona se donekle razlikuju od prava drugih lica u smislu da uz osnovna (opšta) ljudska prava, priznata svima, krug prava koja pripadaju datom pojedincu zavisi od niza faktora – gde se nalazi (u zemlji čiji je državljanin ili u inostranstvu), da li je možda pripadnik etničke manjine, dete, majka, izbeglica, radnik, invalid itd.;

6) *oblast prava* kojom je regulisana materija ljudskih prava i sloboda. U pitanju je objektivni normativni sistem, skup pravnih normi i principa kojima je uređena ova oblast društvenih odnosa. Pravilniji naziv je „pravo ljudskih prava“.⁵ U tom smislu može se govoriti o međunarodnom i nacionalnom (unutrašnjem) pravu ljudskih prava. Prvo je deo (posebna grana) međunarodnog javnog prava, a drugo čine relevantne norme sadržane u ustavu i drugim unutrašnjim pravnim aktima svake konkretne države;

7) *poseban predmet* koji se predaje na pravnim i srodnim fakultetima; itd.

Dakle, ljudska prava mogu se shvatiti na razne načine.

Ipak, osim kada je drugačije naznačeno ili proističe iz konteksta, pod ljudskim pravima uglavnom se ima u vidu skup (katalog, korpus) određenih ovlašćenja i povlastica koji su priznati svakome ili pripadnicima određene kategorije ljudi.

3. Ljudska prava i slobode. - To je drugi, precizniji naziv za ljudska prava. Njegovo korišćenje, samim tim i razlikovanje između ljudskih prava i sloboda, ima za cilj da ukaže na to da su pojedinci, odn. grupe ovlašćeni da od vlasti (države) zahtevaju aktivno ponašanje radi obezbeđenja zajamčenih im *prava*, dok je u drugim slučajevima u pitanju njihova *sloboda* od uplitanja vlasti (države) od koje se, shodno tome, traži samo da se ne meša (da ne ometa uživanje odnosnih sloboda).

U tom kontekstu, npr. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948) govori o tome da svako ima *pravo* da bude priznat kao pravni subjekt (čl. 6), da svi imaju *pravo* na podjednaku zaštitu zakona (čl. 7), da svako ima *pravo* da ga nadležni nacionalni sudovi efikasno štite od dela kršenja osnovnih prava koja su mu priznata ustavom ili zakonima (čl. 8), da svako ima *pravo* na pravično suđenje (čl. 10), da svako ima *pravo* na državljanstvo (čl. 15), da svako ima *pravo* na školovanje (čl. 26) itd., dok, s druge strane, pominje da svako ima pravo na *slobodu* kretanja i izbora mesta stanovanja (čl. 13), misli, savesti i vere (čl. 18), mišljenja

⁵ Kao što se npr. govori o diplomatsko-konzularnom pravu, pravu međunarodnih organizacija, pravu mora, kosmičkom pravu, pravu oružanih sukoba itd.

i izražavanja (čl. 19), mirnog zbora i udruživanja (čl. 20), učestvovanja u kulturnom životu zajednice, uživanja u umetnosti i učešća u naučnom napretku i u dobrobiti koja otuda proističe (čl. 27) itd.⁶

Međutim, mada u prvi mah privlačna, ova podela nikada ne može biti dosledno sprovedena, pošto se većina prava nalazi negde između. Tako npr. najvažnije ljudsko pravo – pravo na život, bilo bi prema ovoj klasifikaciji i sloboda (zato što se svodi na zahtev da država nezakonito ne poseže za njim) ali i pravo (zato što je država dužna da štiti svačiji život od nezakonitih nasrtaja drugih). Slično bi se moglo primetiti i za većinu ostalih prava, odn. sloboda.

Iz tih razloga, sem ako drugačije nije naznačeno, izrazi “ljudska prava” i “ljudska prava i slobode” obično se shvataju i koriste kao sinonimi s tim da se podrazumeva da i kada se pominju samo “prava”, zapravo se misli na prava u širem smislu, obuhvatajući tu i ona prava koje se bliže definišu kao slobode.

4. Razlika od sličnih pojava. – Ljudska prava treba razlikovati od nekih situacija u kojima određeni ljudi imaju posebna prava (ovlašćenja, povlastice) ali se tu ipak ne radi o ljudskim pravima.

Razlika počiva na osnovu zbog kojeg su odnosna prava priznata i na njihovoj funkciji. Ljudska prava priznaju se ljudima zato što su ljudska bića (osnovna, opšta ljudska prava) ili zato što pripadaju nekoj posebno ugroženoj kategoriji ljudi (posebna prava).

Za razliku od toga određena prava koja uživaju pojedinci daju im se kao predstavnicima države, kao njenim organima. To znači ne radi zadovoljenja osnovnih ili posebnih ljudskih potreba, a posebno ne radi lične koristi, već da bi odnosna lica uspešno obavila poverenu im državnu funkciju ili zadatak.⁷ Suštinski, to i nisu *njihova* (lična) prava, već nešto što im pripada privremeno, kao sastavni deo svog trenutnog, po mnogo čemu izuzetnog statusa.

Primeri su imuniteti i privilegije šefova država ili vlada (u zemlji i inostranstvu); imuniteti poslanika (u zemlji); povlastice, privilegije i imuniteti diplomatskih i konzularnih predstavnika (u državi prijema); povlastice i imuniteti funkcionera međunarodnih organizacija (u državama članicama); nepovredivost i druga prava parlamentara u ratu itd.

Uz navedene razlike (osnov i funkcije) ova posebna prava nisu lična – ona ne pripadaju konkretnim licima, već su vezana za određenu zvaničnu funkciju ili zadatak. Stoga su ona, opšte uzev, stalna, ali se njihovi konkretni uživaoci menjaju, u smislu da se ta prava prenose sa

⁶ Reči *pravo* i *slobodu* podvukao B.K.

⁷ U svim relevantnim međunarodnopravnim dokumentima, kada se govori o odnosnim povlasticama, privilegijama i imunitetima, neizostavno se precizira da se oni ne daju radi lične koristi, već da bi odnosna lica mogla da lakše i na pravi način ostvaruju svoje funkcije.

jednog lica na drugo - npr. sa jednog predsednika, na drugog; sa jednog ambasadora, na onoga koji ga je zamenio. I obrnuto, prestankom vršenja poverene funkcije, odnosno lice gubi ova prava.

Dakle, ovde nisu u pitanju nikakva ljudska prava, već određena zaštita koja se daje državnom organu odnosno predstavniku države (kao što npr. i sama zgrada diplomatske misije ima određene privilegije i imunitete).

2. Razne dimenzije ljudskih prava

Ljudska prava su vrlo složena društvena pojava. Zavisno od ugla gledanja imaju razne dimenzije: filozofsku, ideološku, političku, ekonomsku, socijalnu, pedagošku, istorijsku, pravnu itd.

Svakom od ovih dimenzija bave se specijalisti iz odgovarajuće oblasti nauke. Stoga će ovde biti date samo najelementarnije naznake, a akcenat će pre svega biti stavljen na pravni aspekt.

1. Filozofska dimenzija. - Razni pogledi na ljudska prava koji bi se jednom rečju mogli nazvati filozofskim, javljaju se tokom čitave istorije u svetim knjigama raznih vera i u radovima najistaknutijih mislilaca svake epohe.

Svima njima svojstveno je da insistiraju na zajedničkom poreklu ljudi, na tome da su ljudi braća i sestre i slično. Ako je već tako, jasno je i da ljudi treba da budu ravnopravni, da poštuju druge i njihova prava itd.

Mnogi filozofi⁸ posvetili su svoja dela dokazivanju da ljudi imaju urođena prava, koja je svaka vlast dužna da poštuje.⁹ Posebno je po tome poznata tzv. prirodnopravna škola.¹⁰

⁸ Sažeti pregled nekih od najpoznatijih učenja i stavova po ovom pitanju vidi kod: S.Gajin, *Ljudska prava: Pravno-sistemska okvir*, Beograd 2011, 217-319.

⁹ Kao minimum takvih prava u zapadnoj literaturi obično se ističu: pravo na život, pravo na slobodu, pravo na imovinu i pravo na bezbednost. Međutim, ako se prihvati ideja o urođenim (prirodnim) ljudskim pravima koja su uslovno rečeno vanvremenska odnosno treba da važe u svakom društvu (uvek i svugde) onda bi taj katalog svakako morao da bude duži i obuhvati niz ne manje važnih prava, kao što su npr. pravo na jednakost i zabranu diskriminacije, sloboda od mučenja, pravo na učešće u upravljanju društvenom zajednicom, pravo na privatnost itd. Ova i slična prava nisu ništa manje „prirodna“ od pomenuta četiri.

¹⁰ O ideji prirodnog prava i prirodnopravnoj školi: L.Spooner, *Natural Law; or the Science of Justice*, Part First, Boston 1882, http://files.libertyfund.org/files/2182/Spooner_1475_Bk.pdf, 21.1.2017; H.Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd 1998, 60-65; R.P.George, „Natural Law“, *Harvard Journal of Law and Public Policy* vol. 31, 1/2008, 171-196; J.Finnis, „Natural Law: The Classical Tradition“, in: J.Coleman, S.Shapiro (eds.): *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press 2002, 1-60; B.H.Bix, „Natural Law: The Modern Tradition“, in: J.Coleman, S.Shapiro (eds.): *op. cit.*, 61-103; A.E.Wallin, „John Finnis's Natural Law Theory and a Critique of the Incommensurable Nature of Basic Goods“, *Campbell Law Review* 1/2012, 59-81.

2. Ideološka dimenzija. - Na razne načine ideju ljudskih prava koristile su i koriste mnoge ideologije. Kada se zna da se pod ideologijom uglavnom podrazumeva sistem političkih, pravnih, filozofskih, moralnih, verskih, umetničkih i sličnih pogleda na svet, a da je odnos prema ljudskim pravima jedno od najvažnijih pitanja svakog društva, jasno je da je pogled na ljudska prava uopšte ili na pojedina pitanja iz okvira te materije uvek po prirodi stvar ideološki obojen.

Tako npr. oni koji smatraju da je iz nekog razloga neravnopravnost između ljudi (između muškaraca i žena, između raznih klasa i kasta, između pripadnika raznih veroispoveti itd.) opravdana, pa čak i prirodna, uvek će se zalagati za takvo stanje stvari. Naprotiv, oni koji podržavaju danas vladajuće ideje o ravnopravnosti svih ljudi i zabrani diskriminacije, svim silama će se boriti protiv toga.

Ovde je dovoljno podsetiti da su za vreme Hladnog rata Zapadne države, u skladu sa svojim shvatanjima forsirale razvoj i međunarodno pravno regulisanje građanskih i političkih prava, a da je Istok, naprotiv, uvek akcenat stavljao na ekonomska, socijalna i kulturna prava. Uostalom, čak i danas u nekim društvima se, sa osloncem na vladajuće verske i druge ideološke poglede na odnose u društvu, određena prava uskraćuju bilo većini građana (npr. sloboda kretanja, pravo na informisanje, pravo na slobodne izbore itd.) bilo pojedinim kategorijama ljudi (npr. ženama, pripadnicima manjina itd.).

3. Politička dimenzija. – Ljudska prava imaju političku dimenziju već zbog toga što su na ovaj ili onaj način povezana sa raznim ideologijama.

Staviše, ona su neizostavni deo političkih ciljeva, akcija i procesa. Takvih kao što su borba za vlast odnosno održanje vlasti, nastojanje da se obezbedi puna ravnopravnost ili, naprotiv, da se u odnosu na određene kategorije ljudi postigne ili zadrži potčinjavanje, eksploatacija, diskriminacija i slično. U tom smislu svaki politički program obavezno sadrži i stav o ljudskim pravima, ona se koriste kao deo predizborne kampanje (bilo da se tvrdi da će se posle pobede na izborima učiniti sve da se stanje popravi, bilo da se, naprotiv, osporavaju prava određenih kategorija ljudi) itd.

Zapravo, vrlo važan deo korpusa ljudskih prava su politička prava, u prvom redu ona koja obezbeđuju učešće u vršenju političke vlasti i upravljanju društvom.

Politička dimenzija vidljiva je i na međunarodnom planu. Jedan od glavnih ciljeva UN, utvrđen već u čl. 1/3 Povelje UN je „postizanje međunarodne saradnje rešavanjem međunarodnih problema ekonomske, socijalne, kulturne ili humanitarne prirode i unapređivanje i podsticanje poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru.“ Staranje o obezbeđenju i razvoju ljudskih prava i njihovog doslednog poštovanja širom sveta zauzima vrlo važno mesto u aktivnostima UN, ali i drugih univerzalnih međunarodnih organizacija

(npr. Međunarodne organizacije rada). To, pored ostalog, podrazumeva i političko usmeravanje država putem podsticanja i ohrabrivanja ali i određenih oblika više ili manje vidljivog političkog pritiska.¹¹

Ljudskim pravima se na razne načine bave i mnoge regionalne organizacije, kao što su Savet Evrope, Evropska unija, Organizacija američkih država, Afrička unija itd.

Konačno, politička doimenzija postoji i onda kada se ljudska prava zloupotrebljavaju radi političkih nasrtaja na druge zajednice (humanitarna intervencija), radi uklanjanja nepoželjnih (neosnovano prišivanje etikete diktatora, kršioca ljudskih prava, sa pratećim posledicama od iznuđene ostavke ili impičmenta, sve do krivične sankcije) i slično.¹²

4. Ekonomska dimenzija. – Ljudska prava, onako kako se shvataju u naše vreme, neodvojiva su od ekonomske osnove. U budžetu svake moderne države predviđaju se posebna sredstva za zadovoljenje potreba ljudi, podrazumevajući i uživanje zajamčenih prava – za održavanje izbora, za obrazovanje, kulturu itd.

U korpusu ljudskih prava postoje i posebna ekonomska prava, kao što su pravo na rad, pravo na zaradu i druga prava iz radnih odnosa, pravo na adekvatni životni standard, pravo na socijalno obezbeđenje itd. Značaj ovih prava je izuzetan, često i veći od mnogih građanskih i političkih prava. Uostalom, kada nema šta da se jede, kada je neposredno ugrožena egzistencija, po prirodi stvari u drugi plan odlaze druga, sama po sebi vrlo važna prava, kao što su npr. prava privatnost, prava manjina itd.

5. Socijalna dimenzija. – Ljudska prava mogu se posmatrati sa opšteg, grupnog i pojedinačnog stanovišta. Neka prava pripadaju nedovoljno definisanim svima (titular je čovečanstvo), druga samo posebno ugroženim i stoga zaštićenim grupama, a treća, najbrojnija – svakome (osnovna, opšteljudska prava).

Mada se u krajnjoj liniji pre ili kasnije sve uglavnom svodi na ono što u stvarnom životu doživljava pojedinac (kao individua, ali i kao deo grupe odnosno čovečanstva) specifičnosti svake od ovih kategorija ljudskih prava utiču na način na koji se odnosna prava definišu, doživljavaju, prihvataju, štite itd.

6. Pedagoška dimenzija. – Najprostije rečeno ona se svodi na to da je potrebno razvijati ideju ljudskih prava, znanja o njima, kulturu ljudskih prava i slično. Sa druge strane, što su veći uspesi na tom polju, to se lakše razvijaju nova ljudska prava, a manji su slučajevi kršenja ili zloupotrebe već zajamčenih.

¹¹ Tako npr. država koja želi da uđe u Evropsku uniju, mora, pored ostalog, prvo da bude članica Saveta Evrope, a da bi to postala treba da ratifikuje Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (1950) i, zavisno od slučaja, neke druge evropske sporazume iz oblasti ljudskih prava.

¹² Više: B. Krivokapić, "O zloupotrebi ljudskih prava", *Pravni život* 12/2014, 441-457.

Pedagoška dimenzija ostvaruje se putem širenja informacija o ljudskim pravima putem medija, posredstvom raznih radionica i seminara, organizovanjem posebnih kurseva (za radnike unutrašnjih poslova, zdravstvene radnike itd.), preko knjiga i drugih publikacija itd.

Sa druge strane, sa puno osnova može se primetiti da je i pravo na obrazovanje o ljudskim pravima jedno od važnih ljudskih prava.¹³

7. Istorijska dimenzija. – Sve društvene pojave, pa tako i ljudska prava, mogu se posmatrati u sadašnjem trenutku, ali i u istorijskim okvirima. Upoznavanje sa korenima odnosne pojave i njenim razvojem (u ovom slučaju: ljudskim pravima) znatno olakšava razumevanje ne samo onoga što je svojstveno današnjici, već i mogućih pravaca razvoja.

8. Pravna dimenzija. - Pravna dimenzija se ovde pominje kao poslednja ne zato što je manje važna od ostalih, već, naprotiv, da bi se ukazalo na njen poseban značaj (tačka na "i"). Ljudska prava su neodvojiva od prava kao društvene pojave odnosno normativnog poretka (objektivno pravo) kao što sama po sebi predstavljaju pravno zaštićene interese pojedinaca (subjektivno pravo).

Bliže gledajući, pravo je to koje definiše: 1) šta su ljudska prava, 2) koja su prava pravno zaštićena, 3) ko su subjekti (uživaoci) pojedinih prava, 4) koji su mehanizmi za ostvarivanje zajamčenih prava, 5) koji su mehanizmi nadzora nad time kako se ostvaruju utvrđena rešenja, 6) postupak i način korekcije odnosno ispravljanja ustanovljenih povreda ljudskih prava (ukidanje određenih pravnih akata, naknada štete itd.), 7) kažnjavanje za kršenje ljudskih prava (krivična dela, nadležnost i postupak sudova) i dr.

Gledano iz drugog ugla, uloga prava (pravnog poretka) svodi se na: 1) normiranje (pravno regulisanje); 2) stvaranje uslova i mehanizama za ostvarivanje ljudskih prava; 3) nadzor nad ostvarivanjem utvrđenih rešenja (stvarnim uživanjem zajamčenih prava) i, po potrebi, vršenje neophodnih korekcija; i 4) kažnjavanje za kršenje ljudskih prava.

3. Pravno regulisanje kao obavezni deo ljudskih prava

1. Opšte. - Po prirodi stvari nema ljudskih prava, ako ona nisu pravno regulisana.

U principu, neki pojedinac ili grupa može u praksi uživati povoljan status ili određene povlastice, a da to nije zajamčeno nijednim pravnim aktom. Međutim, tu se onda ne radi o *pravima*. Onaj ko toleriše odnosni povoljan tretman ovog pojedinca ili grupe može u svakom trenutku, i to

¹³ G.Alfredsson, „Human Rights Education is a Human Right“, in: M.Delević Đilas, V.Đerić (eds.): *The International and the National – Essays in Honour of Vojin Dimitrijević*, Beograd 2003, 159-164.

sasvim legalno, da promeni svoje ponašanje, uskrati podršku, zabrani određeno ponašanje, zahteva neko drugačije činjenje itd.¹⁴ Dakle, nema ljudskih prava, ako ona nisu predviđena i zajamčena pravom, ako nisu dovoljno detaljno definisani uslovi pod kojima se uživaju i okviri u kojima se to vrši, itd.

Ovaj element savremenog koncepta ljudskih prava može se nazvati i normiranjem, u smislu da predstavlja uobličavanje i usvajanje pravnih normi. U širem smislu, on podrazumeva i izgradnju i funkcionisanje potrebnih organa, ustanova i postupaka za ostvarivanje utvrđenih rešenja.

To, pored ostalog, obuhvata precizno navođenje odnosnih ljudskih prava, njihovo definisanje, jamčenje, utvrđivanje uslova pod kojima se ona uživaju, mehanizama nadzora nad njihovim ostvarivanjem, načina i sredstava za ispravljanje utvrđenih propusta (korekciju), pravno uređenje krivične i druge odgovornosti za kršenje ljudskih prava itd.

Norme iz materije ljudskih prava donose države na unutrašnjem planu (ustav, zakoni itd.), države zajedno (višestrani i dvostrani ugovori, međunarodna običajna pravna pravila), međunarodne organizacije (odluke nadležnih organa) ali i drugi subjekti (npr. multinacionalne kompanije).

Pravno regulisanje ljudskih prava znači da su u pitanju pravni odnosi. To znači da su ta prava pravno zajamčena, da njihovi titulari imaju pravni osnov da zahtevaju njihovo nesmetano uživanje i, po potrebi, zaštitu. Gledano iz drugog ugla, obaveze države odnosno drugih subjekata su pravne obaveze, obavezna pravila ponašanja. Drugim rečima, nepoštovanje ili povreda ljudskih prava predstavlja kršenje prava kao objektivnog normativnog poretka, što znači da povlači pravnu odgovornost.

U suštinskom smislu, kada je reč o ljudskim pravima, više nije u pitanju dobra volja ili diskreciona ocena odnosnih subjekata, pre svega država, već se radi o sistemu pravnih pravila unutrašnjeg i međunarodnog prava, koja se međusobno prepliću i dopunjuju.

Istorijski gledano, vezano za pravno regulisanje, došlo je do zanimljive pojave. Savremeni pristup ljudskim pravima prvo se javio u tadašnjim naprednim društvima, kao rezultat borbe potlačenih i obespravljenih slojeva društva. Zatim se proširio i na druge zemlje, a onda je potvrđen i međunarodnopravnim dokumentima. Nakon toga je, zahvaljujući u velikoj meri u međuvremenu stvorenim međunarodnim organizacijama i institucijama, zaštita ljudskih prava počela da se dalje razvija na međunarodnom planu, kao vid međunarodne saradnje. U naše vreme mnoga ljudska prava prvo su formulisana međunarodnopravnim dokumentima, a tek zatim su postala deo pravnih poredaka država. Ovaj

¹⁴ Izuzetno, on to neće moći učiniti ako su odnosna subjektivna prava postala deo običajnog (objektivnog) prava. Ali to onda opet znači da su ta prava pravno regulisana – istina ne zakonima ili konvencijama, ali svakako pravom (običajnim).

drugi proces predstavlja u neku ruku prirodan nastavak onog prvog.

2. Unutrašnje pravo. - Po prirodi stvari život ljudi je neposredno vezan pre svega za određenu državu – onu čiji su državljani ili onu pod čijom jurisdikcijom se nalaze (npr. na čijoj teritoriji borave).

To znači i da njihov pravni i stvarni položaj, podrazumevajući i stepen uživanja ljudskih prava direktno zavise od pravnog poretka te države.

Bliže gledajući, ljudska prava se ostvaruju prvenstveno u državama; država je dužna da stvori pravne i stvarne okvire za uživanje tih prava; u slučaju njihovog uskraćivanja ili kršenja odnosno lice zaštitu traži pre svega pred nadležnim organima te države; itd. Uostalom, ljudska prava najčešće krše upravo državni organi, što znači da je potrebno kontrolisati ih, ispravljati greške i propuste itd. Sve to zahteva da ova pitanja budu što preciznije uređena domaćim pravom svake konkretne zemlje.

U naše vreme ljudska prava zajamčena su i regulisana odnosno zaštićena unutrašnjim propisima država – njihovim ustavima, raznim zakonima (o zabrani diskriminacije, o zaštiti nacionalnih manjina itd.), posebnim odredbama zakona koji uređuju određene oblasti društvenih odnosa (zakon o radu, o obrazovanju, o krivičnom postupku itd.), raznim procesnim i drugim zakonima koji služe ostvarivanju ljudskih prava itd.

Zaštitom tih prava na razne načine bavi se veliki broj državnih organa i tela (sudovi, ombudsmani odnosno zaštitnici prava građana itd.) čiji su sastav, nadležnost, ovlašćenja i način rada takođe uređeni domaćim pravom.

3. Međunarodno pravo ljudskih prava. - U ne tako davnoj prošlosti ova materija uglavnom je važila kao tipičan primer pitanja isključivo iz unutrašnje nadležnosti država i tek je ovlaš bila regulisana međunarodnim pravom. Čak i u novijoj istoriji dugo vremena sve se uglavnom svodilo na zabranu trgovine robovima i zaštitu verskih manjina – onda i tamo gde su odnosna rešenja bila usvojena i primenjena.

Posle Drugog svetskog rata u međunarodnoj zajednici stalno jača svest o tome da poštovanje ljudskih prava predstavlja stvar od opšteg interesa. Uporedo s tim rastao je i broj konvencija i drugih izvora međunarodnog prava u ovoj oblasti i na svetskom i na regionalnom nivou, kao i u bilateralnim odnosima zainteresovanih država.

Mnoga ljudska prava i sa tim povezana pitanja (npr. međunarodnopravni zločini koji se sastoje u drastičnom kršenju ljudskih prava) prerasla su u opšte (univerzalno) običajno međunarodno pravo, što znači da su obavezna za sve države.

Međunarodno pravo ljudskih prava danas je poseban deo međunarodnog javnog prava i to onaj njegov deo koji se naročito brzo razvija. Više nije u pitanju samo skup nekakvih principa i instituta, već

čitav međunarodnopravni sistem. On se razvija i na nivou čitavog sveta i u regionalnim okvirima, posebno u Evropi, Americi i Africi.¹⁵

Prof. Boris Krivokapić, PhD

Academician of the Russian Academy of Natural Sciences (Moscow), Full Professor, Business and Law Faculty, University, „Union – Nikola Tesla“ (Belgrade) and Law Faculty, Samara National Research University “S.P. Korolev” (Samara, Russia),

NOTION OF HUMAN RIGHTS

Summary

The work consists of three parts. The first one deals with the term “human rights” and what is meant by it - a special concept, fundamental legally protected human rights and freedoms, specific legal solutions, what happens in practice, clearly defined human rights and freedoms that belong to specific persons i.e. groups, area of law that regulates human rights, a special subject taught in law schools, etc. After that here it is pointed out a fundamental difference between human rights and freedoms, as well as the distinction between human rights and some similar social phenomenon.

In the second part, it was pointed out that human rights are a very complex social phenomenon. Accordingly, an overview of their various dimensions - philosophical, ideological, political, economic, social, educational and legal is given.

The third part deals with the legal regulation as a mandatory part of human rights. Here it is emphasized that there are no human rights if they are not legally regulated and it is explained why this is so. It was pointed out that the legal regulation means that human rights are legally guaranteed, that their holders have a legal basis to request their free enjoyment and, if necessary, protection i.e. that, viewed from another angle, the obligations of the state and other entities are legal obligations, mandatory rules of conduct. In other words, non-compliance or violation

¹⁵ Za Evropu vidi: S.Carić, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2015.

of human rights is a violation of law as an objective normative order, which means that it entails legal liability. The author emphasizes that in terms of substance, when it comes to human rights, it is no longer issue of good will or discretionary assessment of respective entities, primarily states, but it is a system of legal rules of national and international law, which are intertwined and complementary.

Key words: Human Rights, Human Rights Law, International Law

POLOŽAJ SUDIJE USTAVNOG SUDA - UPOREDNOPRAVNA ANALIZA²

Apstrakt

Autor u ovom radu prikazuje uslove kojim se određuje položaj sudije ustavnog suda. U te uslove spadaju izbor sudije, njegov status i njegova finansijska nezavisnost i oni se analiziraju kako sa teorijskog aspekta, tako i sa uporednopravnog stanovišta.

Pod izborom, odnosno imenovanjem sudije se podrazumeva način na koji je on izabran ili imenovan od strane nadležnog organa, kao i koje sve kvalifikacije je morao da ima da bi ispunio uslove za izbor na funkciju sudije ustavnog suda. Status sudije obuhvata više elemenata koji se u radu analiziraju i to: period na koji je sudija izabran na funkciju, odnosno mandat, eventualni reizbor, prestanak mandata sudije, inkompatibilnost sudijske funkcije, kao i imunitet koji uživa kao sudija ustavnog suda. Njegova finansijska autonomija i sam materijalni položaj sudije su jedan od garanta sudske nezavisnosti.

Ključnereči: *ustavni sud, ustavni sudija, mandat, inkompatibilnost, imunitet.*

Kraj Prvog svetskog rata je doneo progres u razvoju ustavnosti i demokratije, a u okviru toga i pojavu ustavnog sudstva kao novog i specifičnog instrumenta zaštite ustava i ustavnosti. Istaknuti profesor Favoreu je rekao da „svaka institucija čije postojanje, funkcionisanje ili nadležnosti mogu biti dovedene u pitanje od strane zakonodavca ili vlade, ne mogu se smatrati ustavnim sudom”.³ Ustavni sud znači mora da bude nezavisno telo i da uživa širok spektar garancija autonomnosti, uostalom kao i sudije koje ga čine, a da to bude garantovano ustavom ili zakonom.

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

² Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu Instituta za uporedno pravo „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje“ (evidencioni broj: 179031), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

³ L. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, P.U.F, Paris 1986., 17.

1. Ustavne proklamacije (garancije) nezavisnosti ustavnog sudije

Nezavisnost sudije ustavnog suda predstavlja apsolutno neophodan uslov za funkcionisanje ustavnog sudstva. „Posebno je značajno da se kontrola ustavnosti ne može obavljati, osim ako su sudije istinski nezavisne, ne samo u meri da njihove odluke nisu pod direktnim uticajem ili kontrolisane od vladajućih stranaka, nego takođe, u smislu da im njihovo obrazovanje i njihovo profesionalno iskustvo dopušta da prihvate jednu istinsku intelektualnu nezavisnost”.⁴ U nekim zemljama ona je tekstom ustava ili zakona posebno zagarantovana, dok u drugim zemljama nezavisnost sudije ustavnog suda se izričito ne pominje u ustavu već „proizilazi iz garantovane nezavisnosti sudstva (npr. u Nemačkoj, Portugalu)”.⁵

Nezavisnost, a samim tim i položaj sudije može se izvesti iz nekoliko uslova: njihovog postavljenja i to na osnovu načina na koji je izabran, na osnovu njegovog statusa i njegovog materijalnog položaja. Ovi uslovi će se kasnije detaljnije obraditi ali, ukratko, pod načinom izbora podrazumeva se koji je organ izvršio izbor; odnosno imenovanje sudije, kao i kakve se kvalifikacije traže za funkciju sudije ustavnog suda. Pod statusom sudije misli se na dužinu njegovog mandata, eventualni reizbor, inkompatibilnost sudijske funkcije i imunitet koji uživa kao član ustavnog suda. Finansijska odvojenost ustavnog suda od drugih državnih organa čini smisao finansijske autonomije.

2. Izbor (imenovanje) sudije ustavnog suda

Jedna od najvažnijih garancija za nezavisnost sudija jeste način izbora, odnosno imenovanja⁶ sudija i organ koji to vrši. Još je Kelzen predlagao da bi u imenovanju sudija ustavnih sudova bilo najbolje kombinovati uticaj parlamenta sa uticajem šefa države, odnosno vlade, ne prepuštajući ni jednoj strani monopol izbora.⁷ „Idealno bi rešenje bilo kada bi tela svih triju grana državne vlasti (zakonodavne, izvršne i sudske) učestvovala u izboru (sa pravom predlaganja ili pravom odlučivanja) kako bi se uspostavio svojevrstan sastav kontrola i ravnoteža (*checks &*

⁴ J.A. Jolowicz, „Summary of discussion”, *Le controle juridictionnel des lois* (eds. L. Favoreu, J.-A. Jolowicz), Economica, Paris 1986., 13.

⁵ A. Weber, „Le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d’Europe occidentale”, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, Paris 1985., 46.

⁶ U ustavima i zakonima o ustavnom sudu se koriste izrazi izbor, imenovanje, ili postavljenje, u nekim slučajevima u istim, a u nekim različitim značenjima, pa će shodno tome i autor koristiti sve termine.

⁷ H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution*, Marcel Giard, Paris 1928., 30-31.

balances), političke ravnoteže i suodlučivanja pojedinih grana“.⁸ Zato je neophodno uspostaviti takav sistem izbora (imenovanja) sudije, u koji bi pored organa državne vlasti bile uključene i sve relevantne političke snage u državi, a sam tok procesa izbora (imenovanja) bi morao da bude demokratski i transparentan. „Osnovni cilj procedure jeste obezbeđenje: demokratskog legitimiteta izbora i imenovanja sudija Ustavnog suda; kompetentnog i iskusnog ustavnog organa, koji je po svom sastavu u svemu uravnotežen; i nezavisnosti Ustavnog suda od političkih uticaja, nakon što odabrani kandidati steknu poziciju sudije“.⁹

Ako se komparativno analiziraju načini izbora sudija ustavnog suda, može se zaključiti da dominiraju tri osnovna modela. U prvom, način izbora se svodi na direktno imenovanje sudije od strane ovlašćenog organa. Kao klasični primer ovog modela je izbor u Ustavni savet Francuske, gde predsednik Francuske republike, predsednik Nacionalne skupštine i predsednik Senata imenuju po tri člana Ustavnog saveta. Međutim u ovaj model se mogu svrstati i države u kojima obično šef države imenuje sudije na predlog nekog drugog organa vlasti, često nemajući direktan uticaj na sam izbor kandidata. Tako u Norveškoj monarh imenuje sudije nakon što dobije predloge od ministra pravde, u Švedskoj vlada imenuje sudije na predlog ministra pravde, a u Finskoj sam sud predlaže kandidate, a imenuje ih predsednik države uz konsultacije sa ministrom pravde i savetom ministara, dok u Češkoj predsednik Republike vrši imenovanje ali uz saglasnost Senata (drugog doma parlamenta). Austrijski model podrazumeva da predsednik Republike imenuje sudije na predlog vlade i oba doma parlamenta, a u Španiji imenovanje obavlja kralj na predlog Kongresa, Senata, vlade i opšteg sudskog veća.

U drugom modelu zakonodavno telo, odnosno parlament ima glavnu i presudnu ulogu u izboru sudija ustavnog suda. Doduše u mnogim državama pravo predlaganja ima šef države ili neko posebno telo, dok sam izbor uvek obavlja parlament i to često kvalifikovanim većinom. Tako u Nemačkoj polovinu sudija bira jedan dom, dok drugu polovinu bira drugi dom parlamenta i to dvotrećinskom većinom, a u Švajcarskoj se sudije biraju na zajedničkoj sednici oba doma saveznog parlamenta. Što se tiče predlaganja sudija tu su zastupljeni različiti modeli. Tako u Makedoniji to čini predsednik Republike, sudski savet i Komisija za odabir i imenovanja parlamenta, u Hrvatskoj Odbor za ustav, poslovnik i politički sistem, u Mađarskoj posebno telo (*ac hoc*) sastavljeno od različitih članova političkih partija koje su zastupljene u parlamentu, u Litvaniji po tri kandidata predlažu predsednik Republike, predsednik

⁸ R. Podolnjak, „Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3/2007, 557.

⁹ B. Nenadić, *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova*, Službeni glasnik, Beograd 2012., 139-140.

parlamenta i predsednik Vrhovnog suda, dok u Crnoj Gori, Slovačkoj, Sloveniji, Azerbejdžanu to čini predsednik države. Svakako da nije dobro da monopol na predlaganje ima samo šef države, jer je time parlament sveden na nominovanje predloženih kandidata, bez stvarne mogućnosti izbora najboljih kandidata.

Treći model je mešoviti jer kombinuje na svojevrsan način prva dva modela izbora sudija, odnosno imenovanje i izbor, s tim što postoje razlike od države do države. U ovom modelu su u nekim slučajevima uključene sve tri grane vlasti, dok u nekim su to samo zakonodavna i izvršna. U Italiji parlament na zajedničkoj sednici oba doma bira pet sudija, predsednik Republike imenuje pet sudija, a preostalih pet sudija biraju predstavnici sudske vlasti. Srpski Ustav je predvideo da trećinu sudija Ustavnog suda imenuje predsednik Republike od kandidata predloženih od strane Narodne skupštine, drugu trećinu sudija bira Skupština sa liste kandidata koje predloži predsednik Republike, dok trećinu bira opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda od kandidata koje su predložili Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca. U Bugarskoj parlament bira trećinu članova Ustavnog suda, drugu trećinu imenuje predsednik Republike, a trećinu biraju sudije dvaju vrhovnih sudova zajedno. U Bosni i Hercegovini četiri sudije bira Predstavnički dom Federacije, dvoje sudija Narodna skupština Republike Srpske a tri imenuje predsednik Evropskog suda za ljudska prava, nakon što se konsultuje sa Predsedništvom BiH, a u Belorusiji polovinu sudija imenuje predsednik Republike, dok drugu polovinu bira gornji dom parlamenta.

Valjalo bi pomenuti još neka pitanja vezana za sam postupak izbora ustavnih sudija. Pre svega se misli na javnost samog postupka i to kako prilikom kandidovanja, tako i samog izbora sudija. Ovo pitanje je izazvalo dosta polemike, jer neki autori (Kühn i Kysela)¹⁰ smatraju da je javnost postupka izbora sudija od izuzetne važnosti ne samo za kvalitet nominovanih kandidata, već i za ugled samog suda, ali da u praksi evropskih država dominira izbor, odnosno imenovanje iza "zatvorenih vrata". Doduše ima i drugačijih mišljenja (Zypries)¹¹ u kojima se ističe da javnost nije prikladna za izbor sudija, jer postoji mogućnost da kandidati padnu pod "medijski linč", pre svega "žutu" štampu željnu senzacija i skandala.

Takođe, dosta se polemiše o politizaciji izbora ustavnih sudija jer evidentno je da je izbor ili imenovanje uvek vršeno od strane političkih

¹⁰ V. Z. Kühn, J. Kysela, „Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries”, *European Constitutional Law Review*; vol. 2, 2/2006, 183-208.

¹¹ V. B. Zypries, „The Basic Law at 60 – Politics and the Constitutional Court”, *German Law Journal*, 11/2011, 87–98.

vlasti.¹² „Izbor sudija od strane političkih tela je jedna politička odluka, koja je neminovna da bi Ustavni sud imao demokratski legitimitet”.¹³

3. Uslovi za izbor sudije ustavnog suda

Za izbor sudija ustavnih sudova neophodno je ispuniti određene uslove koji se veoma razlikuju u zavisnosti od nacionalnih zakonodavstava. Pored opštih uslova (najčešće: državljanstvo, prebivalište, itd.), buduće sudije moraju da poseduju stručne kvalifikacije, radno iskustvo, određeni broj godina života, moralne kvalifikacije, ili čak i političke karakteristike.

U većini evropskih pravnih sistema od sudija ustavnih sudova se traži da poseduju pravničko znanje, odnosno da su po profesiji sudije, profesori prava (eventualno politikologije), advokati ili diplomirani pravnici. Jermenija, Turska i Lihtenštajn ne traže od budućih sudija posedovanje diplome pravnog fakulteta, a Francuska je jedna od retkih zemalja koja ne navodi eksplicitno stručne kvalifikacije za izbor u Ustavni savet (neki pravni stručnjaci u Francuskoj se plaše da bi ukoliko se kontrola ustavnosti prepustila isključivo pravnicima, dominirao pravnički aspekt posmatranja problema, a politički razlozi bi bili zanemareni). Čak i u ovim državama pravnici dominiraju među sudijama, ili imaju bogato političko iskustvo kojim nadomšćuju pravničku diplomu.

Mnoge države ističu kao uslov da se radi o istaknutom pravniku (ili slična formulacija, npr. Srbija, Hrvatska, Španija, Crna Gora, Maroko, Poljska, itd.), ali retko ko je objasnio koje su to osobine i karakteristike koje krase istaknutog pravnika. „Ustavnu normu koja zahteva da sudija Ustavnog suda bude istaknuti pravnik ne treba dovoditi u pitanje... već samo treba ojačati odgovarajućim promenama Ustava, kako bi se stvorile solidnije normativne pretpostavke za nezavisnost Ustavnog suda i njegovih sudija”.¹⁴

Tako, kao neki od pokazatelja u odnosu na naučni i stručni rad kao i javnog delovanja bi mogli biti: objavljeni naučni i stručni radovi u domaćoj i stranoj literaturi, održana predavanja i nastupi na naučnim i stručnim skupovima, obavljanje izabranih dužnosti u naučnim i stručnim organizacijama, učestvovanje u naučnim i stručnim projektima, nagrade i priznanja za naučna i stručna ostvarenja kao i za javno delovanje,

¹² Još je Charles Eisenmann konstatovao prećutan pakt između političkih partija prilikom izbora i to izložio u svojoj tezi *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris 1929., 178. V. L. Favoreu, 54.

¹³ R. Streinz „The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics“, *Ritsumeikan Law Review* 31/2014, Kyoto, 102.

¹⁴ V. Petrov, „Istaknuti pravnik - poseban uslov za izbor sudija Ustavnog suda ili prazna ustavna norma?” *NBP Žurnal za kriminalistiku i pravo* 3/2013, 49.

objavljeni intervjui u medijima, različiti članci objavljeni u dnevnim novinama i drugim publikacijama, javni nastupi na tribinama, okruglim stolovima, radionicama, zastupanje ili predstavljanje organizacija na različitim događajima, itd.¹⁵

Često se za izbor sudija ustavnih sudova traži posedovanje određenog radnog iskustva u struci i to u rasponu od deset, pa do dvadeset godina. U vezi ovog uslova se mogu postaviti mnoga pitanja, kao npr. šta podrazumeva radno iskustvo u struci, na kakvim poslovima se zasniva radno iskustvo, da li samo u pravosuđu ili na univerzitetu, itd. Određena starosna dob je takođe jedan od uslova koji neke države propisuju za izbor sudija i to minimalno trideset godina (Tadžikistan), 40 (Srbija, Češka, Slovenija, itd.) pa sve do 45 godina (Turska, Mađarska), ili maksimalno navršenih 60 (Belorusija) odnosno 70 godina starosti (Austrija, Belgija, BiH).

Pod moralnim kvalitetima za izbor u zvanje sudije, se smatra da takve osobe uživaju ugled i prestiž, kao i da su njihove lične osobine dostojne sudijske funkcije. „To se, praktično podrazumeva, da su određeni lični kvaliteti neophodni kao što je integritet, nepristrasnost, jak osećaj pravičnosti i spremnost da se slušaju i razumeju mišljenja drugih“.¹⁶ Od sudije se zahteva da nisu osuđivani.

Za razliku od nekih prošlih vremena, kada se (u tadašnjim) socijalističkim zemljama neizostavno tražila moralno-politička podobnost i za mnogo niže državne funkcije od funkcije ustavnog sudije, danas se u nekim od evropskih zemalja kao uslov navodi nepovezanost sudija sa političkim strankama. Političku kvalifikaciju sudija ne treba poistovećivati sa inkompatibilnošću funkcije sudije, jer se u prvom slučaju traži od budućeg sudije da pre davanja zakletve otkloni ukazane nedostatke, dok se u drugom slučaju sudijama brani prihvatanje političkih funkcija.

Državljanstvo kao uslov za izbor se retko eksplicitno traži ali se podrazumeva, tako da je mnogo interesantnije kada države propisuju određeni broj stranih državljana u sastavu ustavnog suda. Tako u Bosni i Hercegovini predsednik Evropskog suda za ljudska prava imenuje troje sudija koji nemaju državljanstvo BiH, niti susednih država, dok sud u Lihtenštajnu u svom sastavu obavezno mora da ima po jednog sudiju iz Švajcarske i Austrije.

Neke države propisuju uslov da sastav ustavnog suda mora da obezbedi određenu teritorijalnu predstavljenost. To može da se postigne na indirektan način, putem uključivanja u izbor sudija, doma parlamenta koji predstavlja federalne jedinice (npr. Ruska federacija, Nemačka), ili

¹⁵ T. Antić, „Postupak i uvjeti za izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske“, *Pravni vjesnik* 1/2015, 66.

¹⁶ A. Mason, „The Appointment and Removal of Judges“, *Fragile Bastion: Judicial independence in the nineties and beyond* (ed. H. Cunningham), Sydney 1997., 6.

direktno, tako što parlamenti federalnih jedinica biraju određeni broj sudija (Bosna i Hercegovina), odnosno ustavom se propisuje da određeni broj sudija iz federalne jedinice, odnosno pokrajina mora biti u sastavu suda (npr. Kanada, Srbija). Pored teritorijalne zastupljenosti u nekim državama se zahteva da sud odražava jezičku (Belgija), odnosno nacionalnu (Makedonija) zastupljenost. Iako se to nigde eksplicitno ne traži, vodi se računa i o zastupljenosti oba pola u okviru sastava ustavnih sudova.

4. Dužina trajanja mandata sudije ustavnog suda i njegov prestanak

Određivanje trajanja mandata sudija ustavnih sudija je jedno od ključnih pitanja koja treba rešiti ustavom i zakonom, jer „dužina trajanja mandata ustavnih sudija je važan elemenat njihove nezavisnosti“¹⁷ kao uostalom i pitanje mogućnosti eventualnog ponovnog biranja na istu funkciju po isteku mandata. Za razliku od sudija redovnih, vrhovnih i ostalih sudova, sudije ustavnih sudova „nisu sudije od karijere, odnosno birokratizovani funkcioneri“.¹⁸ Postavljaju se određene dileme i to: da li je za ustavno sudstvo bolje da su mandati kraći ili duži, odnosno da li da su obnovljivi ili ne. Mogu se uočiti dva moguća modela koji se odnose na dužinu mandata sudije i to: prvi, bez ograničenja, odnosno do starosne granice za penziju ili odluke samog sudije o povlačenju, odnosno njegove smrti i drugi model gde je mandat ograničen, dok je u ovom slučaju pitanje reizbora različito rešeno.

Mandat bez ograničenja je danas napuštena ideja u praksi ustavnih sudova¹⁹ i jedino je Vrhovni sud SAD sastavljen od sudija koji su izabrani do kraja života ili dok oni smatraju da mogu da obavljaju ovu funkciju.²⁰ Iako se ovakav mandat smatra najboljom garancijom nezavisnosti sudija, mnogi ga kritikuju smatrajući da ta dužina utiče na sklerozu jurisprudencije (Weber) ili da dovodi do „gerontokratije“ (Ritterspach) ili da sudija Vrhovnog suda nikada ne ide u penziju, a retko umire (Jefferson). Čini se da je trajanje mandata sudije do njegovog odlaska u starosnu penziju ili do navršene 70 godine, mnogo prihvatljivija varijanta i ispunjava suštinu stalnosti funkcije, tako da su određene države ovakvim mandatom udarili čvrste temelje nezavisnosti ustavnih sudija (npr. Austrija, Ruska federacija, Jermenija, Belgija, Bosna i Hercegovina, Turska, itd.).

¹⁷ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris 1992., 59.

¹⁸ M. Cappelletti, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris 1982., 496.

¹⁹ Nemačka je bila poslednja država koja je napustila ovu praksu neograničenog mandata ustavnih sudija još 1970. godine.

²⁰ Doduše Ustavni savet Francuske se pored sudija čiji je mandat devet godina, sastoji i od bivših predsednika Republike čiji mandati nisu vremenski ograničeni. Ista je situacija i u Ustavnom sudu Kazahstana.

Drugi model podrazumeva da je mandat ograničen na jedan duži vremenski period i da se, po pravilu, ne može obnoviti. Činjenica da duži mandati pružaju kontinuitet rada ustavnog suda i njegovu veću kreativnost, a zabrana reizbora utiče na jačanje nezavisnosti u odlučivanju sudije, dovodi do toga da se veliki broj država opredelio za ovakav mandat. Pod dužim mandatom se podrazumeva da on traje barem devet godina (npr. Ukrajina, Portugal, Slovenija, Španija, Srbija, itd.) ili deset (npr. Češka, Letonija, Gruzija), mada dvanaest godina (Nemačka), odnosno petnaest godina (Kirgistan) se čini kao najbolje rešenje. Doduše ima i kraćih mandata, npr. šest godina (Moldavija, Kazahstan), odnosno osam godina (Hrvatska), što otvara donekle opravdanu mogućnost njihovog reizbora.

Mogućnost ponovnog izbora je u uporednopravnoj praksi veoma retko zastupljena (npr. Mađarska, Hrvatska, Srbija) zato što se, pre svega, smatra da utiče na slabljenje nezavisnosti ustavnih sudija u smislu stvaranja zavisnosti sudija od organa koji ih biraju, odnosno imenuju. Zbog toga u svim državama koje pružaju mogućnost ponovnog izbora sudija, se vodi stalna polemika oko ukidanja reizbora, iz razloga jer praksa ukazuje na slabljenje nepristrasnosti i određenu politizaciju sudija i njihovu jaču povezanost sa političkim faktorima koji su ih na tu funkciju i doveli.

Prestanak mandata funkcije ustavnog sudije je pitanje koje, iz razloga očuvanja nezavisnosti sudija, bi trebalo regulisati ustavom ili ustavnim zakonom. Funkcija sudije ustavnog suda je stalna za vreme na koje je izabran i prestaje samo na osnovu ustavom, odnosno zakonom tačno utvrđenih razloga. U većini slučajeva razlozi koji dovode do prestanka funkcije sudije su taksativno navedeni. Mandat sudije ustavnog suda prestaje istekom perioda na koji je izabran, na lični zahtev, u slučaju smrti ili razrešenjem. Razlozi za razrešenje uvek moraju da budu tačno naznačeni, da bi se otklonila svaka proizvoljnost organa koji o tome odlučuje. Razlozi za razrešenje funkcije sudije su slični u većini država i to: kada sudija nije u mogućnosti da trajno obavlja svoju dužnost zbog fizičke ili psihičke nesposobnosti, a to konstatuju najčešće same sudije ustavnog suda ili eventualno na predlog zdravstvene institucije; ukoliko je sudija napunio određene godine ili su se stekli uslovi za odlazak u penziju; ukoliko sudija nije u određenom roku otklonio inkompatibilnost funkcije; ukoliko sudiju zbog krivične odgovornosti osude na kaznu zatvora, itd. Postoje i razlozi koji su specifični za pojedine države i to: ukoliko sudija odbije da položi zakletvu (u Poljskoj i Belorusiji); ako je sudija u vršenju svoje funkcije učinio takve greške koje ga diskredituje i čine nedostojnim za obavljanje funkcije sudije, (a to konstatuju sudije ustavnog suda dvotrećinskom većinom u Španiji); ukoliko sudija izgubi izbornu pravo (Italija); ukoliko sudija izgubi državljanstvo (Belorusija, Jermenija); ukoliko se sudija ogreši o tradiciju, cermonije i običaje

propisane zakonom (samo u Tadžikistanu), ukoliko sudija ne obavlja svoju dužnost u periodu od šest meseci (Italija), odnosno godinu dana (Bugarska, Slovačka, itd.) ili odsustvuje sa tri sednice suda bez valjanog izvinjenja (Austrija, Jermenija), itd.

5. Inkompatibilnost funkcije sudije ustavnog suda

Pravila vezana za institut inkompatibilnosti funkcije sudije ustavnog suda imaju za cilj, pre svega, garantovanje nezavisnosti sudije i njegovo potpuno posvećenje sudu. „Osnovni razlog ustanovljenja principa inkompatibilnosti, pored teškoća praktične prirode, odnosno fizičke nemogućnosti da se istovremeno vrše dve ili više funkcija (dužnosti), ogleda se u tome što njegova primena treba da spreči sukob interesa, odnosno da sukob interesa u obavljanju javnih funkcija svede na najmanju meru. Doprinoseći da se javne funkcije vrše u opštem interesu, ovaj princip dodatno je jemstvo i bitan uslov: a) samostalnosti i nezavisnosti nosilaca javnih funkcija u obavljanju svojih dužnosti; b) nepristrasnosti u obavljanju funkcije; v) efikasnog i odgovornog obavljanja funkcije.”²¹ Može se primetiti jedna zajednička karakteristika za većinu evropskih ustavnih sudova: funkcija sudija ustavnih sudova apsolutno je nespojiva sa političkim funkcijama i to: funkcijom člana vlade, parlamenta, državnih saveta i drugih državnih organa. Ovo se izričito navodi u svim ustavima, odnosno zakonima o ustavnim sudovima, mada se lista inkompatibilnosti funkcija u većini država proširuju na javne funkcije, pa i na obavljanje trgovinskih ili drugih plaćenih profesionalnih delatnosti. Ono što se ne smatra inkompatibilnošću funkcije sudije je profesura na univerzitetu, odnosno drugoj visokoškolskoj ustanovi, kao i u nekim slučajevima naučni rad u institutima ili rad u kulturnim institucijama (npr. u Španiji, Mađarskoj, Rusoj federaciji, Češkoj, Sloveniji, Hrvatskoj, Srbiji, itd.). Međutim nije uvek jasno precizirano, a čini se da je potrebno, da rad u ustavnom sudu je prioritetan, dok aktivnost sudije u profesuri i sličnim delatnostima može da se obavlja samo van radnog vremena ustavnog suda. Poseban slučaj je nedopustiva situacija u Ustavnom sudu Srbije, gde je nekoliko ustavnih sudija i dalje ostalo u radnom odnosu na svojim matičnim pravnim fakultetima sa punim radnim vremenom i platom, a rad u Ustavnom sudu više liči na neki dopunski rad.

Sam odnos sudija ustavnih sudova i političkih partija je vrlo kompleksan i od izuzetne važnosti za nezavisnost sudstva jer „partijska pripadnost, kao dobrovoljno prihvatanje određenih političkih programa

²¹ B. Nenadić, „Inkompatibilnost funkcije sudije ustavnog suda sa drugim funkcijama i delatnostima - uporedno pravni osvrt”, *Ustavni sud Srbije - u susret novom Ustavu* (priredila B. Nenadić), Beograd, 2004., 177.

i orijentacija može imati negativni odraz na samostalnost sudije, čak i nehotice deformisati slobodno sudijsko uverenje²². Iz tog razloga većina država striktno zabranjuje sudijama članstvo u organima političkih partija, ili u samim političkim partijama, ili čak i učestvovanje na političkim tribinama, ili drugim događajima organizovanim od strane političke partije (npr. Italija, Španija, Češka, Bugarska, Mađarska, Slovenija, Hrvatska, Srbija, itd.). Međutim po ovom pitanju ne postoji inkompatibilnost u Nemačkoj (Fromont)²³ i Austriji (Peyrou-Pistouley),²⁴ a ima i mišljenja da „u odgovoru na ovo pitanje treba uzeti u obzir da, u pluralističkom društvu, na osnovu pojedinačnih ustavnih (ljudskih) prava, kao što su sloboda govora, savesti i udruživanja, uključujući pravo na osnivanje i pravo na članstvo u političkoj stranci, čini se da je jedno ispravno da svaka osoba uživa ove osnovne slobode i stoga ne bi trebalo isključiti i ustavne sudije“.²⁵

6. Imunitet sudije ustavnog suda

Institut imuniteta je neophodna garancija za ostvarivanje nezavisnosti sudije ustavnog suda i njegovog nesmetanog obavljanja dužnosti. U evropskim ustavnim sudovima status sudije u pogledu imuniteta je sličan i on najčešće poseduje isti stepen imuniteta kao i poslanik u parlament.²⁶ Sudija ima materijalnopravni i procesnopravni imunitet. Pod materijalnopravnim imunitetom se podrazumeva da sudija ne može biti pozvan na odgovornost zbog izraženog mišljenja ili datog glasa prilikom obavljanja svoje funkcije. Dejstvo ovog imuniteta nije vremenski ograničeno. Procesnopravni imunitet ili imunitet nepovredivosti ne isključuje odgovornost za krivicu, već predviđa posebnu proceduru odlučivanja o odgovornosti sudije. Procesnopravni imunitet je ograničen na period trajanja mandata sudije, a odluku o njegovom oduzimanju donosi sam ustavni sud (Austrija, Hrvatska, Mađarska, Srbija, itd.), ili parlament (Češka, Letonija, Slovenija).

²² S. Vučetić, „Pretpostavke nezavisnog sudstva i samostalnosti sudija“, *Pravni život* 7-8/1994, 543.

²³ M. Fromont, „La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne“, *Cahiers du Conseil constitutionnel* 15/2003, 92.

²⁴ S. Peyrou-Pistouley, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Economica, Paris 1993., 95.

²⁵ H. Steinberger, „Models of Constitutional Jurisdiction“, *Collection: Science and technique of democracy*, No. 2, Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), CDL-STD(1993)002, Council of Europe, Strasbourg, 1993., 41.

²⁶ Zanimljivo je da sudija Ustavnog suda Nemačke ne uživa nikakav imunitet.

7. Materijalni položaj sudija ustavnog suda

Materijalni položaj sudije predstavlja važan uslov nezavisnosti ustavnog sudije, koja se iskazuje potpunom finansijskom autonomijom ustavnog suda. U slučajevima kada te autonomije nema i kada o finansiranju suda odlučuje parlament, odnosno vlada, postoji, evidentno, veći uticaj tih organa na rad ustavnog suda. Pregledom uporednopravne prakse evropskih ustavnih sudova može se doći do zaključka da u većini zemalja postoji potpuna finansijska autonomija suda, što se iskazuje posedovanjem sopstvenog budžeta. Ova materija je uglavnom regulisana zakonskom regulativom, donekle i podzakonskom, dok se ustavom eventualno samo načelno garantuje materijalna nezavisnost sudija.

Stručnjaci Venecijanske komisije u izveštaju o nezavisnosti sudija (CDL-AD(2010)004) smatraju da za sudije nivo primanja treba da bude garantovan zakonom, u skladu sa dostojanstvom njihove funkcije i obimom njihovih dužnosti, a sva druga primanja koja uključuje diskrecioni element, trebalo bi apsolutno ukinuti.

„Plate sudija bi trebalo da budu dovoljno visoke da ih učine nekoruptivnim, ukupan iznos bi trebalo da bude unapred utvrđen, a ne bi trebalo da bude dopušteno njihovo smanjenje tokom celog mandata“. ²⁷ Obično su primanja sudije ustavnog suda u rang sa najvišim državnim činovnicima ili sudijama vrhovnog suda, dok je plata predsednika suda izjednačena sa platom, predsednika vlade, parlamenta i vrhovnog suda.

Materijalna nezavisnost sudija se ne garantuje samo kroz isplatu plata već i kroz mnoge druge pogodnosti i privilegije tokom trajanja mandata, a u nekim slučajevima i posle. Pored plata i ostalih dodataka, penzijskog i zdravstvenog osiguranja, kao i zagarantovanog godišnjeg odmora i drugih slobodnih dana, sudije ustavnog suda „imaju pravo na: naknadu putnih troškova do i sa posla; naknadu troškova za službena putovanja (za putne troškove, dnevnice, troškove hotela); naknadu za ishranu u toku rada; dodatak za godišnji odmor; dodatak za selidbu; naknadu za troškove putovanja od mesta njihovog poslovnog boravka u mesto prebivališta i nazad; naknadu troškova za selidbu od mesta njihovog stalnog boravka do mesta njihovog poslovnog boravka i nazad; naknadu troškova obuke; bonus za dugo obavljanje službe; bonus prilikom odlaska u penziju“. ²⁸

Slično i Zvonimir Lauc smatra da sudija ustavnog suda mora da ima i druga prava u vezi sa obavljanjem svoje dužnosti i to: na penzijsko, invalidsko i zdravstveno osiguranje i prava koja iz toga proizilaze po opštim propisima; na godišnje odmore; na naknade za službena putovanja

²⁷ H. Steinberger, 42.

²⁸ G. Harutyunyan, A. Mavčič, *Constitutional Review and its Development in the Modern World (A Comparative Constitutional Analysis)*, Yerevan-Ljubljana 1999., 132.

i putne troškove u vezi obavljanja dužnosti; na regres za godišnji odmor; na naknadu za odvojeni život od porodice i naknadu troškova putovanja u mesto prebivališta porodice; na naknadu troškova selidbe iz prebivališta u mesto gde ima službeni stan; na naknadu troškova stručnog usavršavanja i učestvovanja na stručnim sastancima ustavnih sudova u okviru sredstava osiguranih za tu namenu; na jubilarne nagrade u okviru sredstava osiguranih za tu namenu; na naknadu za dnevni obrok; kao i na otpremninu pri odlasku u penziju.²⁹ Tome treba dodati i radne uslove koji podrazumevaju kompjutersku opremu, odgovarajuću biblioteku i dokumentacioni centar, kao i primerenu radnu prostoriju.

8. Zaključna razmatranja

Teško da možemo da govorimo o položaju ustavnih sudija bez izričito garantovane njihove nezavisnosti. Nezavisnost ustavnih sudija bi trebalo da bude eksplicitno navedena u samom ustavu, odnosno ustavnom ili organskom zakonu o ustavnom sudu. Izbor, odnosno imenovanje sudija se razlikuje od države do države, a najbolje bi bilo kada bi on bio vršen od strane sve tri grane vlasti. U državama u kojima to nije slučaj neophodno je smanjiti monopol izvršne vlasti u procesu izbora, odnosno vršiti izbor u parlamentu isključivo kvalifikovanim većinom poslanika. Tok samog predlaganja kandidata za funkciju ustavnog sudije, pa čak i sam izbor, bi trebalo učiniti transparentnijim i uključiti više stručnu i opštu javnost, što bi donekle smanjilo politizaciju postupka izbora. Uslove za izbor sudije (npr. pojam istaknuti pravnik, itd.), kao i razloge za prestanak mandata sudije bi trebalo detaljnije i bolje precizirati ustavom ili zakonom i time preduprediti mogućnost proizvoljnosti političkih činilaca. Što se tiče mandata sudije idealno bi bilo da je njegovo trajanje ograničeno na period od devet do dvanaest godina, ali apsolutno bez mogućnosti ponovnog izbora. Bliže povezivanje sudija ustavnih sudova i političkih partija, uključujući i samo članstvo u partijama, trebalo bi da neizostavno bude jedna od inkompatibilnosti funkcije sudije, jer takva aktivnost negativno utiče na samostalnost sudije i slobodno sudijsko uverenje. Pod inkompatibilnošću funkcije sudije nikako ne bi trebalo da se smatra obavljanje profesure na univerzitetu, odnosno naučnog rada u naučnim institucijama, ali isključivo kao dopunskog rada i to nakon isteka radnog vremena u ustavnom sudu. U vezi sa tim neophodno je učiniti da materijalni položaj sudije ustavnog suda bude dostojan same funkcije i zakonom garantovan.

²⁹ Z. Lauc, „Novo uređenje statusa sudaca Ustavnog suda: od načina izbora do materijalnih osnova njihova rada“, *Hrvatsko ustavno sudovanje* (ur. J. Barbić), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb 2009., 305.

Oliver Nikolić, PhD

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE POSITION OF JUDGES OF THE CONSTITUTIONAL COURT - COMPARATIVE ANALYSIS

Summary

In this article the author shows the conditions that determines the position of the Constitutional Court's judge. These conditions include the appointment of judge, his status and his financial independence and they are analyzed both from a theoretical point of view, as well from a comparative point of view.

Under the election or appointment of judges means the way in which he was elected or appointed by the competent authority, and all the qualifications he had to have in order to meet the requirements for the selection of a function of the Constitutional judge. Status of judges includes several elements that are analyzed in this paper as follows: a period in which the judges are elected in the function, or term of office, a possible re-election, termination of judge's term of office, incompatibility of judicial office, and immunity of a judge of the Constitutional Court. His financial autonomy and material position of the constitutional judge itself is one of the guarantor of judicial independence.

Key words: constitutional court, constitutional judge, term of office, incompatibilities, immunity.

ZAŠTITA AUTORSKIH PRAVA U DIGITALNOM SVETU

Apstrakt

U digitalnom svetu, u kome se autorsko pravo i intelektualna svojina (muzika, slike, filmovi..) ogromnom brzinom besplatno i u odličnom kvalitetu kopiraju i umnožavaju putem interneta, danas je skoro svako od nas svakodnevno konfrontiran sa komplikovanim pitanjem autorskog prava. Teritorijalno važenje autorskog prava suočava se sa novim izazovima u digitalnom svetu a pre svega na internetu. Prikaz sudske prakse Evropskog suda i nemačkih sudova ukazuje na pravne probleme u praksi. Pored toga sudovi tumačenjem odredba evropskog prava direktno utiču i na zaštitu autorskog prava u digitalnom svetu. Ovoj ulozi sudske prakse u stvaranju zaštite autorskih prava doprinosi činjenica da se u digitalnom svetu tehnička dostignuća izuzetno brzo razvijaju. Sa druge strane politički procesi izuzetno dugo traju, tako da sudovi brže odlučuju i stvaraju pravo. Svakodnevno korišćenje tuđih autorskih dela od strane file sharing provajdera, postavljača linkova otvara pravna pitanja odgovornosti za povrede autorskih prava. Upotreba Creative Commons licenciranih autorskih dela otvara novu dimenziju u zaštiti autorskih prava u digitalnom svetu.

Ključne reči: autorsko pravo u digitalnom svetu; autorsko pravo na internetu; zaštita autorskog prava na internetu; evropska sudska praksa; nemačka sudska praksa; pravo EU; uporedno pravo; internet pravo; odgovornost za postavljanje linkova; odgovornost file sharing provajdera; korišćenje licenciranih autorskih dela na internetu.

1. Uvod

Autorsko pravo i njegova zaštita u digitalnom svetu a pre svega na internetu suočavaju se sa mnogobrojnim izazovima. Kopiranje tuđih autorskih dela, postavljanje i širenje tuđih autorskih dela na internet, umnožavanje autorskih dela bez saglasnosti autora, protivpravno korišćenje

¹ Spoljni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: andrej84_4@hotmail.com.

² Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, e-mail: dragan.prlja.iup@gmail.com.

licenci, neosnovana izmena autorskog dela samo su neki oblici kršenja autorskih prava u digitalnom svetu. Slučajevi sudske prakse kao živi izvori prava pokazuju na koji način se autorska prava u digitalnom svetu najefikasnije mogu zaštititi i popravljaju pravne nedostatke zakonskih propisa.³ Ostvarivanje zaštite autorskih prava je od ključnog značaja za udruženja za zaštitu autorskih prava, same imaoce autorskih prava, a pre svega za državu.

Država prilikom zaštite autorskih prava mora voditi računa i o drugim pravima kao što su pravo na informisanje i sloboda mišljenja i izražavanja, sloboda štampe, sloboda obavljanja delatnosti. Sve ove slobode bi trebalo dovesti u ravnotežu i izbalansirati u odnosu na zaštitu u digitalnom svetu, a pre svega na internetu i naposljetku pravilno uticati na dalji razvoj informacionog društva.

Evropsko pravo u oblasti zaštite autorskih prava na internetu je izuzetno dinamično i povezano sa mnoštvom nejasnoća u mnogim delovima. Presude Evropskog suda su od izuzetnog značaja, pošto ovaj sud deluje kao vrhovni sud Evropske Unije. Stoga je značaj ovih sudskih presuda ogroman, jer se njegove presude direktno primenjuju i imaju dejstvo izvora prava EU.⁴ Svojim presudama Evropski sud uglavnom je do sada korigovao nedostatke evropskih propisa.

Sudske presude predstavljaju direktne izvore prava za postavljache linkova, jer njihova odgovornost za kršenje autorskih prava nije regulisana evropskim pravom ni nemačkim pravom.⁵

Presude u slučajevima sharehoster provajdera (provajderi koji nude korisnicima usluge file hosting i file sharing servis usluge) pokazuju gde

³ To se pokazalo u poznatim slučajevima Gugl protiv Španije vezano za „pravo na digitalni zaborav“; Safe Harbour odluka gde je sud poništio Konvenciju između EU i USA o transferu podataka; zadržavanje podataka, gde je sud ukinuo Direktivu EU po pitanju zadržavanja podataka. M.Holland, Zur Justiz und der digitalen Welt, heise online, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/heiseshow-Ab-12-Uhr-live-zur-Justiz-und-der-digitalen-Welt-3225184.html>, 16.02.2017.

⁴ Die Webseite der Europäischen Kommission, Die Quellen des Gemeinschaftsrechts der Europäischen Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=URISERV:114534>, 14.02.2017.

⁵ Izuzetak je austrijsko pravo koje reguliše odgovornost postavljacha linkova u članu 17 Zakona o elektronskoj trgovini: „Ponudilac usluga koji direktno pomoću elektronskog upućivanja otvara pristup tuđim informacijama NIJE odgovoran za informacije: 1) ukoliko nije imao saznanja o protivpravnoj aktivnosti ili informaciji i nije svestan da postoje zahtevi za naknadu štete iz protivpravne aktivnosti ili su informacije bile očigledno protivpravne; ili 2) ukoliko je saznao ili bio svestan, mora bez odlaganja ukloniti elektronsko upućivanje; Ovi uslovi odgovornosti se NE primenjuju, ako je lice od koga potiču informacije podređeno ponudocu usluga ili je dobilo nalog od njega ili je ponudilac usluga tuđe informacije prisvojio kao svoje. E-Commerce-Gesetz (ECG), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20001703>, 14.02.2017.

je odgovornost u kršenju autorskih prava platformi kao što su Dropbox, Google Drive, BitTorrent, The Pirate Bay, eDonkey, Napster, Spotify, Rapidshare, Flickr, Picasa, ImageShack itd.

Presude u slučajevima koršćenja licenciranih slika i posebnih uslova korišćenja Creative Commons licence odrediće granice pravilnog korišćenja licenciranih autorskih dela na internetu.

Analizom sudskih presuda Evropskog suda i nemačke sudske prakse biće ukazano na kompleksnost ove materije i dalji razvoj zaštite autorskih prava na internetu.

2. Sharehoster provajderi nisu odgovorni za naknadu štete pri povredi autorskih prava

Viši sud Minhen odlučio je da sharehoster provajder (sinonimi su One-Click-Hoster, Filehoster, Cyberlocker) uploaded.net (iza kojeg stoji švajcarska firma Cyando AG) *nije odgovoran za nadoknadu štete pri povredi autorskih prava*. Sharehoster provajderi nude usluge file hosting i file sharing servis usluge korisnicima, najčešće bez obavezne prijave uz mogućnost postavljanja i uz mogućnost preuzimanja fajlova putem URL adrese tj. linkova. Fajlovi se onda razmenjuju direktno između korisnika (eng. Peer-to-Peer).⁶

Predhodno je Osnovni sud Minhen potpuno drugačije odlučio i osudio uploaded.net na naknadu štete zbog povrede autorskih prava (br. akta 21 O 6197/14). Pred Osnovnim sudom utvrđeno je da je društvo za zaštitu muzičkih umetnika GEMA upozorilo na kršenje autorskih prava od strane sharehostera uploaded.net.⁷ Pored toga uploaded.net nije na adekvatan način i u dovoljnoj meri uklonio odnosno obrisao sporne fajlove, već ih je čak i odobravao. Sud je procenio uploaded.net kao servis predstavlja izvor opasnosti za kršenje autorskih prava. Stoga onaj koji omogućava postavljanje ovakvog sadržaja predstavlja „pomagača“ u nedozvoljenom pristupanju zaštićenim autorskim pravima.⁸ Pradstavnici GEMA tvrdili su da se poslovni model sharehostera sastoji u tome da se isplati onima koji postavljaju atraktivan sadržaj kao što su npr. novi

⁶ Poznati portali su Dropbox, Google Drive, BitTorrent, The Pirate Bay, eDonkey, Napster, Spotify, Rapidshare, Flickr, Picasa, ImageShack, Imgur, Panoramio, Fotocommunity.de, Directupload, locr i Photobucket.com., Wikipedia slobodna enciklopedija, <https://de.wikipedia.org/wiki/Sharehoster>, 4.02.2017.

⁷ Inače ovo društvo zastupa u zaštiti i iskorištavanju autorskih prava oko 70.000 članova pre svega muzičara, muzičkih kuća, tekstopisaca iz celog sveta., <https://www.gema.de/>, 05.02.2017.

⁸ Urheber gegen Musikpiraterie: Landgericht München verurteilt Onlinedienst Uploaded zu Schadensersatz, https://www.gema.de/aktuelles/urheber_gegen_musikpiraterie_landgericht_muenchen_verurteilt_onlinedienst_uploaded_zu_schadensersatz/, 07.02.2017.

filmovi, muzika, e-knjige, dok oni koji preuzimaju sadržaj plaćaju za isti provajderima. Samo provajderi ne plaćaju za ovakve sadržaje nikome.⁹ Još u prvostepenom postupku ostalo je sporno pitanje naknade štete od strane uploaded.net. Pošto, iako provajder ovih usluga propusti da ukloni sporan sadržaj, ostaje mu oslobađanje od odgovornosti na osnovu Zakona o elektronskim medijima. Takođe je nedvosmisleno potvrđeno da provajder ovih usluga ne može biti smatran kao izvršilac ili saizvršilac ovog dela, već kao pomagač. Provajder se zbog toga što se više puta uzdržavao da postupi po preporukama GEMA i zbog neadekvatne kontrole linkova u ovom kontekstu kod propuštanja tretira kao *pomagač*.

Viši sud Minhen odlučio je da jedan *sharehoster provajder nije odgovoran za nadoknadu štete zbog povrede autorskih prava*. Kada *sharehoster ne preuzima sam sadržaj ili ne sarađuje sa ponudiocima sadržaja, već nudi prostor (memoriju) ne može se smatrati krivim*. O predhodnoj povredi autorskih prava *sharehoster nije imao saznanja*. Da bi se neko osudio na naknadu štete potrebno je ustanoviti krivicu. Krivica je dakle pretpostavka za naknadu štete. *Provajder ovih usluga je dužan da sadržaje na platformi aktivno kontroliše, da bi ustanovio da li postoji moguća povreda autorskih prava*. Zato je Viši sud smatrao kao opravdanu tužbu za nečinjenje upućenu *sharehost provajderu*. Pored toga ostaje sumnja u tehničku implementaciju ove odluke, jer bi trebalo ispitati na hiljade linkova, da li sadrže moguće povrede autorskih prava.¹⁰ Za očekivati je da se ova odluka nađe pred Vrhovnim sudom Nemačke.

3. Provajderi file sharing usluga mogu biti odgovorni za povrede autorskih prava

Prema mišljenju evropskog advokata Maciej Szpunar u slučaju Stichting Brein protiv The Pirate Bay *provajderi file sharing platformi mogu biti odgovorni za povrede autorskih prava, barem onda kad su znali za povrede i nisu ništa preduzeli*.¹¹

Narednih meseci se očekuje presuda u ovom slučaju pred Evropskim sudom. Povod za ovaj spor pred Evropskim sudom su parnice, koje su vođene u Holandiji. Zadužbina za zaštitu autorskih prava Stichting

⁹ A.Sawall, Sharehoster Uploaded.net von Landgericht München verurteilt, <https://www.golem.de/news/gema-sharehoster-uploaded-net-von-landgericht-muenchen-verurteilt-1608-122648.html>, 7.02.2017.

¹⁰ A.Wilkens, Oberlandesgericht: Sharehoster nicht schadenersatzpflichtig, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Oberlandesgericht-Sharehoster-nicht-schadenersatzpflichtig-3603154.html>, 07. 02. 2017.

¹¹ Opinion of advocate general Szpunar Delivered on 8 February 2017 Case C-610/15 Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV, http://docs.dpaq.de/11886-gutachter-the_pirate_bay.pdf, 11.02.2017.

Brein tužila je provajdere internet pristupa i tražila blokadu pristupa The Pirate Bay platforme (TPB je jedna od Torrent platformi). Posebnost ovog slučaja je u tome, što platforma The Pirate Bay funkcionira kao pretraživač ka jednoj Peer-to-Peer mreži. To znači, da se sadržaji ne snimaju centralno, već su rašireni na različitim računarima širom mreže. Zato je u žalbenom postupku holandski sud prekinuo postupak i zahtevao tumačenje evropskog prava od strane Evropskog suda. Sud treba da odgovori na pitanje, da li platforma The Pirate Bay može biti odgovorna za povredu autorskih prava kada se radi o javnoj reprodukciji.

Pre odlučivanja u ovom sporu pred Evropskim sudom mišljenje je izneo evropski advokat Maciej Szpunar, koji smatra da platforma The Pirate Bay može biti odgovorna za povredu autorskih prava ako se radi o javnoj reprodukciji. Da bi Torrent mreže uopšte funkcionisale u obavezi su da omoguće klijentima pristup sadržajima. Odlučujuće je to da *provajder ovih platformi ima saznanja o povredama autorskih prava a da uprkos tome ništa ne preduzme*.^{12 13}

Uloga evropskog advokata kao nepristrasnog aktera je da izradi ekspertizu slučaja i da svoje stručno mišljenje. U većini slučajeva (ali ne i uvek) sudije slede mišljenje i predlog evropskog advokata, ali njegovo mišljenje za njih nije obavezujuće.¹⁴

4. Ubacivanje video snimaka na veb stranicama uz pomoć framing-a ne predstavlja povredu autorskih prava

Evropski sud (sudska presuda br. C-348/13) je odlučio da *prikazivanje npr. Jutjub videa na sopstvenoj veb stranici uz pomoć framing-a* (eng. okvira) *ne predstavlja povredu autorskih prava*. Framing je tehnika kojom se veb stranica deli na više manjih prozora. Svaki manji prozor se naziva okvir i ima funkciju kao posebna strana. Ovakvo dizajniranje se koristi da bi se jedan okvir pregledao (eng. scroll), dok za to vreme sadržaj drugih okvira miruje. Osim toga ovom tehnikom omogućava se prikaz većeg broja dokumenata paralelno. Operatori veb stranica tako u

¹² Prema analizi izveštaja jednog veštačenja 90 do 95% razmenjenih fajlova i sadržaja na The Pirate Bay platformi se dešava bez saglasnosti autora. U prošlosti bilo je uvek iznova pokušaja blokiranja The Pirate Bay platforme, međutim platforma je uspevala da opstane i prevaziđe blokade. Osnivač The Pirate Bay platforme je još 2009 godine proglašen krivim za pomaganje u kršenju autorskih prava. Haft für Betreiber von "The Pirate Bay", <http://www.vol.at/haft-für-betreiber-von-the-pirate-bay/news-20090417-03541232>, 11.02.2017.

¹³ J.Ihlenfeld, Haftstrafen für Pirate-Bay-Betreiber, <https://www.golem.de/0904/66534.html>, 11.02.2017.

¹⁴ Tauschbörsen sind für Copyright-Verstöße haftbar, <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/the-pirate-bay-eu-gutachter-sieht-tauschboersen-als-haftbar-fuer-copyright-verstoesse-a-1133678.html>, 11.02.2017.

ovaj okvir mogu ubaciti tuđe veb stranice i prikazati ih kao svoje.¹⁵ Sud je presudio da framing linkovi, kojim bi se ubacivali sadržaji na druge veb stranice ne predstavljaju kršenje autorskih prava. Takođe se ne radi o javnoj reprodukciji u smislu člana 3 stav 1 Direktive o zaštiti autorskih prava u informacionom društvu, ako se tom prilikom ne obraća novoj publici.¹⁶

Predhodno je nemački Vrhovni sud zatražio rešenje spora pred Evropskim sudom. Radilo se o 2 minuta dugačkoj reklami jednog proizvođača filtera za vodu, koji je bio ubačen od strane trećih lica.¹⁷ Proizvođač filtera za vodu je tužio online prodavca, koji je radio za konkurentsku firmu, pošto je postavio video putem framinga na svoju veb stranicu. Tuženi je tom prilikom podneo pravno obavezujuću izjavu o nečinjenju, ali nije želeo da plati troškove opomene tužiocu.

Vrhovni sud Nemačke je prekinuo postupak i zatražio od Evropskog suda da razjasni pitanje, da li se u ovom slučaju radi o „javnoj reprodukciji“, jer se putem tehnike framing omogućava operatoru jedne veb stranice da se prikaže tuđe delo kao sopstveno. To je takođe moguće bez da se delo kopira i sa time bi se radilo i o umnožavanju autorskog dela.¹⁸

Evropski sud smatra da se *putem ubacivanja videa ne stvara nova publika, pošto je video već bio dostupan ostalim internet korisnicima*. Tužena strana i njeni advokati misle da se ovom odlukom pospešuje sloboda interneta. Osim toga je nedvosmisleno potvrđeno da korisnici društvenih mreža mogu biti optuženi i opomenuti za kršenje autorskih prava.¹⁹

5. Postavljanje linkova ka dostupnim sadržajima je dopušteno bez dozvole imaoca autorskog prava

Evropski sud (sudska presuda br. C-466/12) je odlučio da je *dozvoljeno postavljanje linkova ka dostupnim sadržajima bez dozvole*

¹⁵ Definition Inlineframe (iframe), Onlinemarketing-Praxis, <http://www.onlinemarketing-praxis.de/glossar/inlineframe-iframe>, 07.02.2017.

¹⁶ Direktiva o autorskim pravima u informacionom društvu 2001/29/EZ; Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167, S. 10), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32001L0029>, 07.02.2017.

¹⁷ Odluka Vrhovnog suda Nemačke kojom je zatraženo mišljenje Evropskog suda. Vorlagebeschluss des BGH vom 16. Mai 2013, I ZR 46/12 „Die Realität“, Rz. 26, https://www.new-media-law.net/wp-content/uploads/2015/01/BGH_framing.pdf, 07.02.2017.

¹⁸ EuGH: Einbinden von Videos auf Webseiten ist legal, <https://futurezone.at/netzpolitik/eugh-sanktioniert-einbinden-von-videos-auf-webseiten/93.264.393>, 07.02.2017.

¹⁹ A. Wilkens, EuGH: Eingebettete Videos verstößen nicht gegen das Urheberrecht, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/EuGH-Eingebettete-Videos-verstossen-nicht-gegen-das-Urheberrecht-2431793.html>, 07.02.2017.

*imaoca autorskog prava. Isto važi i za framing. Postavljanje linkova može predstavljati javnu reprodukciju tuđeg autorskog dela, ali samo ako se npr. paywall mehanizam zaobiđe.*²⁰ Paywall mehanizam omogućava da se određeni sadržaji nečije veb stranice mogu videti samo ako se plati određena nadoknada, ili se zaključi pretplata. Najčešće se koristi kod članaka i časopisa kod online portala.²¹

Jedan švedski novinar tužio je službu za nadzor medija Retriever Sverige, koja je stavila link ka njegovom članku u dnevnim novinama. Vrhovni sud Švedske predao je ovaj predmet na mišljenje Evropskom sudu, pošto član 3 stav 1 Direktive o zaštiti autorskih prava u informacionom društvu nije dovoljno jasan. Shodno Direktivi autori imaju isključivo pravo da dozvole ili zabrane svako javno reprodukovanje njihovih dela.

Evropski sud je utvrdio da *radnja javnog prikazivanja postoji, ako se naprave linkovi koji se mogu kliknuti ka zaštićenim delima*. Ovakva radnja je definisana kao „javno reprodukovanje dela“. *Prikazivanje se mora odnositi na novu publiku, koju imalac autorskog dela nije želeo da obuhvati*. Ova publika dakle ne sme biti obuhvaćena predhodnom dozvolom prikazivanja. U konkretnom slučaju nedostaje „nova publika“, pošto je stranica bila već slobodno dostupna javnosti. Stoga postavljanje linkova ka slobodno dostupnim internet sadržajima sud ne smatra kao radnju javnog reprodukovanja i povredu autorskog prava.²² Drugačija bi bila situacija u slučaju paywall, jer bi to bilo zaobilazanje publike i korisnika koje je autor hteo da obuhvati. Sud je ustanovio i da države članice EU nemaju pravo da prošire u svojim zakonodavstvima pojam zaštite javne reprodukcije.²³

6. Komercijalnom upotrebom linkova mogu se povrediti autorska prava

Evropski sud (sudska presuda br. C-160/15) je odlučio da *postavljanje linkova ipak može predstavlja javno reprodukovanje tuđeg autorskog dela i samim time i povredu autorskih prava*. Sa ovime je konkretizovana

²⁰ Primer ovakvih ograničenja čitanja časopisa može se pogledati na sledećoj stranici <https://www.heise.de/ct/ausgabe/2015-22-Akkulaufzeit-unter-Android-verlaengern-2826298.html>. Potrebno je platiti naknadu da bi se ostatak članka mogao pročitati.

²¹ M.Holland, Paywall: Süddeutsche zieht im Internet Bezahlschranke hoch, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Paywall-Sueddeutsche-zieht-im-Internet-Bezahlschranke-hoch-2561496.html>, 07.02.2017.

²² Saopštenje za javnost Evropski sud br. 20/14. Pressemitteilung Gerichtshof der Europäischen Union Nr. 20/14, Urteil in der Rechtssache C-466/12 Nils Svensson u. a. / Retriever Sverige AB, <http://docs.dpaq.de/6432-cp140020de.pdf>, 09.02.2017.

²³ A.Sawall, Verlinkungen benötigen keine Erlaubnis der Rechteinhaber, <https://www.golem.de/news/europaeischer-gerichtshof-verlinkungen-benoetigen-keine-erlaubnis-der-rechteinhaber-1402-104562.html>, 08.02.2017.

ranija odluka suda, kojom je bilo presuđeno da je postavljanje linkova ka javno dostupnim sadržajima zakonito. *Komercijalni provajderi veb stranica se ne mogu pozvati na neznanje*, kada postavljaju linkove ka protivpravnim sadržajima.

Navedenoj presudi predhodio je spor u Holandiji. Radilo se o portalu GeenStijl.nl, čiji je vlasnik izdavačka kuća GS Media. Na portalu je 2011. godine izveštavano o nagim fotografijama holandske tv zvezde Brit Dekker i pritom su postavljeni linkovi ka nelicenciranim objavljenim kopijama snimaka tv zvezde. Nakon što su snimci bili obrisani, GS Media je postavila linkove ka slikama tv zvezde, koji su takođe bili protivpravni izvori (filefactory.com). Ovo prikazivanje tužio je medijski koncern Sanoma, koji u Holandiji izdaje magazin Playboy i koji je imalac ekskluzivnih prava na spornim fotografijama i snimcima.²⁴

U presudi je sud naglasio značaj linkova za slobodu mišljenja i izražavanja i teškoće u proceni zakonitosti sadržaja. Pokazalo se da je pojedincima, koji žele da postave linkove teško da ispituju, da li se radi o zaštićenim autorskim delima. Utoliko su *linkovi, koji se postavljaju bez namere sticanja dobiti ili saznanja protivpravnosti i dalje dopušteni*. Sud je postavio granicu, kada je *postavljač linkova znao ili mogao da zna za postojanje povrede autorskog prava*. Kada se linkovi postavljaju sa namerom sticanja dobiti, može se od postavljača linkova očekivati, da on *preduzme neophodne provere, kako bi osigurao, da određeno autorsko delo nije neovlašćeno objavljeno*. Ukoliko se ovo ne učini, predpostavlja se da prilikom postavljanja linkova postoji neovlašćeno objavljivanje autorskog dela u smislu javnog prikazivanja shodno članu 3 stav 1 Direktive o zaštiti autorskih prava u informacionom društvu.²⁵ U navedenom slučaju je utvrđeno, da je izdavačka kuća GS Media objavila linkove sa namerom sticanja dobiti, a da se autor nije saglasio sa njihovim objavljivanjem. GS Media nije uspela da opovrgne pred sudom da se nedozvoljeno postavljanje linkova desilo sa namerom i saznanjem.

Evropski sud je ovime presudio suprotno mišljenju evropskog advokata Melchior Wathelet, koji je smatrao da linkovi doprinose da se sporne slike lakše ponađu. Objavljivanje zapravo vrše provajderi veb stranica, koji linkove i postavljaju prvobitno na internet. Pritom evropski advokat predpostavlja da su slike bile dostupne takođe i bez mešanja izdavačke kuće

²⁴ N.Härtling, "Playboy"-Urteil: Die Kommunikationsfreiheit ist beim EuGH in schlechten Händen, <http://www.cr-online.de/blog/2016/09/08/playboy-urteil-die-kommunikationsfreiheit-ist-beim-eugh-in-schlechten-haenden/>, 10.02.2017.

²⁵ Direktiva o autorskim pravima u informacionom društvu 2001/29/EZ; Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167, S. 10), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32001L0029>, 14.02.2017.

GS Media.²⁶ Osim toga internet korisnici ne mogu da prepoznaju, da li je autorsko delo slobodno ili nije za upotrebu. Uzimajući u obzir predhodnu odluku Evropskog suda, koji je utvrdio da je postavljanja videa na veb stranici ne predstavlja ponovno javno reprodukovanje već samo postavljanje linka, treba napraviti razliku u odnosu na ovu odluku Evropskog suda. Predhodna odluka Evropskog suda se odnosila na autorska dela – video snimke, koji su postavljeni uz saglasnost autora. U svetlu ove sudske odluke komercijalni postavljači linkova ka video snimcima i slikama od strane drugih npr. Jutjub, Flickr moraju postaviti sebi pitanje: da li su autorska dela kod trećih lica (npr. Jutjub) objavljena uz saglasnost autora?²⁷

7. Potvrđena odgovornost za povrede autorskih prava za postavljanje linkova u komercijalne svrhe

Osnovni sud Hamburg odlučio je (br. akta 310 O 402/16) da *provajderi komercijalnih veb stranica odgovaraju i bez znanja za povrede autorskih prava za linkove koje postavje*. Na taj način je po prvi put primenjena u Nemačkoj odluka Evropskog suda. Sud je pod pretnjom kazne i zatvora zabranio postavljanje linkova.

Na veb stranici se nalazila prerađena slika podnosioca zahteva. Slika je bila iz oblasti arhitekture i bila je predhodno objavljana Creative Commons licencom. Međutim u uslovima korišćenja ovog dela bilo je isključeno postavljanje linkova bez navođenja autora i obrade autorskog dela. Samim tim objavljivanje slike na veb stranici predstavlja kršenje autorskog prava.

Osnovni sud Hamburg smatra da *pored provajdera veb stranice za povrede autorskog prava odgovara i onaj ko postavlja linkove*. Samo postavljanje linkova sudije vide kao javno reprodukovanje slika, koje se obavlja bez dozvole fotografa. *Putem postavljanja linkova se otvara pristup novoj publici, koju autor nije imao u vidu*. Ipak jedna ovakva odgovornost se može prihvatiti, samo ako se postavljanje linkova učinilo tako što se znalo ili moglo znati da se na taj način vrši povreda autorskog prava. *Ukoliko onaj koji postavlja linkove deluje sa „namerom sticanja dobiti“, onda mu se može pripisati, da mora istraživanjem da osigura, da li su linkovi zakoniti*. Pritom nije od značaja, da li se sa postavljanjem linka želi neposredno sebi pribaviti dobit. Dovoljno je da u okviru internet prezentacije to ukupno služi nameri sticanja dobiti. Nije od značaja

²⁶ T.Kleinz, EuGH verbietet kommerzielle Links auf Urheberrechtsverletzungen, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/EuGH-verbietet-kommerzielle-Links-auf-Urheberrechtsverletzung-en-3316497.html>, 09.02.2017.

²⁷ L.Dobusch, EuGH schränkt Linkfreiheit ein: Kommerzielle Nutzer können schon mit einem Link das Urheberrecht verletzen, <https://netzpolitik.org/2016/eugh-schraenkt-linkfreiheit-ein-kommerzielle-nutzer-koennen-schon-mit-einem-link-das-urheberrecht-verletzen/>, 09.02.2017.

i činjenica, da li je postavljač linkova imao saznanja o protivpravnom sadržaju. Da bi bio odgovoran dovoljno je da je u „razumnom istraživanju po pitanju protivpravnog objavljivanja“ mogao da se uzdrži od činjenja.

Tuženi je izjavio da on nije mogao da pretpostavi „da je trebalo da da izjavu, da je kod provajdera veb stanica ispitaio, da li postoje odgovarajuća prava na objavljivanje ili bilo kakve prepreke vezane za autorska prava na fotografijama“. Upravo ova izjava tuženog je ubedila sudske veće da je tuženi prećutno prihvatio protivpravno objavljivanje linkova.²⁸

Nakon ove sudske odluke portal heise online.de je istraživao da li postoji opasnost od opomene od strane Osnovnog suda Hamburg, ukoliko se postavi link koji vodi ka veb stranici tog suda. Shodno odluci Osnovnog suda Hamburg provajderi veb stranica su dužni da u razumnom obimu istražuju pitanje zakonitosti objavljivanja linkova. Gore navedena sudska odluka naročito pogađa online portale koji objavljuju vesti. Istraživanje nije donelo adekvatne rezultate pa je portal heise online.de odlučio da obustavi postavljanje linkova ka Osnovnom sudu Hamburg. Osim toga portal heise online.de je tražio od Osnovnog suda Hamburg da im pismeno potvrdi u vidu pravno obavezujuće izjave, da sveukupna veb prezentacija suda ne krši autorska prava zaštićenih dela u bilo kojem obliku i na bilo kom mestu.²⁹ Odgovor suda je bio da sud polazi od toga da su svi njihovi sadržaji zakoniti, ali nije želeo da to potvrdi pismeno u vidu pravno obavezujuće izjave. Ostaje sporno da li je ovakva izjava suda dovoljna da se izbegne odgovornost postavljača linkova. Evropski sud je zahtevao „neophodne provere da delo koje je postavljeno na veb stranicu, a ka kojem link vodi, nije neovlašćeno objavljeno“. Šta to tačno znači ovime nije razjašnjeno, stoga pravni rizik postoji i dalje. Zbog toga je uopšte portal heise online.de odlučio da obustavi postavljanje linkova ka Osnovnom sudu Hamburg.³⁰

8. Pravilno postavljanje licenciranih fotografija na internetu

Viši sud Keln (br. akta 6 U 25/14) je u svojoj odluci uputio na pravilno postavljanje licenciranih fotografija na veb stranice. Ukoliko je *fotografija*

²⁸ J.Heidrich, Gericht bestätigt Haftung für Urheberrechtsverletzungen auf verlinkten Seiten, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Gericht-bestaetigt-Haftung-fuer-Urheberrechtsverletzungen-auf-verlinkten-Seiten-3566919.html>, 09.02.2017.

²⁹ H.Bleich, Warum heise online derzeit keine Links zum LG Hamburg setzt, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Warum-heise-online-derzeit-keine-Links-zum-LG-Hamburg-setzt-3567571.html>, 09.02.2017.

³⁰ M.Holland, LG Hamburg will Rechtmäßigkeit seiner Online-Inhalte nicht rechtsverbindlich erklären, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/LG-Hamburg-will-Rechtmaessigkeit-seiner-Online-Inhalte-nicht-rechtsverbindlich-erklaeren-3568292.html>, 09.02.2017.

uredno licencirana i postavljena sa imenom fotografa na veb stranicu, ne treba strahovati od opomena zbog nedostatka ovih oznaka na samim fotografijama.³¹

U prošlosti je doneta presuda vezana za bazu podataka sa fotografijama Pixelio, koja je uvela pravnu nesigurnost kod operatora veb stranica. Bilo koja firma bi bila opomenuta i tužena tek pošto bi koristila fotografiju od Pixelio bez navođenja autora direktno na URL na svojoj veb stranici.

U uslovima korišćenja licence od firme Pixelio bilo je zahtevano da se navede autor. Međutim tužena firma je navela autora na veb stranici sa fotografijama, ali nije ubacila ovu napomenu direktno u URL fajl sa fotografijom. Stoga je Osnovni sud Keln (br. akta 14 O 427/13) smatrao ovo kao nedovoljno. Tužbu nije podnela firma Pixelio nego hobi fotograf Patrick Jennings, koji je putem ove baze podataka sa fotografijama Pixelio ponudio i svoju fotografiju. Da je presuda ostala ovakva i da nije došlo do spora pred Višim sudom, morao bi veliki broj fotografija sa tekstom na samoj fotografiji biti označen sa autorima.³²

U postupku pred Višim sudom Keln ustanovljeno je da *stavljanje na raspolaganje fotografija preko URL-a predstavlja tehnički zajednički proces i ne predstavlja za autorsko pravo relevantnu upotrebu u drugoj nameni*. Dakle *samo prikazivanje fotografija i u fotografiji sa napomenom autora direktno u URL ne predstavlja za autore važnu pravnu zaštitu od daljeg iskorištavanja dela, već samo jedan tehnički propratni proces*. Stoga je ovo navođenje kod tuženog na veb stranici bilo dovoljno i odgovarajuće.³³ Osim toga u uslovima o licenci firme Pixelio nije propisano da fotografije moraju da nose oznaku autora. Imaoci licence sami ne moraju ovakve oznake da dodaju, jer Pixelio fotografije nudi bez jedne takve oznake za preuzimanje.

Uprkos svemu kod fotografija treba uvek obratiti pažnju na licencu i uslove iz licence. Sama mogućnost besplatnog preuzimanja često sa sobom nosi i dalje uslove kao npr. navođenje autora i u slučaju korišćenja na internetu i link koji vodi ka autoru u ovom slučaju pixelio.de.³⁴

³¹ A.Donath, OLG Köln beseitigt Rechtsunsicherheit des Pixelio-Urteils, <https://www.golem.de/news/bildrechte-olg-koeln-beseitigt-rechtsunsicherheit-des-pixelio-urteils-1408-108672.html>, 11.02.2017

³² N.Plutte, OLG Köln: Pixelio-Urteil hat keinen Bestand, <https://www.ra-plutte.de/olg-koeln-pixelio-urteil-hat-keinen-bestand>, 12.02.2017.

³³ M.Kompa, OLG Köln: Pixelio-Urteil war zu viel des Guten, <https://www.heise.de/tp/news/OLG-Koeln-Pixelio-Urteil-war-zu-viel-des-Guten-2293561.html>, 12.02.2017.

³⁴ IHK Würzburg-Schweinfurt, OLG Köln hebt "Pixelio-Urteil" auf, <https://www.wuerzburg.ihk.de/recht-und-steuern/news/artikel/olg-koeln-hebt-pixelio-urteil-auf.html>, 12.02.2017.

9. Pravilno korišćenje CC-BY-NC licenciranih fotografija od strane nemačkog radija

Viši sud Keln (br. akta 6 U 60/14) je u svojoj odluci uputio na pravilno postavljanje licenciranih fotografija sa "Creative Commons Attribution-NonCommercial 2.0" licencom (CC-licenca) na veb stranicama. Nekomercijalno korišćenje fotografija obuhvaćeno ovom licencom mora imati naznaku o autoru dela.

Spor je iniciran sa fotografijom, koju je fotograf postavio na Flickr (servis za skladištenje slika i videa) sa CC- licencom (CC-BY-NC 2.0). Nemački radio je tu fotografiju objavio na svojoj veb stranici dradiowissen.de i pritom imenovao fotografa, CC-licencu kao i link ka delima i uslovima korišćenja licence. Fotograf je podneo tužbu za nečinjenje i zahtevao nadoknadu štete od 310 evra kao i preuzimanje troškova advokata, pošto je nemački radio fotografiju koristio u komercijalne svrhe. Ove zahteve je odbio nemački radio i uklonio je shodno zahtevu fotografiju sa svog veb sajta. Nije bilo komercijalne upotrebe slike, jer je portal moguće pokrenuti bez nadoknade i nije bilo nikakve reklame. Ovaj radio je samo želeo da obavi ulogu javnog servisa.³⁵

Osnovni sud Keln je uzeo u obzir da li se radilo u konkretnom slučaju o komercijalnom korišćenju od strane javnog servisa u smislu licence. Ipak ovaj sud se nije pozabavio definicijom licence i njenog teksta.³⁶ Pod oznakom nekomercijalna upotreba misli se isključivo na privatno korišćenje i time je isključena bilo kakva komercijalna upotreba.

Viši sud Keln promenio je odluku Osnovnog suda Keln i odlučio da *nemački radio nije koristio fotografiju u komercijalne svrhe*. Stoga fotograf ne može da zahteva plaćanje licence. Sud smatra da i pod okolnostima da je tuženi fotografiju izmenio, ovo ne bi predstavljalo kršenje uslova iz licence. Takođe nemački radio nije smeo da fotografiju odseče tako, da se napomena o licenci na fotografijama ne vidi. Doduše nemački radio je na njihovoj veb stranici naveo autora, ali je time prekršio uslove iz licence zbog izmene fotografije, da postojeći navodi o autoru moraju biti očuvani i zadržani na slici. Za takvo preoblikovanje fotografije bila mu je neophodna saglasnost od strane autora. Viši sud je suprotno tome smatrao da definicija ne komercijalna upotreba iz CC-licence nije jasna i da se zbog nejasnih uslova iz licence može upotrebiti nemački Građanski zakonik. Prema Građanskom zakoniku u slučaju sumnje o

³⁵ A.Wilkens, Deutschlandradio hätte Foto unter CC-BY-NC-Lizenz nutzen dürfen, wenn..., <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Deutschlandradio-haette-Foto-unter-CC-BY-NC-Lizenz-nutzen-duerfen-wenn-2465749.html>, 12.02.2017.

³⁶ L.Dobusch, Der dritte Streich: OLG Köln zu Deutschlandradios Nutzung CC-lizenzierter Fotos mit NC-Modul, <https://netzpolitik.org/2014/der-dritte-streich-olg-koeln-zu-deutschlandradios-nutzung-cc-lizenzierter-fotos-mit-nc-modul/>, 12.02.2017.

domašaju zabrane korišćenja u nekomercijalne svrhe, teret dokazivanja je na tužiocu.³⁷ *Moguće je da tuženi kao javna ustanova sme koristiti fotografiju samo onda ako ona pritom ne ostvaruje direktnu finansijsku dobit.* Da bi se ova i druga tumačenja vezana za CC-licencu izbegla Viši sud je dozvolio reviziju svoje odluke.

10. Zaključak

Slučajevi iz evropske i nemačke sudske prakse pokazali su dinamiku razvoja zaštite autorskih prava u digitalnom svetu. Sudovi su u mnogim slučajevima precizirali odgovornost i rešili probleme, ali bilo je i slučajeva gde su presude otvorile nove probleme i pitanja u praksi.

Presude vezane za postavljanje linkova i kršenje autorskih prava u slučaju sharehoster provajdera ukazuju na proširenje odgovornosti. Uбудućе se može očekivati odgovornost ovih platformi barem onda kada znaju za postojanje povrede autorskih prava, a iste ne spreče.

U slučaju Jutjub videa ukazano je na granicu u odgovornosti postavljača framing linkova ka video klipovima već postavljenim na Jutjub, pošto se saglasnost autora za puštanje u javnost pretpostavlja. Do umnožavanja autorskog dela ne dolazi, pošto Jutjub ne nudi opciju preuzimanja sadržaja. Sa druge strane ostalo je otvoreno pitanje da li su se autori zaista saglasili sa postavljenjem njihovih sadržaja na Jutjub.

Kod odgovornosti postavljača linkova uočava se trend razlikovanja između komercijalne i nekomercijalne upotrebe linkova ka tuđim autorskim delima. Ovo razlikovanje govori o nerazumevanju odgovornosti postavljača linkova i operatora veb stranice (content provider), koji sadržaje postavljaju. Promenjeno je i već poznato razlikovanje između privatnog i javnog korišćenja, a problemi u praksi nisu rešeni. Tako se na internetu u privatne svrhe bez komercijalne svrhe i namere sticanja dobiti koristi javni prostor društvenih mreža i blogova. Time se i bez cilja sticanja dobiti često krše autorska prava. Pritom je odgovornost postavljača linkova preširoko određena i nesrazmerna, jer npr. novinski portali imaju sada dve opcije - ili da sve linkove pravno ispitaju ili da uopšte ne postavljaju linkove. Prva opcija je veoma teška i skupa, a druga opcija ograničava slobodu informisanja i slobodu štampe internet korisnika u značajnoj meri. U slučaju Playboy protiv GeenStijl konstatovano je da „čim jedan novinski portal posluje u cilju sticanja dobiti, ne radi se više o novinaru i ne može se pozvati na slobodu informisanja i slobodu štampe“.³⁸ Ovom

³⁷ Videti član 305c stav 2 nemačkog Građanskog zakonika. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BjNR001950896.html>, 12.02.2017.

³⁸ N.Härtig, "Playboy"-Urteil: Die Kommunikationsfreiheit ist beim EuGH in schlechten Händen, <http://www.cr-online.de/blog/2016/09/08/playboy-urteil-die-kommunikationsfreiheit-ist-beim-eugh-in-schlechten-haeden/>, 14.02.2017.

odlukom uvedena je proaktivna obaveza kontrole linkova u ispitivanju povrede autorskih prava za postavljачe linkova. Reakcije portala u praksi na ispitivanje i potvrđivanje nepostojanje povrede autorskih prava pokazuju besmislenost kontrole linkova.

Pitanje komercijalne ili nekomercijalne upotrebe licence je rešavano u slučaju nemačkog radija. Ustanovljeno je da komercijalni internet korisnici uvek deluju u cilju sticanja dobiti, ali zavisi i od konkretnog konteksta korišćenja, a ne od toga ko je korisnik licence – fizičko lice ili javni servis. Ostalo je nerešeno pitanje da li i pravno lice može delovati bez cilja sticanja dobiti.³⁹

U slučaju pravilnog korišćenja CC-licence sa ograničenjem nekomercijalne upotrebe, pokazano je da ove sadržaje mogu iskoristiti i internet korisnici u komercijalne svrhe. Ostalo je nerešeno pitanje, kada se iz konkretne svrhe upotrebe licence, ne može zaključiti da li se radi o komercijalnoj ili nekomercijalnoj svrsi upotrebe CC-licence. Uslove korišćenja licence treba pažljivo pročitati kao što su npr. navođenje autora, zabrana izmene dela i obaveza očuvanja autorskog dela sa navodima o autoru dela.⁴⁰

Kada se uporede povrede autorskih prava u digitalnom doba i pre digitalnog doba, može se zaključiti da su se ranije povrede autorskih prava dešavale od strane eksperata. Digitalna tehnologija ostavlja mogućnost kršenja autorskih prava svakom internet korisniku, pa se digitalno doba nalazi pred velikim izazovima. Sa jedne strane internet koncerni mogu iskoristiti monopol na tržištu i autorska dela pristvojiti kao svoja, a sa druge strane internet korisnici su naviknutih na gratis kulturu i shvatanje da ograničenje mreže ograničava znanje i protok informacija.⁴¹

George Dyson je knjizi opisao digitalnog đavola koji na analognom zidu slika: *“Fejsbuk će mi reći, ko sam; Amazon će mi reći, šta želim; Gugl će mi reći, šta mislim.”*⁴² Na kraju onaj ko nema nameru da živi od ideja, jer su one slobodno dostupne kao opšte dobro na internetu, taj sigurno neće koristiti njegove duhovne resurse za pisanje knjiga, inovacije i razvoj.

³⁹ L.Dobusch, Mehr offene Fragen als Antworten nach EuGH-Urteil zur Einschränkung der Linkfreiheit, <https://netzpolitik.org/2016/mehr-offene-fragen-als-antworten-nach-eugh-urteil-zur-einschraenkung-der-linkfreiheit/>, 14.02.2017.

⁴⁰ L.Dobusch, Der dritte Streich: OLG Köln zu Deutschlandradios Nutzung CC-lizenzierter Fotos mit NC-Modul, <https://netzpolitik.org/2014/der-dritte-streich-olg-koeln-zu-deutschlandradios-nutzung-cc-lizenzierter-fotos-mit-nc-modul/>, 14.02.2017.

⁴¹ J.Free, “Wir kaufen Eigentum auf Zeit”, <http://www.zeit.de/online/2009/33/amazon-urheberrecht-loeschung>, 14.02.2017.

⁴² Radi se o knjizi „Turingova katedrala“, koja je poslužila simbolično autoru kao naziv knjige aludirajući na Gugl. G. Dyson, *Turings Kathedrale: Die Ursprünge des digitalen Zeitalters*, Propyläen-Verlag 2014.

Andrej Diligenski, MSc

External Associate

Institute of Comparative Law, Belgrade

Dragan Prlja, PhD

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

PROTECTION OF COPYRIGHT IN THE DIGITAL WORLD

Summary

In today's digital world, in which the copyrights and intellectual property (music, pictures, movies...) are copied and replicated free of charge and in excellent quality over the Internet with tremendous speed, is almost every one of us confronted every single day with a complicated issue of copyrights. The territorial jurisdiction of the copyright law is facing new challenges in the digital world and above all on the Internet. Court practice review of the European Court of Justice and the German courts indicates legal problems in practice. Besides that, courts through interpretation of the European law provisions directly affect the protection of copyright in the digital world. This role of case practice in the creation of copyright protection contributes the fact, that in the digital world technical achievements are rapidly developing. On the other hand the political processes are extremely lengthy, so that the courts make their decisions quicker and create the law. Every day use of someone else's copyright works by file sharing service providers or link setters opens questions of legal liability for the copyright infringement. The use of Creative Commons licensed copyright works open up a new dimension in the implementation of copyright protection in the digital world.

Keywords: Copyright in the digital world; Copyright on the Internet; Copyright protection on the internet; European jurisprudence; German jurisprudence; EU Law; Comparative Law; Internet Law; liability for setting links; liability of file sharing service provider; use of licensed copyright work on the internet.

POSEBNI SLUČAJEVI KADA SE UGOVOR MOŽE RASKINUTI PREMA BEČKOJ KONVENCIJI²

Apstrakt

Raskid ugovora kao pravno sredstvo koje na najteži način pogađa ugovorni odnos dopušten je, pod određenim ograničenjima i uslovima, i u pravnom režimu Bečke konvencije o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe. Osnovni uslov koji mora biti ispunjen da bi poverilac stekao to pravo je da je dužnik povredio ugovor tako ozbiljno i teško da se njegovo postupanje uklapa u koncept bitne povrede ugovora. Ovo opšte pravilo važi za sve povrede ugovora, ali pored toga raskid je moguće steći i van koncepta bitne povrede ugovora u određenim slučajevima. U okviru posebnih podnaslova u radu su izloženi i analizirani uslovi za raskid ugovora u situaciji kad to pravo stiče kupac, zbog propusta prodavca u izvršenju njegovih karakterističnih ugovornih obaveza, kao i kad to pravo stiče prodavac, na osnovu tipičnih povreda ugovora od strane kupca. U zaključku se konstatuje da je u interesu poverioca da, pre nego što odluči da započne realizaciju prava na raskid ugovora, detaljno i svestrano analizira postojeću situaciju jer on ne može uvek biti siguran da će to pravo i ostvariti.

Ključne reči: *Bečka konvencija, povreda ugovora od strane prodavca, povreda ugovora od strane kupca, bitna povreda ugovora, raskid ugovora.*

1. Uvod

Raskid ugovora je pravno sredstvo koje, pored ostalih pravnih sredstava, poveriocu stoji na raspolaganju kada dužnik ne ispunji ono što je prihvatio kao svoju ugovornu obavezu. Ako se uspešno realizuje ugovor se gasi i umesto njega nastaju obaveze za strane ugovornice da

¹ Naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu; e-mail: katarinajovicic.rs@gmail.com

² Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu Instituta za uporedno pravo „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje“ (evidencioni broj: 179031), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

vrate jedna drugoj ono što su primile na ime njegovog izvršenja. Svi pravni sistemi predviđaju posebne uslove pod kojima poverilac stiče pravo da raskine ugovor, kao i procedure za njegovu realizaciju.³ To je potrebno da bi se ograničila upotreba ovog pravnog sredstva na najmanju meru kako bi se što veći broj ugovora održao i izvršio.

Bečka konvencija za ugovore o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine,⁴ takođe, postavlja uslove za sticanje prava poverioca da raskine ugovor. Osnovni zahtev u tom smislu je određen konceptom bitne povrede ugovora, tj. pravilom da samo one povrede ugovora koje su dovoljno ozbiljne i teške da se kvalifikuju kao bitna povreda ugovora u skladu sa čl. 25. Konvencije aktiviraju ovo pravo.⁵

Bitna povreda ugovora je opšti osnov za raskid ugovora jer ona nije vezana za neki posebni oblik njegovog neizvršenja.⁶ Međutim, Konvencija pored toga posebnim pravilima reguliše i nekoliko karakterističnih, u praksi najčešćih situacija povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe kao osnov za njegov raskid. To su: neizvršenje ugovora od strane prodavca (čl. 49), neizvršenje ugovora od strane kupca (čl. 64), anticipatorna povreda ugovora (čl. 72) i povreda ugovora sa uzastopnim isporukama (čl. 73). Ipak, u svim ovim slučajevima se zahteva ispunjenje uslova bitne povrede ugovora da bi on mogao da se raskine.

Međutim, van koncepta bitne povrede ugovora raskid je moguć i u sledećim slučajevima: kad prodavac ne isporuči robu ni u dodatnom roku (čl. 49. st. 1.b), kad kupac ne plati cenu ili ne preuzme isporuku ni u dodatnom roku (čl. 64. st. 1.b). Poverilac ima to pravo i kod anticipatorne povrede ugovora.

U nastavku rada će se detaljnije izložiti i analizirati svaki od navedenih, posebnih slučajeva povrede ugovora. Izlaganje je podeljeno u dva dela, prema tome da li je ugovor povredio prodavac, ili je to učinio kupac.

³ K. Jovičić, „Uslovi pod kojima poverilac stiče pravo da raskine ugovor zbog neispunjenja i ograničenja za upotrebu tog prava”, *Strani pravni život* 1/2015, 143-155.

⁴ Konvencija Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*UN Convention on Contracts for the Internationale Sale of Goods*), *Sužbeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, br. 10-1/84 (dalje: BK).

⁵ Čl. 25. BK glasi: „Povreda ugovora koju učini jedna strane smatraće se bitnom ako se njome prouzrokuje takva šteta drugoj strani da je suštinski lišava onog što je opravdano očekivala od ugovora, izuzev ako takvu posledicu nije predvidela strana koja čini povredu niti bi je predvidelo razumno lice istih svojstava u istim okolnostima.”

⁶ Teret dokazivanja bitne povrede ugovora je na poveriocu jer on na osnovu toga izvlači pravo da ugovor raskine.

2. Kad kupac stiće pravo da raskine ugovor (ugovor je povredio prodavac)

Osnovne obaveze prodavca prema Bečkoj konvenciji su: da izvrši isporuku, da preda robna dokumenta i da prenese svojinu.⁷ Propustima u njihovoj realizaciji prodavac čini sledeće povrede ugovora: neizvršenje isporuke; docnja sa isporukom; isporuka nesaobrazne robe; povreda obaveze da prenese pravo svojine; predaja nesaobraznih robnih dokumenata. U svim ovim situacijama raskid je dopušten samo ako povreda u konkretnom slučaju ispunjava zahteve bitne povrede ugovora.⁸ Van toga kupac može raskinuti ugovor i ako prodavac ne pruži ispunjenje ni u naknadnom roku, kao i u slučaju anticipatorne povrede ugovora. Posebna pravila predviđena su za raskid ugovora sa uzastopnim isporukama.

Konačno neizvršenje isporuke: Ako prodavac ne preduzima ništa da bi svoju obavezu ispunio onda je to, gotovo bez izuzetka, dovoljan osnov za konstituisanje bitne povrede ugovora. Razlozi zbog kojih on odbija da izvrši isporuku mogu biti različiti, npr. on se neosnovano poziva na pravo da odloži isporuku, ili je isporuku postalo nemoguće izvršiti itd. Izuzetno, prodavčevo konačno odbijanje da isporuči robu ne mora voditi raskidu ugovora, npr. kada on zadrži isporuku jer je postalo jasno da kupac neće ispuniti bitan deo svoje ugovorne obaveze⁹.

Docnja u isporuci: Kašnjenje prodavca sa isporukom može da bude bitna povreda ugovora samo ako je rok isporuke fiksno određen. Ova okolnost zavisi isključivo od volje ugovornih strana pa ako kupac insistira na određenom datumu isporuke, npr. predmet ugovora je sezonska roba, ili je sa trećim licem dogovorio prodaju robe iz tog ugovora uz obavezu da je isporuči do određenog datuma itd, onda docnja u isporuci predstavlja bitnu povredu ugovora. Kupac u tom slučaju može odmah po proteku ugovorenog roka da raskine ugovor.¹⁰

Isporuka nesaobrazne robe: Prodavac čini povredu ugovora ako kupcu preda robu nesaobraznu ugovoru, što obuhvata sledeće situacije:

⁷ BK čl. 30.

⁸ BK čl. 49. st. 1(a) predviđa da kupac može izjaviti da raskida ugovor „ako neizvršenje bilo koje obaveze koju prodavac ima na osnovu ugovora ili ove konvencije predstavlja bitnu povredu ugovora”. To se procenjuje prema značaju konkretne povrede ugovora, kao i prema tome da li se nedostatak u izvršenju može otkloniti u razumnom roku. M. Müller – Chen, „Article 49”, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. I. Schwenzer), Oxford 2010., 748-749.

⁹ V. BK čl. 71. po kome: „Jedna ugovorna strana može odložiti izvršenje svojih obaveza ako, posle zaključenja ugovora postane jasno da druga strana neće izvršiti bitan deo svojih obaveza usled: a) ozbiljnog nedostatka sposobnosti za izvršenje ili kreditne sposobnosti; ili b) njenog ponašanja u pogledu priprema za izvršenje ili izvršenja ugovora”.

¹⁰ BK čl. 47. st. 1. i čl. 49. st. 1(b).

isporuka robe sa materijalnim nedostacima, isporuka robe druge vrste umesto ugovorene, nedostaci ambalaže i delimična isporuka.¹¹ Ako u ugovoru nema eksplicitnih odredbi o ovim pitanjima, onda se (ne) saobraznost robe utvrđuje prema pravilima čl. 35. st. 2. Konvencije. Značaj nesaobraznosti robe u konkretnom slučaju ceni se s obzirom na cilj zbog koga je kupac zaključio ugovor, tj. na osnovu procene da li isporuka koju je učinio prodavac omogućava da taj cilj bude ostvaren ili ne.¹²

Kod ovog oblika povrede ugovora, međutim, čak ni veoma ozbiljna nesaobraznost nije sama po sebi dovoljna da aktivira pravo kupca na raskid ugovora. Ovo zato što činjenica da je prodavac u mogućnosti da nedostatak otkloni, odnosno da snosi troškove toga, može biti relevantna. To predviđaju pravila čl. 37. i čl. 48. Konvencije, po kojima prodavac ima pravo da otkloni „nedostatke saobraznosti svojih obaveza” odnosno „svako neizvršenje svojih obaveza”, pod uslovom da je u stanju da to učini bez nerazumnog odlaganja i bez nanošenja kupcu nerazumnih nepogodnosti, ili neizvesnosti da će mu nadoknaditi troškove koje je s tim u vezi imao.¹³ Ovom pravu prodavca korelativna je dužnost kupca da mu omogući da to pravo vrši (pod navedenim uslovima). Ipak, kupac nema takvu obavezu ako je pravo prodavca u suprotnosti sa njegovim pravom da ugovor raskine zbog bitne povrede ugovora, jer u međusobnom odnosu ova dva prava prioritet ima navedeno pravo kupca.¹⁴

U slučaju delimične isporuke, tj. isporuke dela robe ili ako jedan njen deo ima nedostatke, kupac može takođe da stekne pravo da ugovor raskine. Ovde se, međutim, razlikuju dve situacije, prema tome da li delimično neizvršenje predstavlja bitnu povredu ugovora, ili ne. Tako, samo je u prvom slučaju dopušten raskid celog ugovora, dok kupac u drugom slučaju može raskinuti ugovor jedino u pogledu dela robe koji nedostaje, ili koji nije saobrazan¹⁵.

¹¹ BK čl. 35. st. 1.

¹² Nedostaci manjeg značaja nikada ne vode bitnoj povredi ugovora.

¹³ BK čl. 37. reguliše prodavčevo pravo da otkloni „nedostatak saobraznosti isporučene robe” pre isteka roka isporuke, dok čl. 48. izričito predviđa da on može otkloniti „svako neizvršenje svojih obaveza”, pod određenim uslovima, i nakon što je taj rok istekao.

¹⁴ J. Perović, *Bitna povreda ugovora – Međunarodna prodaja robe*, Beograd 2004., 196. Međutim, ako kupac raskine ugovor, a prodavac ospori postojanje bitne povrede ugovora i taj spor se reši u korist prodavca, onda će kupac biti u obavezi da nadoknadi štetu koju je prodavac pretrpeo zbog raskida ugovora bez pravnog osnova.

¹⁵ BK čl. 51. st. 1. i 2. Od ove situacije, međutim, treba razlikovati slučaj kada je prodavac učinio delimičnu isporuku, pa ga kupac pozove da u dodatnom roku isporuči ostatak. Ako prodavac ni u tom roku ne otkloni nedostatke isporuke onda kupac može raskinuti ugovor na osnovu čl. 49. st. 1(b), u vezi sa čl. 51. st. 1. BK i to samo u delu koji se odnosi na neisporučenu robu. On bi mogao da raskine ceo ugovor samo ako dokaže da delimična isporuka predstavlja bitnu povredu ugovora jer se time ne može ostvariti svrha ugovora (čl. 49. st. 1(a) u vezi sa čl. 51. st. 2.

Za utvrđenje postojanja bitne povrede ugovora uzima se u obzir činjenica da li delimična isporuka ili delimični nedostatak saobraznosti utiču na korišćenje, odnosno, dalju prodaju robe kao predmeta ugovora u celini, te da li ta okolnost suštinski lišava kupca onoga što je opravdano očekivao od ugovora u smislu člana 25. Konvencije¹⁶. Pored toga, na postojanje bitne povrede ugovora može uticati i pravo prodavca da otkloni nedostatke u izvršenju na osnovu člana 48. Konvencije jer kupac može izgubiti pravo da raskine ugovor ako se, bez osnovanog razloga, usprotivi takvom zahtevu prodavca.

Takođe, ako kupac ne može da vrati prodavcu robu „u suštinski istom stanju u kome je primio”¹⁷ onda on, takođe, gubi pravo da ugovor raskine jer Konvencija uslovljava to njegovo pravo mogućnošću restitucije¹⁸.

Pravni nedostaci: Prodavac koji kupcu preda robu sa pravnim nedostacima¹⁹ čini bitnu povredu ugovora, po pravilu, kada treće lice polaže takvo pravo na robu da sprečava kupca da je upotrebi u skladu sa ugovorom. Isti značaj ima i činjenica da pravo trećeg ovom omogućava da robu preuzme od kupca, ili je to već učinio. Ipak, ako prodavac može da otkloni pravni nedostatak u razumnom roku, onda se bitna povreda ugovora ne može konstituisati i ugovor, u tom slučaju, ne može da se raskine²⁰.

Predaja nesaobraznih robnih dokumenata: Ugovori o međunarodnoj prodaji robe, po pravilu, podrazumevaju i obavezu prodavca da kupcu preda odgovarajuća robna dokumenta²¹. On je dužan da to učini u vreme, na mestu i u obliku kako je predviđeno ugovorom.²² Svaki propust prodavca s tim u

¹⁶ Npr. prodaja hardvera zajedno sa korisničkim programom – softverom, kod koje se ustanovi da softver pokazuje nedostatke, po pravilu, značajno umanjuje interes kupca za kompjuterom u celini. Međutim, ako se isporuka odnosi na stvari iste vrste (bale svile), neisporuka dela robe ili postojanje nedostataka na delu robe kupca, po pravilu, ne sprečavaju da koristi robu koja je isporučena u skladu sa ugovorom. J. Perović, 208-210.

¹⁷ BK čl. 82. st. 1.

¹⁸ Od ovog pravila predviđeni su sledeći izuzeci: a) ako nemogućnost vraćanja robe u suštinski istom stanju u kome je primljena nije posledica radnje ili propusta od strane kupca; b) ako je roba u celini ili delimično propala ili se pogoršala usled pregleda propisanog u članu 38; c) ako je roba, u celini ili delimično, prodana u redovnom toku poslovanja ili je kupac potrošilo ili preradio u toku njene normalne upotrebe pre nego što je otkrio ili morao otkriti nedostatak saobraznosti (čl. 82. st. 2. tač. a, b i c).

¹⁹ BK čl. 49. st. 1(a).

²⁰ I. Schwenzer, „Art. 41”, „Art. 42”, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. I. Schwenzer), Oxford 2010., 648-674.

²¹ Robna dookumenta mogu biti transportna, komercijalno-trgovačka, dokumenta osiguranja, carinska dokumenta, inspekcijiska, finansijska i dr. M. Davies, „Documents That Satisfy the Requirements of CISG Art. 58”, *Belgrade Law Review* 3/2011, 39-66.

²² Ako ugovor nema odredbi o ovom pitanju primeniće se dispozitivna pravila čl. 34.

vezi može da se kvalifikuje kao bitna povreda ugovora i po tom osnovu da dovede i do njegovog raskida. Ocena pitanja da li je nesaobraznost robnih dokumenata bitna povreda ugovora ili ne procenjuje se prevashodno na osnovu samog ugovora, ali to zavisi i od tipa dokumenta u pitanju, tj. da li je prodavac predao nesaobrazan dokument koji podrazumeva ovlašćenje da se robom raspolaze, (npr. konosman, skladišnica), ili dokument koje takvo ovlašćenje ne podrazumeva. U svakom slučaju, pitanje da li kupac stiče pravo na raskid ugovora procenjuje se prema konkretnim okolnostima, pre svih na osnovu toga da li je kupcu zbog nesaobraznosti robnih dokumenata ograničena upotreba robe, te da li on sam može lako da dođe do potrebnih dokumenata i tako otkloni nedostatak²³.

Neizvršenje isporuke u naknadnom roku: Ako prodavac kasni sa isporukom²⁴ a rok nije fiksno određen, onda kupac na osnovu docnje u isporuci ne može da stekne pravo da ugovor raskine, već mu stoje na raspolaganju druga pravna sredstva. Ipak, docnja u isporuci se u jednom momentu pretvara u neisporuku, a kupac nesumnjivo ima pravo da raskine ugovor zbog neisporuke. Ovde se postavlja pitanje koji je to trenutak u kome se dešava taj prelaz, što je važno da bi se znalo kada kupac stiče pravo na raskid ugovora.

Bečka konvencija u tom smislu predviđa da kupac može odrediti prodavcu dodatni rok za izvršenje njegovih obaveza (čl. 47. st.1.), pa ako prodavac ne isporuči ni u tom roku onda on može raskinuti ugovor.²⁵ Kupac nije dužan da prodavcu ponudi dodatni rok, ali u praksi on to redovno čini jer je to uslov da bi stekao pravo da ugovor raskine. Međutim, da bi taj uslov bio ispunjen dodatni rok mora biti određen tako da bude razumne dužine, imajući u vidu sadržinu obaveze prodavca u konkretnom

²³ Vrhovni sud Nemačke je u odluci od 3. aprila 1996. g. naveo da činjenica da je prodavac dostavio kupcu neodgovarajuća uverenja o poreklu i kvalitetu robe nije dovoljna da konstituiše bitnu povredu ugovora i aktivira pravo kupca da ugovor raskine, www.cisg.law.pace.edu/cases/960403g1.html, 10.2.2017.

²⁴ Prodavac kasni sa isporukom kada ne isporuči robu u ugovorenom roku, odnosno u roku određenom na osnovu čl. 33. Konvencije. Moguće je i da kupac pre nego nastupi docnja prodavca odredi dodatni rok za isporuku, ali bi u tom slučaju rok počeo da teče od momenta kad prodavac padne u docnju, ako uopšte do toga dođe. U literaturi ovo shvatanje (koje autori izlažu kako u vezi sa docnjom prodavca, tako i kad je u docnji kupac) zastupa veći broj autora: M. Müller-Chen, „Article 47”, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. I. Schwenzer), Oxford 2010., 729; V. Knapp, „Article 63”, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Convention* (eds. C.M. Bianca, M.J. Bonell), Guiffre 1987., 459. Enderlein i Maskow navode da kupac može zahtevati raskid ugovora i pre nego prodavac zadocni sa isporukom ako on ima teškoće u njenom izvršenju, ali ne spore da dodatni rok ne teče sve dok prodavac ne zapadne u docnju. F. Enderlein, D. Maskow, „Article 63”, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications 1992., 237.

²⁵ Čl. 49. st 1(b).

slučaju.²⁶ Njegovim bezuspešnim istekom, ali i u slučaju da prodavac obavesti kupca da neće pružiti isporuku ni tokom njegovog trajanja²⁷, docnja u isporuci se pretvara u neisporuku i kupac može izjaviti raskid ugovora. Ovde se ne postavlja pitanje da li kašnjenje prodavca predstavlja bitnu povredu ugovora, ili ne; dovoljno je da su ispunjeni navedeni uslovi da se smatra, po samom pravu, da je takva povreda nastupila.

Raskid ugovora pre dospelosti obaveze (anticipatorni raskid): U ovom izuzetnom slučaju kupac može raskinuti ugovor zbog propusta prodavca (bitne povrede ugovora) čak i pre nego što je prodavčeva obaveza dospela na izvršenje, odnosno pre nego što se bitna povreda ugovora dogodila. On stiče ovo pravo samo pod uslovom da je pre isteka roka za izvršenje postalo jasno da će prodavac učiniti bitnu povredu ugovora,²⁸ tj. da će ona nastupiti u budućnosti. Raskid ugovora u toj situaciji je vid preventivne zaštite kupca kada se proceni da je „jasno”, tj. da postoji visok stepen verovatnoće da će se bitna povreda ugovora dogoditi. Pitanje da li postoji takva verovatnoća se procenjuje na osnovu objektivnih kriterijuma, sa stanovišta razumnog lica a ne na osnovu subjektivnih uverenja kupca²⁹. Ipak, da bi izjava o nameri da se ugovor raskine pre dospelosti prodavčeve obaveze proizvodila dejstvo ona mora biti data pre isteka roka u kome on treba da pruži ispunjenje. Ovo zato da bi se prodavcu omogućilo da održi ugovor tako što će pružiti dovoljno obezbeđenje da će svoje obaveze uredno izvršiti.³⁰

Raskid ugovora sa uzastopnim isporukama: Specifičnost ovog ugovora se ogleda u tome što prodavac ne ispunjava svoje obaveze trenutno, već sukcesivno. Pod tim okolnostima kupac, shodno čl. 73. Konvencije, ima tri različite mogućnosti: da raskine ugovor samo u delu koji se odnosi na jednu određenu isporuku; da raskine ugovor u odnosu

²⁶ To se procenjuje prema okolnostima konkretnog slučaja. Da bi proizvodio pravno dejstvo dodatni rok mora biti precizno, tj. dovoljno određen, npr. određenjem vremenskog perioda njegovog trajanja, ili navođenjem datuma kad ističe, ili upotrebom izraza koji imaju uobičajeno značenje u trgovini (odmah, čim bude moguće itd). J. Hannold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague 1999., 314; P. Huber, „Article 47”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. Viscasillas) München 2011., 703-705; M. Müller-Chen, 726.

²⁷ U ovom slučaju predviđena je teorija prijema, što proizlazi na osnovu pravila čl. 47. st. 2. Konvencije.

²⁸ Čl. 72. st. 1. Stavom 2. istog člana uređeno je pitanje roka i sadržine obaveštenja kojom strana koja ima nameru da raskine ugovor o tome izveštava drugu stranu, dok st. 3. predviđa da odašiljanje takvog obaveštenja nije obavezno ako je druga strana izjavila da neće izvršiti svoje obaveze. Ovde je reč o povredi ugovora koja nije specifična samo za prodavca, već je može učiniti i kupac.

²⁹ J. Hannold, 439; J. Perović, 252-253.

³⁰ Čl. 72. st. 2. Slanjem ovog obaveštenja, a pod uslovom da prodavac ne pruži obezbeđenje da će ugovor izvršiti, kupac može biti siguran da će bitna povreda ugovora nastupiti u budućnosti.

na buduće isporuke; da raskine ceo ugovor (u odnosu na buduće i već primljene isporuke),³¹

Prvu situaciju reguliše čl. 73. st. 1. po kome: „ako ... neizvršenje bilo koje obaveze jedne ugovorne strane koja se odnosi na jednu isporuku predstavlja bitnu povredu ugovora u vezi sa tom isporukom, druga strana može izjaviti da ugovor raskida u odnosu na tu isporuku.” Smisao navedenog pravila je da dopusti kupcu da isporuku svakog pojedinog obroka tretira kao poseban ugovor, pa ako propust u izvršenju tog pojedinog obroka ispunjava uslove bitne povrede ugovora onda on ima pravo da izjavi raskid samo u pogledu te, konkretne isporuke (ugovor u ostalom delu i dalje važi). Da bi to bilo moguće neophodno je da su pojedine isporuke međusobno nezavisne tako da se na svaku od njih mogu primeniti opšta pravila o raskidu ugovora na osnovu bitne povrede ugovora³².

Međutim, to nije uvek slučaj, odnosno nekada su okolnosti takve da neizvršenje, ili neuredno izvršenje pojedine isporuke, može za kupca značiti da će se šteta koju trpi usled toga odraziti i na buduće isporuke. Konvencija mu u tom slučaju daje pravo da raskine ugovor za ubuduće, ako se osnovano može zaključiti da će doći do bitne povrede ugovora u odnosu na buduće isporuke.³³ Step en i ozbiljnost buduće povrede se

³¹ Ovi se ugovori razlikuju od ugovora o prodaji kod kojih je ugovoreno da prodavac isporuči robu odjednom, pa zbog delimične isporuke to čini u delovima. To je značajno za raskid ugovora utoliko što se u slučaju delimične isporuke raskid može ostvariti i na osnovu proteka naknadnog roka (pozivom na čl. 49. st. 1 tač. b.), dok to kod ugovora sa sukcesivnim isporukama nije moguće. Raskid ugovora sa sukcesivnim isporukama je dopušten samo na osnovu čl. 73. Konvencije, koji to pravo kupca vezuje za postojanje bitne povrede ugovora. R. Hornung, „Article 73”, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. P. Schlechtriem, I. Schwenzer), Oxford 2005., 734-735.

³² U ovom kontekstu značajni su čl. 25, 49. i 64. Konvencije jer povredu ugovora sa uzastopnim isporukama mogu počiniti kako prodavac, tako i kupac.

³³ Čl. 73. st. 2. Smisao ove odredbe je da postavi posebno pravilo o raskidu ugovora pre dospelosti obaveze kod ugovora sa uzastopnim isporukama, ako nedostaci u ispunjenju pojedinog obroka daju osnove za zaključak da će doći do bitne povrede ugovora u odnosu na buduće isporuke. H. Fletcher, „Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C”, *Journal of Law and Commerce*, 8, 1988., 90. U sudskoj praksi se kao uobičajen razlog da će se dogoditi bitna povreda ugovora uzima činjenica da prodavac nije realizovao ni prvu isporuku, za koju je kupac već platio. V. odluka Trgovinskog suda u Cirihi, www.cisgw3.law.pace.edu/cases/970205s1.html, 12.2.2017; odluka Arbitražnog suda u Budimpešti, www.cisgw3.law.pace.edu/cases/990525h1.html, 12.2.2017; odluka Hamburške arbitraže, www.cisgw3.law.pace.edu/cases/981229g1.html, 12.2.2017. Ovde nije uslov da povreda ugovora u odnosu na pojedini obrok konstituiše i bitnu povredu ugovora, već da se na osnovu nje može zaključiti da će doći do bitne povrede ugovora u pogledu budućih obroka. V. odluku Provincijskog suda u Barseloni, www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13354, 12.2.2017. Takođe, kada postoje povrede u pogledu niza obroka, pri čemu ni jedna od njih sama za sebe ne konstituiše bitnu povredu ugovora, tada skup tih povreda može dati osnova kupcu da zaključi da će do bitne povrede ugovora doći u odnosu na buduće obroke. V. www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-73.html, 12.2.2017.

procenjuje, kao i kod anticipatorne povrede ugovora, prema standardu razumnog lica a ne prema subjektivnim očekivanjima kupca³⁴. Da bi proizvela dejstvo, izjava o raskidu mora biti data u razumnom roku³⁵.

Treća je situacija kada ni jedna pojedina isporuka nije dovoljna da bi se ostvarila svrha ugovora, već je za to neophodno da sve isporuke budu uredno izvršene. Kupac kod takvih ugovora može, pod uslovom da već raskida ugovor zbog bilo koje isporuke, istovremno raskinuti ugovor i za već primljene, ili za buduće isporuke ako se „zbog njihove međuzavisnosti ove isporuke ne bi mogle koristiti za svrhu koju su strane imale u vidu prilikom zaključenja ugovora.”³⁶ Na osnovu navedenog se izdvajaju tri uslova pod kojima kupac može da koristi ovo pravo: prvo, da je došlo do neizvršenja ugovora u pogledu jedne konkretne isporuke i da je ugovor raskinut u odnosu na tu isporuku zbog bitne povrede ugovora; drugo, da je zahtev za raskid izjavljen istovremeno sa zahtevom da se ugovor raskine u odnosu na isporuku koja nije izvršena, odnosno, koja je neuredno izvršena; i treće, da je ugovor o prodaji takve prirode da se njegova svrha može ostvariti samo kada su sve ili određene isporuke uredno ispunjene, jer su one međusobno tako čvrsto povezane i zavise jedna od druge, te neispunjenje jedne isporuke direktno pogađa ugovor u celini³⁷.

U ovom jedinom slučaju (čl. 73. st. 3) pravo da raskine ugovor ekskluzivno je na strani kupca i vezano je samo za slučaj kada prodavac povredi obavezu isporuke, dok pravo na raskid ugovora kod ugovora sa uzastopnim isporukama po osnovu st. 1. i 2. čl. 73. mogu koristiti kako kupac, tako i prodavac.

³⁴ R. Hornung, 737-738.

³⁵ Taj rok počinje da teče, prema preovlađujućem mišljenju u doktrini, onog momenta kada kupac postane svestan neizvršenja ugovorne obaveze. Dužina tog roka se procenjuje prema okolnostima konkretnog slučaja. *Ibid.*, 739.

³⁶ Upravo u tome je i osnov za raskid ugovora u ovom slučaju jer zbog međusobne zavisnosti između neizvršene isporuke, u odnosu na koju je ugovor raskinut zbog bitne povrede ugovora, s jedne strane, i ostalih budućih ili već izvršenih isporuka, s druge, ne može biti ostvarena svrha ugovora koju su strane ugovornice imale u vreme njegovog zaključenja. T. Bennett, „Art. 73”, *Bianca - Bonell Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sale Convention* (eds. C.M. Bianca, M.J. Bonell), 535.

³⁷ Tipičan primer za ugovor o prodaji sa uzastopnim isporukama koje su međusobno povezane jeste ugovor o prodaji složene mašine, čije delove sukcesivno isporučuje prodavac prema predviđenoj dinamici. U tom slučaju povreda obaveze isporuke u pogledu jednog dela mašine može dovesti u pitanje svrhu ugovora ako je ona trebalo da bude upotrebljena za početak proizvodnje ili za održavanja procesa proizvodnje određenog proizvoda.

3. Povreda ugovora od strane kupca (pravo prodavca da zahteva raskid ugovora)

Osnovne obaveze kupca su da plati cenu i da preuzme isporuku; pored toga on može imati i drugih ugovorenih obaveza. Propusti kupca s tim u vezi prodavcu daju pravo da raskine ugovor kada su ispunjeni uslovi za bitnu povredu ugovora. Van okvira bitne povrede ugovora prodavac može raskinuti ugovor i ako kupac ni u naknadnom roku ne plati cenu, ili ne preuzme isporuku.³⁸

Imajući u vidu da su pravilo o raskidu ugovora pre dospelosti obaveze (anticipatorni raskid) i pravilo o raskidu ugovora sa uzastopnim isporukama zajednička za kupca i prodavca, prodavac može pod istim uslovima kao i kupac³⁹ raskinuti ugovor i u tim slučajevima.

Propust da se plati kupovna cena: Propust kupca da plati cenu u predviđenom roku, po pravilu, nije razlog koji vodi bitnoj povredi ugovora jer se ne može smatrati da docnja kupca u ovom slučaju suštinski ugrožava prodavčev interes da primi novac⁴⁰. Ipak, ako je rok plaćanja dogovoren kao bitni element ugovora onda je bitna povreda razumljiva, a raskid ugovora za prodavca dostižan. Pored toga, konačno tj. definitivno odbijanje kupca da plati cenu, sa čime se može izjednačiti i slučaj kada je kupac postao insolventan, takođe može biti kvalifikovano kao bitna povreda ugovora. Na tom osnovu prodavac stiče pravo da ugovor raskine.

Propust kupca da preuzme isporuku: Kad kupac ne preuzima isporuku to, samo po sebi, nije tako ozbiljan propust da bi se konstituisala bitna povreda ugovora. Međutim, nekada prodavac ima posebni interes da se roba preuzme u ugovoreno vreme, npr. da bi oslobodio skladište ili transportne kapacitete za prijem druge robe. Tada se može prihvatiti da nepreuzimanje isporuke predstavlja bitnu povredu ugovora. Pored toga, činjenica da kupac značajno kasni sa preuzimanjem isporuke, kao i kada definitivno odbije da to učini, može biti dovoljna za postojanje bitne povrede ugovora te, shodno tome, i za konstituisanje prava prodavca da ga raskine⁴¹.

Neplaćanje cene i nepreuzimanje isporuke u naknadnom roku: Ako je kupac povredio ugovor tako što nije ispoštovao svoju obavezu da plati ili da preuzme isporuku, a prodavac nije siguran da su okolnosti pod

³⁸ Raskid ugovora od strane prodavca uređuje čl. 64. Konvencije, kojim je ovo pitanje uređeno na istim osnovama na kojima počiva i pravo kupca da raskine ugovor prema čl. 49.

³⁹ V. deo izlaganja koji se odnosi na pitanje kad kupac može raskinuti ugovor u navedenim slučajevima.

⁴⁰ G. Hager, „Article 64”, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. P. Schlechtriem, I. Schwenzer), 663.

⁴¹ G. Hager, 664.

kojima su ti propusti učinjeni dovoljni da ispune zahteve za bitnu povredu ugovora, onda on može steći pravo na raskid ako ostavi kupcu naknadni rok da otkloni nedostatke u izvršenju, pa ovaj to ne učini, ili odbije da to učini i u tom roku. U pitanju je raskid ugovora na osnovu čl. 64. st. 1(b), zbog proteka naknadnog roka, koji se realizuje po istim uslovima kao pravo kupca u analognoj situaciji, o čemu je bilo reči u izlaganju u okviru prethodnog podnaslova pa se ovde neće ponavljati.

4. Zaključak

Zahtev za raskid ugovora zbog toga što ga druga strana nije ispunila ili ga je neuredno izvršila je pravno sredstvo koje vodi oslobađanju strana od obaveze da izvrše ono što su ugovorom prihvatile kao svoju obavezu. Time se ovo, po ugovor najteže pravno sredstvo, suprotstavlja načelu *pacta sunt servanda*, zbog čega sva prava predviđaju uslove i ograničenja pod kojima se ono može realizovati.

U Bečkoj konvenciji se pravo na raskid ugovora načelno vezuje za bitnu povredu ugovora, koncept koji obezbeđuje da se njegova primena ograniči na najteže povrede ugovora. Međutim, pored ovog opšteg pravila, koje se primenjuje kod svih povreda ugovora u režimu Bečke konvencije, ovaj izvor prava sadrži i posebna pravila o karakterističnim povredama ugovora i uslovima pod kojima kupac, odnosno prodavac mogu steći i ostvariti pravo na raskid ugovora kako u okviru koncepta bitne povrede ugovora, tako i van toga. Analiza tih pravila ukazuje na složenost ovog pitanja, te potrebu da poverilac detaljno i svestrano analizira svaku konkretnu situaciju povrede ugovora od strane dužnika pre nego što odluči da započne realizaciju prava na raskid ugovora. Ovo zato što on ne može uvek biti siguran da je to pravo stekao i da će ga realizovati, posebno ako ga zasniva na bitnoj povredi ugovora jer dužnik može da ospori njeno postojanje i dokaže da povreda koju je počinio ne ispunjava uslove da bi se tako kvalifikovala.

Katarina Jovičić Ph.D

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

PARTICULAR CASES WHEN THE CONTRACT CAN BE TERMINATED ACCORDING TO VIENNA CONVENTION

Summary

Termination of the contract is a remedy that affects the contract on the hardest way and it is allowed, subject to certain limitations and conditions, in the legal regime of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. The most important requirement that must be fulfilled for the creditor to gain this right is that the debtor breached the contract so seriously and severely that his actions fit into the concept of fundamental breach of contract. This general rule applies to all breaches of contract, but the termination of contract can be achieved in certain cases independently of the concept of fundamental breach of contract. Within context of specific subtitles in this work the conditions for termination the contract are specified and analyzed in situation where that right acquires the buyer, because of the seller's breach of his characteristic contractual obligations, and when that right is acquired by the seller, on the basis of typical breach of contract by the buyer. In conclusion, it is noted that it is in the creditor's interest that, before deciding to begin with the procedure of realization of termination the contract, analyze the existing situation in detailed manner and comprehensively because he cannot always be sure that he will be able to finish that procedure successfully.

Key words: The Vienna Convention, breach of contract by the seller, breach of contract by the buyer, fundamental breach of contract, termination of contract.

ARBITRAŽA I MEDIJACIJA U SPORTU

Apstrakt

Profesionalni sport nije aktivnost namijenjena entuzijastima. To je visokovrijedna gospodarska grana globalnog značenja. Međutim, za razliku od „običnih“ poslovnih aktivnosti sport se odvija prema vlastitim pravilima. Šira javnost ne zna² da je sport regulirana aktivnost, samo što pravila nisu donijela zakonodavna tijela. Vjerojatno svaka država na svijetu ima svoj Zakon o sportu kojim se daje samo zakonodavni okvir unutar kojega će se aktivnosti odvijati, ali sporovi u vezi sporta se rijetko vode pred državnim sudovima. Izadu u javnost tek kada je protagonist velika sportska zvijezda. Stoga je cilj je ovoga članka reći nešto o sportskoj arbitraži, recentnim izmjenama pravila po kojima se ona provodi, sudištima, poništavanju arbitražnih odluka, te medijaciji.

Ambicija je ovog članka da kroz presude CAS-a i švicarskog Vrhovnog suda damo uvid u sportsku arbitražu. CAS se tijekom svog tridesetdvo godišnjeg djelovanja izrastao u „Vrhovni sud sporta“. Nedavno okončan slučaj Pechstein najavljivan je kao kraj CAS-a, međutim, sudište i dalje nastavlja s radom uživajući i nadalje reputaciju mjesta koje je kvalificirano i stručno arbitrirati u sporovima vezanim za sport. Fokus članka je na tužbi za poništaj arbitražnog pravorijeka za koje je nadležan švicarski Vrhovni sud.

Kao problem ističemo stranačku autonomiju, tj. nedostatak iste kod potpisivanja ugovora sportaša i asocijacija kojima pripadaju, a temeljem kojih im se nameće podvrgavanje jurisdikciji CAS-a, i posljedično, švicarskom Vrhovnom sudu. Zbog toga se kao bolja, tj. brža, jednostavnija i jeftinija solucija nameće alternativno rješenje spora putem medijacije.

Ključne riječi: *sportska arbitraža, CAS, medijacija, preispitivanje pravorijeka.*

¹ Izvanredni profesor, Pravni fakultet u Osijeku, email: vpuljko@pravos.hr

² Kod nas je situacija ponešto drugačija, puno se o tome govori i piše, svi znamo zašto, pa je Hrvatski Zakon o sportu doživio 8 izmjena od donošenja 2006, *Narodne novine* br. 71/06., 150/08., 124/10., 124/11., 86/12. i 94/13, 85/15 i 19/16.

1. Sportska arbitraža

Sporovi u sportu „oduvijek“ se rješavaju arbitražom. Primjerice, u čl. 64. st. 2 Statuta Hrvatskog nogometnog saveza određeno je da: „U slučaju spora za koje su nadležna pravosudna tijela FIFA-e, UEFA-e, CAS-a³, Arbitraže i Arbitražnog suda Saveza ili pravnih tijela Saveza subjekti iz stavka 1. ovog članka obvezuju se da spor neće iznositi pred redovne sudove.“⁴ Uporaba arbitraže za rješavanje prijedora koji nastaju u vezi „načela vezanih za sport, novčanih ili drugih interesa u vezi sa prakticiranjem ili razvojem sporta, uključujući, općenito sve aktivnosti ili pitanja povezana sa sportom“⁵ funkcionira uspješno zato što se u njima najbolje koriste sve njezine prednosti. Arbitraža je prije svega „privatna“ nema javnosti sudskog postupka, stranke same dogovaraju rješavanje spora na takav način, karakterizira je fleksibilna i neformalna procedura, te stručnost, neovisnost i nepristranost osobe pred koju se spor iznosi. Odluka se donosi brzo uz manje troškove, a stranke su obvezne odluku prihvatiti, što one i čine. Većinom. Međutim, u posljednje vrijeme raste broj slučajeva u kojima se preispituje pravorijek sportskih sudišta i tijela koja su ovlaštena donositi odluke u sporovima. Velik broj slučajeva u kojima se preispituje arbitražna odluka pred švicarskim Vrhovnim sudom odnosi se na odluke koje je donio CAS. Čini se da je sve manje zadovoljnih stranaka⁶.

Sve prethodno nabrojane prednosti arbitraže čine je gotovo savršenom za rješavanje sportskih sporova. Međutim, pravila, sportskih udruženja, federacija i organizacija⁷, CAS-a, vidjet ćemo kasnije, i

³ Sportski arbitražni sud, najvažnije sportsko sudište, CAS je skraćenica engleskog naziva *Court of Arbitration for Sport* u ravnopravnoj uporabi je i skraćenica TAS, francuski, Tribunal arbitral du sport. ICAS je engleska skraćenica za *International Council of Arbitration for Sport* tj. Međunarodno vijeće za sportsku arbitražu. CAS i ICAS su, sukladno Kodeksu CAS-a o sportskoj arbitraži, tijela zadužena za rješavanje sporova u sportu. ICAS je engleska skraćenica za *International Council of Arbitration for Sport* tj. Međunarodno vijeće za sportsku arbitražu. CAS i ICAS su, sukladno Kodeksu CAS-a o sportskoj arbitraži, tijela zadužena za rješavanje sporova u sportu

⁴ Statut Hrvatskog nogometnog saveza dostupan je na: <http://hns-cff.hr/files/documents/118/Statut.pdf>, 9. 6. 2016.

⁵ Čl. 27. Postupovnih pravila Kodeksa CAS-a o sportskoj arbitraži *Code of Sports-related Arbitration* (dalje u tekstu Postupovna pravila CAS-a), <http://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>, 9. 6. 2015. Na snazi od 1. siječnja 2016. 9. 6. 2015.

⁶ Na stranici <http://www.swissarbitrationdecisions.com/> može se dobiti dobar uvid u količinu predmeta u kojima se traži poništaj pravorijeka CAS-a, od 2008. do 2015, 11. 6. 2016.

⁷ Statut Hrvatskog olimpijskog odbora u čl. 13. određuje da: „HOO ima isključive ovlasti predstavljanja hrvatskog sporta na olimpijskim igrama, te svjetskim, europskim i regionalnim višesportskim natjecanjima koja se održavaju pod pokroviteljstvom MOO-a ili Europskih olimpijskih odbora, te: HOO odlučuje o prijavi sportaša koje su predložili njihovi nacionalni savezi. Izbor sportaša temelji se ne samo na sportskom dostignuću već i na njihovim sposobnostima da budu primjer mladosti svoje zemlje. O usklađenosti prijava nacionalnih saveza s odredbama Olimpijske povelje brine HOO.“, nadalje, u čl. 72. je određeno da: „Žalba na spor do kojeg dođe prigodom ili u svezi s olimpijskim igrama isključivo se podnosi Sportskom arbitražnom sudu u Lausanni sukladno Kodeksu sportske arbitraže.“

švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu i Zakona o Vrhovnom sudu (Švicarske), koja reguliraju arbitražni postupak u sporovima vezani uz sport prisilne su naravi. Ako ste član, primjerice, Hrvatskog plivačkog, teniskog, nogometnog ili bio kojeg drugog saveza pravila tih organizacija u vezi arbitraže morate poštovati. S druge strane, ono što karakterizira arbitražu je činjenica da nastaje kao rezultat slobode ugovaranja. U Hrvatskom zakonu o arbitraži⁸ stoji: „arbitraža“ (izbrano suđenje) je suđenje pred arbitražnim sudom bez obzira organizira li ga ili njegovo djelovanje osigurava arbitražna ustanova ili ne,“ i „arbitražni sud“ (izbrani sud) je nedržavni sud koji svoje ovlaštenje za suđenje crpi iz sporazuma stranaka.“ Kada je u pitanju sportska arbitraža nema tu puno izbora. Volja stranaka je irelevantna osim u slučaju mogućnosti da u arbitražni sporazum unesu klauzulu da se unaprijed odriču postupka za poništaj pravorijeka. Presuda čiji se dijelovi često citiraju kada se raspravlja o slobodi uređenja ugovornih odnosa kod sportaša donesena je u tzv. slučaju *Canas*⁹. *Guillermo Canas* bio je profesionalni tenisač, član ATP-a, *Association of tennis professionals*. Na turniru u Acapulcu podvrgnut je dopińskoj kontroli. Na testu je otkriveno da je koristi sredstva koja se nalaze na ATP-ovoj listi zabranjenih. Anti doping tribunal na dvije godine mu je zabranio nastupanje, te mu je određeno da vrati novac koji je osvojio na turniru. Budući da je Canas potpisao tzv. Igrački pristanak i sporazum s ATP-ovim službenim pravilnikom (*player consent and agreement to ATP official rulebook*) na odluku Tribunala mogao se žaliti samo CAS-u. U postupku pred CAS-om je utvrđeno da je Canasu liječnik zabunom dao trenerov lijek, te, prema tome on zabranjenu tvar nije uzeo namjerno, ali je ona svejedno utjecala na njegovu izvedbu pa mu je kazna smanjena na 15 mjeseci. Canas je protiv ovoga pravorijeka podnio tužbu za poništaj pred švicarski Vrhovni sud. ATP iznosi prigovor da se Canas potpisujući „Sporazum“ odrekao prava na podnošenje tužbe za poništaj pravorijeka. Doista, čl. 192. st. 2. švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu određuje da stranke, koje nisu državljani Švicarske, ugovorom mogu isključiti primjenu odredbi o tužbi za poništaj pravorijeka. Vrhovni sud je presudio da, iako je „Sporazum“ koji je Canas potpisao s ATP-om formalno valjano odricanje od tužbe za poništaj pravorijeka, on nije rezultat dogovora dvaju ravnopravnih strana. Naprotiv, sportske organizacije kontroliraju svoje članove i njihovo ponašanje pravilima, „sporazumima“ i odlukama koje su ovi prisiljeni potpisati da bi se uopće mogli profesionalno baviti sportom. Nad njima nema sudske kontrole, te ona nisu podložna provjeri usklađenosti s javnim poretком. Iako je

⁸ Zakon o arbitraži, *Narodne novine*, broj 88/2001, čl. 2 st. 1.

⁹ Presuda Vrhovnog suda od 22. 3. 2007., 4P.172/2006.

ovako argumentirao Vrhovni sud je odlučio da je takav „sporazum“ ipak za igrača obvezujući. Vrhovni sud je odluku CAS-a poništio zbog povrede prava na saslušanje pred sudom i vratio mu je na ponovno odlučivanje. U ponovljenom postupku donesen je isti pravorijek.

2. Sportski arbitražni sud - CAS

Za rješavanje sportskih prijepora osnovan je CAS – Sportski arbitražni sud¹⁰, kao tijelo unutar Međunarodnog olimpijskog odbora, godine 1984. „Vrhovni sud sporta“¹¹. CAS je neovisno i dobro organizirano međunarodno sportsko sudište s više od 30 godina postojanja. Obuhvaća Redovan i Žalbeni arbitražni odjel. Za velika sportska događanja kao što su olimpijske igre ili svjetska nogometna prvenstva osnivaju se *ad hoc* odjeli. Jurisdikciju crpi iz arbitražne klauzule u ugovoru, ugovora o arbitraži, pravila (sportskih udruženja) ili mjerodavnog (sportskog) prava¹². Sporovi se rješavaju unutar vijeća (Panels), koja se sastoje od jednoga ili tri arbitra, čija je svrha (mission)¹³ rješavanje sporova u vezi sa sportom putem arbitraže ili medijacije u skladu s proceduralnim pravilima CAS-a. CAS osigurava konstituiranje vijeća, osigurava infrastrukturu i učinkovito provođenje postupaka. Vijeća, između ostalog, rješavaju sporove dodijeljene putem redovne arbitraže, a kao prizivna tijela rješavaju sporove u vezi odluka federacija, udruženja, ili drugih tijela vezanih uz sport, te njihove statute i pravila, te sporove u kojima se traži medijacija.

Arbitrare i medijatore za postupke arbitraže imenuje ICAS¹⁴. Na CAS-ovoj listi se trenutno nalaze 352 arbitra i medijatora¹⁵. Sa liste stranke u postupcima biraju arbitra ili medijatora. Lista je „zatvorena” - za arbitre mogu se imenovati samo osobe s liste. To moraju biti osobe čije su kvalifikacije privukle pažnju ICASA-a, s prikladnom pravnom praksom, s iskustvom u sportskom pravu ili međunarodnoj arbitraži, dobri

¹⁰ Unatoč hrvatskom prijevodu, Sportski arbitražni sud, koji se koristi u svim službenim dokumentima u nas se uvijek naziv CAS koji će se koristiti i za potrebe ovoga članka.

¹¹ R.H. McLaren, „Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for Sport: A Look in the Rear-View Mirror“, *Marquette Sports Law Review* 20/2010., 305-333.

¹² Čl. 27. Postupovnih pravila CAS.

¹³ Čl. 12. Statuta tijela zaduženih za rješavanje sporova u sportu (*Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes*), <http://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>, 9. 6. 2016.

¹⁴ ICAS je engleska skraćenica za *International Council of Arbitration for Sport* tj. Međunarodno vijeće za sportsku arbitražu. CAS i ICAS su, sukladno Kodeksu CAS-a o sportskoj arbitraži, tijela zadužena za rješavanje sporova u sportu. Čl. 6. Statuta tijela zaduženih za rješavanje sporova u sportu određuje dužnosti ICASA-a. Između ostalog ICAS: „(...) imenuje arbitre za listu CAS-ovih arbitara i medijatora; također ih uklanja s te liste;”, a čl. 33. Postupovnih pravila CAS-a određuje da: „svaki arbitar s liste koju kreira ICAS, u skladu s ovlastima Statuta, mora (...)“.

¹⁵ Lista je dostupna na <http://www.tas-cas.org/en/arbitration/list-of-arbitrators-general-list.html>, 17. 9. 2016.

poznavatelji sporta općenito i s dobrim poznavanjem najmanje jednoga od službenih jezika suda. Na listu je ICAS ovlašten staviti i osobe za koje smatra da imaju stručnost i znanje za rješavanje točno određenih vrsta sporova. Ove odredbe omogućuju efikasnije rješavanje sporova i ujednačenu praksu što je glavna prednost ovoga sustava. Međutim, zatvorena lista znači još jedno ograničenje stranačke autonomije.

Na listi ne može biti manje od 150 arbitara i 50 medijatora. Imenuju se za razdoblje od četiri godine. Kodeks poseban naglasak stavlja na osiguranje neovisnosti, nepristranosti i objektivnosti arbitra. U tu svrhu, oni se pismeno obvezuju, te ne mogu sudjelovati kao savjetnici i zastupnici u postupcima pred sudom. Dužni su čuvati kao službenu tajnu sve što se u postupcima otkrije. Arbitri mogu biti izuzeti čak ako postoji samo sumnja u njihovu nepristranost. Ovo također vrijedi i za predsjednike Odjela (Redovnog ili Prizivnog), povezanost s jednom od strana u bilo kojem postupku koji se vodi u Odjelu Povreda bilo koje od nabrojanih obveza razlog je za micanje (privremeno ili trajno) s liste arbitara¹⁶.

Postupak se pokreće zahtjevom. CAS zahtjev šalje drugoj strani, traži očitovanje o zahtjevu, te o pravu mjerodavnom za meritum spora¹⁷. U roku koji propisuje CAS mora se odgovoriti, eventualno predložiti arbitra s CAS-ove liste, te predati protuzahjev. Vijeće kojemu je predmet dodijeljen prije nego započne sam postupak arbitraže donijeti će odluku o nadležnosti (preliminarno ili u pravorijeku). Ako nađe da nije nadležno pozvat će stranke da se pisanim podneskom stave pod jurisdikciju suda.

Stranke sporazumno biraju arbitra/arbitre. Ako su u vijeću tri arbitra svaka od strana bira jednoga, a izabrani arbitri biraju predsjednika vijeća. Arbitar će biti imenovan u postupku tek kada predsjednik odjela potvrdi njegovu nominaciju. Prije toga on još jednom provjerava jesu li osigurane objektivnost i neovisnost arbitra.

U postupku se saslušavaju stranke, svjedoci i vještaci koje su stranke predložile. Vijeće/ arbitar može odlučiti ne provesti saslušanje. Može odbiti saslušanje svjedoka i vještaka ako ih smatra nevažnim¹⁸. Pravorijek se donosi većinom glasova.

3. Pravna sredstva protiv pravorijeka

CAS uživa veliku autonomiju s obzirom na činjenicu da njegove odluke mogu značajno utjecati na živote sportaša. Za mnoge od njih

¹⁶ Čl. 13 – 19 Statuta tijela zaduženih za rješavanje sporova u sportu.

¹⁷ Ako stranke ne odaberu mjerodavno pravo, primjenjuje se švicarsko pravo, čl. 45. Postupovnih pravila CAS.

¹⁸ U slučaju hrvatskog reprezentativca Josipa Šimunića odbijanje Vijeća da dopusti dodatna pitanja vještaku bio je razlog za podnošenje tužbe za poništaj pravorijeka CAS-a švicarskom Vrhovnom sudu. Josip Šimunić smatrao je da je povrijeđeno njegovo pravo na saslušanje. V. bilješku 25.

pravorijek CAS-a značio je kraj karijere¹⁹ jer je odluka suda nepromjenjiva i stranke je moraju poštovati i provesti. U čl. 46. Postupovnih pravila CAS-a određeno je da je pravorijek, oglašen putem pisarnice CAS-a, konačan i obvezujući za stranke²⁰. Odluku koju je CAS donio u prvom stupnju moguće je preispitati (čl. 47. Postupovnih pravila CAS-a) pred Žalbenim odjelom. Odluke sportskih tijela, federacija i udruženja preispituje CAS ukoliko je to dopušteno pravilnicima i kodeksima tih tijela²¹.

Jedini pravni lijek protiv odluke Žalbenog odjela je (ako to klauzulom ili ugovorom nije isključeno) tužba za poništaj pravorijeka. Poništaj se može zatražiti samo pred (Federalnim) Vrhovnim sudom Švicarske. Postupak se vodi temeljem švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu²², dvanaestog poglavlja toga akta, koja regulira arbitražu s međunarodnim obilježjem. Budući da je u čl. 176. toga Zakona propisano, isto kao i u čl. 46. Postupovnih pravila CAS-a, da se „Odredbe ovog poglavlja primjenjuju na arbitraže ako je sjedište suda u Švicarskoj, te ako, najmanje jedna stranka, u vrijeme zaključenja ugovora o arbitraži, nije državljanin Švicarske, ili ima prebivalište u istoj.“ Budući da je sjedište CAS-a u Švicarskoj, Lausanne. Švicarski Vrhovni sud nadležan je za poništaj arbitražnog pravorijeka temeljem čl. 192. st. 2. Zakona o međunarodnom privatnom pravu koji izričito određuje da se „tužba za poništaj pravorijeka može podnijeti samo Švicarskom federalnom vrhovnom sudu. Postupak je uređen čl. 77.

¹⁹ Jedan od najrecentnijih slučajeva, koji zaokuplja pažnju šire javnosti je pravorijek zbog kojeg je predsjednik UEFA-e Michel Platini dao ostavku na dužnost. Naime, FIFA je suspendirala Platina na 8 godina iz svih aktivnosti vezanih za nogomet zbog sumnje na korupciju. Platini je, temeljem usmenog ugovora, od Seppa Blattera dobivao dodatne isplate za svoje savjetničke usluge. U žalbenom postupku FIFA je smanjila kaznu na 6 godina. Nezadovoljni Platini podnio je žalbu na odluku FIFA-e CAS-ovom žalbenom odjelu. CAS je „samo“ smanjio kaznu na 4 godine iako „nije bio siguran u zakonitost usmenog ugovora“, te je potvrdio sukob interesa suprotan FIFA-inu Etičkom kodeksu. Platini je dao ostavku i nastavlja „pravnu bitku“ pred švicarskim Vrhovnim sudom kao sljedećom instancom.

²⁰ „The award, notified by the CAS Court Office, shall be final and binding upon the parties subject to recourse available in certain circumstances pursuant to Swiss Law within 30 days from the notification of the original award. It may not be challenged by way of an action for setting aside to the extent that the parties have no domicile, habitual residence, or business establishment in Switzerland and that they have expressly excluded all setting aside proceedings in the arbitration agreement or in a subsequent agreement, in particular at the outset of the arbitration.“

²¹ Čl. 11. st. 2. Statuta Hrvatskog nogometnog saveza određuje da: „Savez, njegova tijela i službene osobe, članovi Saveza, liga, klubovi, igrači, treneri, nogometni suci, službene osobe, licencirani posrednici za organizaciju utakmica, licencirani posrednici za transfere igrača i drugi pripadnici nogometnog sporta dužni su: d) priznati nadležnost Arbitražnog suda za sport (CAS) u Lausanni (Švicarska), kao što je utvrđeno relevantnim odredbama Statuta FIFA-e i UEFA-e.“

²² Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRG, na snazi od 18. prosinca 1987., izmjene stupile na snagu 1. lipnja 2014.

Zakona o švicarskom vrhovnom sudu od 17. 6. 2005.²³ Ovakvo je uređenje jedinstveno u komparativnom pravu²⁴.

Tužbu za poništaj pravorijeka može podnijeti samo osoba koja je stranka u arbitražnom postupku. Postupak poništaja mora biti pokrenut unutar roka od 30 dana od dana primitka pravorijeka (čl. 100. st. 1. Zakona o Vrhovnom sudu). Rok je prekluzivan. Iznimno, u slučaju neotklonjivih zapreka za stranku ili njezina zastupnika rok se može produžiti na još 30 dana.

Zanimljivo je određenje iz čl. 40. Zakona o Vrhovnom sudu koji propisuje da odvjetnik u tužbama za poništaj pravorijeka može biti samo osoba koja je član švicarske odvjetničke komore ili je ovlaštena međunarodnim ugovorom obavljati praksu u Švicarskoj.

Prema čl. 190. st. 2. švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu pravorijek se može poništiti ako arbitražni sud nije konstituiran prema pravilima, ako se arbitražni sud pogrešno proglasio nadležnim, odnosno nenadležnim, ako je arbitražni sud odlučio preko granice zahtjeva, ili je propustio odlučiti o nekom od zahtjeva, ako su prekršena bitna procesna pravila²⁵, te ako je pravorijek suprotan pravnom poretku. Vrhovni sud svoju odluku donosi na temelju činjenica koje su ustanovljene u prethodnom postupku, nema novog saslušanja stranaka, niti prezentiranja novih dokaza. Važno je napomenuti da je „saslušanje“

²³ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal federal, stupio na snagu 1. 1. 2007.

²⁴ J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson Sweet & Maxwell, London 2007., 705.

²⁵ Presuda Vrhovnog suda broj 4A_544/2014. Primjer pravorijeka za koji se tražilo ukidanje po ovoj osnovi je već je spomenut slučaj hrvatskog reprezentativca Šimunića. Presuda Vrhovnog suda objavljena je 29. 4. 2015. Osnova za poništaj pravorijeka bio čl. 190. st. 2. točka d koji određuje da se pravorijek može poništiti ukoliko se stranci onemoguću pravo na saslušanje i ako joj se ne omogući ravnopravnost u postupku. Ovo je pravilo prekršeno, prema Šimunićevu mišljenju, tako što je sudac u arbitražnom postupku ograničio ispitivanje vještaka druge strane, preciznije, smatrao je da su dodatna pitanja nevažna, te da neće utjecati na njihovu odluku. Kratko podsjetimo da je Josip Šimunić nakon utakmice s Islandom, koja je bila odlučujuća za odlazak u Brazil na svjetsko prvenstvo, u mikrofon uzvikivao „za dom spremni“ koje je FIFA-in Disciplinski odbor proglasio diskriminativnim riječima koje vrijeđaju dostojanstvo određene skupine. Kažnjen je s 10 utakmica neigranja za reprezentaciju i novčanom kaznom u visini 30 000,00 švicarskih franaka. Šimunić se na odluku žalio FIFA-inu Žalbenom odboru koji je potvrdio odluku. Nakon toga Šimunić ulaže žalbu CAS-u koji 10. 5. 2014. odbacuje žalbu. Šimunić od Vrhovnog suda traži poništaj odluke jer mu je povrijeđeno pravo na saslušanje i jednakost u postupku na način da je predsjednik vijeća odbio pitanja o stručnosti i vjerodostojnosti vještaka druge strane. Vrhovni sud odbija zahtjev za poništaj pravorijeka zato što je Šimunićev odvjetnik propustio skrenuti pažnju suda na povredu prava. Stoviše, izjavio je da je „vrlo zadovoljan načinom na koji se Vijeće odnosilo prema njima.“ Osim toga, Vrhovni sud smatra da Vijeće može odbiti ispitivanje ako smatra da su pitanja nevažna za odluku, već bila postavljena ili činjenice na koje se pitanja odnose neće utjecati na rezultat. Presuda je dostupna na <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/24%20f%C3%A9vrier%202015%204A%20544%202014.pdf>, 11. 6. 2016.

moguće samo onda ako suci u vijeću ne donesu jednoglasnu odluku o nacrtu odluke. Naime, predsjednik 1. građanskog odjela dodjeljuje slučaj sucu ili pravnom službeniku koji izrađuje nact odluke. Suci odluku proglašavaju ako se s njom slože. Ako se ne slože, „sasluša“ se onaj čije se mišljenje razlikuje²⁶. Nema, dakle, saslušanja stranaka.

Zaključno ovom poglavlju u kome je dan kratak pregled najvažnijih pravila koja reguliraju postupak poništaja pravorijeka iznosimo slučaj Pechstein, koji je CAS nazvao „ugrožavanjem arbitraže“²⁷. Međutim, slučaj Pechstein daje dublji uvid u sportsku arbitražu, te postavlja pitanja o autonomiji sportaša naspram sportskih organizacija kojima pripadaju.

Claudia Pechstein je njemačka natjecateljica u brzom klizanju. Jedna je od najtrofejnijih i najboljih svjetskih sportašica. Njezin pohod protiv sustava kroz različite jurisdikcije započeo je 2009. Optužena je za doping, kao prva sportašica, na temelju krvnog profiliranja²⁸ koje je uvela ISU (*International skating union*) – Međunarodna klizačka unija. MKU ju je suspendirala iz svih natjecanja na dvije godine. Claudia se na tu odluku žali CAS-u temeljem sporazuma o arbitraži koji je dio njezine licence koju je potpisala s nacionalnom i Međunarodnom klizačkom unijom. CAS odbija njezin zahtjev i potvrđuje kaznu²⁹. U postupku je fokus stavljen na dokazivanje dopinga i proceduru uzimanja krvi. Podnesena je tužba za poništaj pravorijeka švicarskom Vrhovnom sudu³⁰ koji potvrđuje odluku CAS-a. Claudia Pechstein u međuvremenu podiže pred mjesno nadležnim sudom u Münchenu tužbu kojom od MKU traži odštetu od 4 mil eura³¹. Iako je sud arbitražnu klauzulu smatrao nevaljanom, donosi presudu kojom CAS-ovu odluku podupire kao *res judicata* jer Pechstein nije pred CAS-om osporavala njegovu nadležnost temeljem nevaljale klauzule. Na ovu odluku je izjavljena žalba Visokom pokrajinskom sudu.

²⁶ A. Rigozzi, „Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport“, *Journal of International Dispute Settlement*, 1/2010, 219.

²⁷ Priopćenje CAS-a u vezi s odlukom Visokog pokrajinskog suda u Münchenu u slučaju Pechstein dostupno je na http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_statement_ENGLISH.pdf, 18.9.2016. U njemu se, između ostalog navodi: „The fact that State courts would reopen cases involving their national athletes endangers the international effectiveness and the harmony of the decisions rendered in disciplinary matters related to sport.“

²⁸ Imala je povećan broj crvenih krvnih zrnaca koji je nastao, prema tvrdnjama MKU, zbog uzimanja sintetičke verzije rekombiniranog humanog eritroproteina koji povećava proizvodnju crvenih krvnih zrnaca u koštanoj srži te na taj način povećava opskrbu kisikom. Claudia je tvrdila da je takvo stanje rezultat genetskog nasljeđa.

²⁹ CAS 2009/A/1912 & 1913 and CAS OG 10/04.

³⁰ Presuda 4A_144/2010, <http://static.isu.org/media/102872/28-septembre-2010-4a-144-2010-german-original.pdf>, 18.9.2016.

³¹ Presuda LG München I, 26.02.2014 - 37 O 28331/12, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2014-N-04323?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1>, 18.9.2016.

On donosi odluku³² kojom CAS-ov pravorijek proglašava suprotnim njemačkom javnom poretku jer je arbitražna klauzula na kojoj se temelji CAS-ova nadležnost, a koju je Claudia potpisala kao dio licence s MKU, suprotna njemačkom (i europskom?) antimonopolskom zakonu. Temeljem članka V. (2) b Njujorške konvencije³³ odbijeno je njezino priznanje u Njemačkoj. Razlog je jednostavan. Sud smatra da su međunarodna sportska udruženja monopolisti; oni kontroliraju (tržište) međunarodna sportska natjecanja i niti jedan sportaš, ako se uzdržava od tih natjecanja ne može si priuštiti da se ne natječe. Oni, sportska udruženja, to koriste i prisiljavaju ih na potpisivanje štetnih ugovora. Njemački zakon protiv monopola (kao i svaki drugi) zabranjuje iskorištavanje dominantnog položaja na tržištu za nametanje ugovornih uvjeta koji su drugoj strani štetni, a koji se u normalnoj tržišnoj utakmici ne bi mogli ugovarati. Samu arbitražnu klauzulu sud ne smatra protivnom njemačkom pravu, naprotiv smatra dobrim postojanje uniformiranih pravila koji reguliraju sportsku djelatnost i sudišta na kojima sude eksperti u tom području. Sud najveći problem vidi u samom CAS-u, tj. načinu na koji se biraju arbitri. Za sud je problematično što arbitre biraju međunarodna sportska tijela i organizacije, posebice Međunarodni olimpijski odbor.

MKU se žali njemačkom Saveznom sudu (*Bundesgerichtshof*) koji je nedavno, 2. lipnja, donio odluku³⁴ kojom je sačuvao autoritet CAS-a i kojom je očuvao red u sportskom arbitražnom sudovanju – odlučio je protiv Claudie Pechstein i tako, i dalje zadnju riječ u sportskim prijedorima ima CAS. Ali Claudia Pechstein najavljuje žalbu njemačkom Ustavnom sudu (*Bundesverfassungsgericht*)

4. Medijacija kao alternativni način rješavanja sporova

Donedavno se većina prijedora u sportu rješavala arbitražom. Međutim, sukladno olimpijskoj devizi *citius, altius, fortius* traže se nova rješenja. Može se brže i bolje od arbitraže. Medijacijom. Medijacija je, jednostavno rečeno, institucionalni način rješavanja sporova u kome stranke, uz pomoć treće osobe, rješavaju prijemor.

³² Presuda OLG München, Urteil v. 15.01.2015 – U 1110/14, <http://www.gesetzebayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2015-N-02086?hl=true>, 18. 9. 2016.

³³ Konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. Konvencija je objavljena u *Službenom listu SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/81. Notifikacijom o sukcesiji Hrvatska je postala strankom Konvencije 8. listopada 1991. (*Narodne novine – Međunarodni Ugovori*, br. 4/1994).

³⁴ Presuda KZR 6/15, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75021&pos=0&anz=1>, 18. 9. 2016.

U tu svrhu, 1. rujna 2013. na snagu su stupila Pravila CAS-a o medijaciji. Uvodno je, u čl. 1. navedena definicija medijacije³⁵ te njezini zadaci; medijacija je neobvezujući i neformalan postupak, utemeljen na sporazumu, u kome svaka strana obvezuje na pokušaj da, u dobroj vjeri, pregovara s drugom stranom u cilju rješavanja spora vezanog uz sport. Strankama u pregovorima pomaže CAS-ov medijator. Medijacija je predviđena za rješavanje ugovornih sporova. Sporovi povezani s disciplinskim postupcima koji imaju veze s, primjerice, dopingom, namještanjem utakmica ili korupcijom su izričito isključeni iz medijacije. Ipak, u pojedinačnim slučajevima, kada okolnosti nalažu da se strane brzo, „expressly“, dogovore, i u disciplinskim slučajevima moguća je medijacija.

Ugovorom o medijaciji, koji može biti u zaseban ugovor ili obliku klauzule u glavnom ugovoru, stranke pristaju da svoj prijedor u vezi sporta riješe na miran način, medijacijom. Ako je sporazumom predviđena medijacija pred CAS-om primjenjuju se CAS-ova pravila o medijaciji³⁶.

Postupak vodi medijator koji se bira s liste koju kreira ICAS. Medijatori se izabiru na 4 godine. Nakon što im istekne mandat mogu biti ponovno izabrani. Stranke mogu medijatora izabrati sporazumno, a ako to ne učine imenovat će ga Predsjednik CAS-a, u dogovoru sa strankama. Naravno, s liste medijatora. Jedan od važnijih zahtjeva, koji je izričito naveden u Pravilima je: medijator mora osigurati vrijeme u kojem će se u potpunosti posvetiti postupku medijacije da se postupak provede brzo i učinkovito. Medijator mora zadržati nepristranost i neovisnost o strankama. Dužan je otkriti svaku okolnost koja bi u pitanje mogla dovesti njegovu objektivnost u očima stranaka. Stranke se mogu, unatoč takvim okolnostima, pismeno sporazumjeti da medijator nastavi s postupkom. Ako stranke prigovore ili posumnjaju u sposobnost medijatora da postupak uspješno dovede do kraja, ili ako se sam medijator izuzme iz postupka, predsjednik CAS-a će, u dogovoru sa strankama imenovati novog (čl. 6. Pravila o medijaciji).

Sam je postupak medijacije neformalan, bez čvrsto utvrđenog okvira u kojem se odvija. Stranke mogu same odrediti kako će postupak teći. Ako takvog dogovora ne bude medijator određuje tijek postupka, uzimajući pri tom u obzir želje stranaka i CAS-ove smjernice za provođenje medijacije. Nakon imenovanja medijator utvrđuje uvjete i vremenski okvir za podneske stranaka koji moraju sadržavati kratki opis činjenica, pravno uporište i točke prijedora te prijedlog za rješenje. Stranke su u postupku

³⁵ „CAS mediation is a non binding and informal procedure, based on an agreement to mediate in which each party undertakes to attempt in good faith to negotiate with the other party with a view to settling a sports-related dispute. The parties are assisted in their negotiations by a CAS mediator.”

³⁶ Pravila su dostupna na <http://www.tas-cas.org/en/mediation/rules.html>, 12. 6. 2016.

obvezne surađivati s medijatorom u dobroj vjeri i dati mu prostora za postizanje dogovora koji će značiti uspješno proveden postupak. U tu svrhu medijator može, ukoliko je to potrebno, komunicirati sa svakom od stranaka odvojeno. Medijator ne može strankama nametnuti rješenje.

Postupka se može obustaviti (prije postizanja dogovora) kada god to stranke ili medijator zažele (čl. 11.). Postupak se prekida potpisivanjem sporazuma, pisanom izjavom medijatora da je uzaludno daljnje vođenje postupka, pisanom izjavom stranke/stranaka da je ishod medijacije obustava postupka ili ako stranke/stranka odbiju platiti svoj udio u troškovima postupka u zadanom roku.

Medijator predlaže sporazum a stranke ga potpisuju. Ukoliko jedna od stranaka postupi protivno potpisanim može se pokrenuti postupak arbitraže.

5. Arbitraža ili medijacija

Kao zaključak nameće se kratka usporedba postupaka koji su predmet ovoga članka. U konkurentnim, tržišnim uvjetima u kojima se odvija današnji sport (za koji vrijede ista pravila u kojima se odvija međunarodno poslovanje) od presudne je važnosti brzo i efikasno riješiti spor uz što manje troškove. Donedavno je glavno sredstvo koje se koristilo u tu svrhu bila arbitraža. Postupak se odvijao brže nego što bi to bilo pred redovnim sudom, uz manje troškove, a postupak bi vodila osoba koja je stručna u predmetu o kojem se vodi spor. Međutim, kako smo prethodno ukazali, dvojben je njezin „dobrovoljnost“. Kod sportske arbitraže nedostaje ključni element arbitraže, slobodna volja stranaka, koje kao ravnopravne, uređuju svoj ugovorni odnos. Danas su sportaši vezani ugovornim klauzulama za koje nisu ni svjesni na koji ih način obvezuju, štoviše, nisu ni svjesni da su ih potpisali. Čim sportaš postane član nekog sportskog udruženja pristaje na njegova pravila. Ta su pravila pisana drugdje i nametnuta su udruženju jer je ono dio nekakvog međunarodnog udruženja koje je opet član Međunarodnog olimpijskog odbora ili FIFE koji u svojim pravilnicima ili statutima propisuju isključivu nadležnost CAS-a. Da bi mogao nastupiti u bilo kojem profesionalnom natjecanju sportaš mora biti član sportskog udruženja odbora, saveza ili federacije, svejedno.

To je s druge strane razumljivo. Tko bi drugi, osim profesionalaca mogao bolje razumjeti pravila određenog sporta, znati više o nedozvoljenim sredstvima čija upotreba daje nepoštenu prednost konzumentu, predvidjeti i pravilima spriječiti korupciju i sl. Stvaraju se uniformna međunarodna pravila čiju provedbu osiguravaju specijalizirana tijela. Međutim, suđenje pred takvim tijelom, najčešće zatvoreno za javnost, pred sucima čija je

neovisnost i objektivnost suspektna³⁷, bez mogućnosti iznošenja spora pred redovni sud, poštujući pravila međunarodnog privatnog prava, a koje često rezultira značajnim posljedicama za sportaša čini se kao kršenje elementarnih ljudskih prava.

S druge strane, kao alternativa arbitraži javlja se medijacija. Iz prethodno navedenih pravila po kojima se provodi vidljive su njezine prednosti; prilagođena je, prije svega strankama, mogu se dogovoriti o svemu, postupak je neformalan i jednostavan, brži od arbitraže³⁸ i manje košta. Sada je prilika, jer još nisu spomenuti troškovi postupka, medijacija je značajno jeftinija. Administrativna taksa je 1000,00 švicarskih franaka, dodatno se plaća trošak medijatora³⁹. Samo taksa za pokretanje postupka iznosi 1000,00 franaka. Nepovratna je. Maksimalni iznos arbitražnog postupka nije definiran. Možemo zamisliti koliko koštaju arbitri, može ih biti tri, sudski službenici, troškovi svjedoka, vještaka, suda, dodatni administrativni troškovi.

Iako postupak arbitraže zahtjeva sporazum stranaka, vidjeli smo da je ona često nametnuta, te da je sve više nezadovoljnih sudionika, naprotiv, u samoj je srži medijacije postići dogovor. Hrvatska riječ za medijaciju je mirenje.

6. Zaključak

Sporovi u sportu rješavaju se na miran način ili arbitražom. Uglavnom uspješno. Raste broj postupaka mirnog rješavanja sporova. Ono je prepoznato kao brži fleksibilniji i jeftiniji postupak. Ima još jednu prednost, volja da se postupak okonča na miran način, dogovorom. Ako se dogovor ne postigne uvijek preostaje arbitraža.

U posljednje je vrijeme poljuljana vjerodostojnost CAS-a koji je uvijek u svojim odlukama bio neprikosnoven. Iako je odluka Visokog zemaljskog suda u Münchenu odjeknula, čini se više u pravnim krugovima, nije vjerojatno za očekivati da će se sportski prijemori u velikom broju početi rješavati pred (nenadležnim) građanskim sudovima.

Rješenja koja su danas na snazi nisu savršena ali su najbolja moguća u zadanim okvirima i u većini slučajeva donose zadovoljavajuće rezultate. Činjenica jest da sportaši pri potpisivanju ugovora nemaju puno izbora. Međutim, sport i sportska natjecanja su izrazito hijerarhijski strukturirana. Svaki će trener reći da je ključ uspjeha u sportu disciplina.

³⁷ Listu arbitara za CAS bira ICAS koji je, bez obzira, na deklaratornu neovisnost, pod velikim utjecajem Međunarodnog olimpijskog odbora.

³⁸ Rok za provođenje postupka je 90 dana.

³⁹ Za sporove čija je vrijednost manja od 50 000CHF trošak medijatora ne može biti veći od 2000 CHF, a u sporovima preko 150 000CHF troškovi medijatora su ograničeni na 4000 franaka. Medijator ima pravo na naknadu stvarnih troškova (putovanje, hotel i sl.).

Prof. Vjekoslav Puljko, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Osijek, Croatia

ARBITRATION AND MEDIATION IN SPORT

Summary

Professional sport is not an activity for enthusiasts. That is a highly valuable branch of economy that has global significance. However, as opposed to “regular” business activities, sport has its own rules. General public is unfamiliar with the fact that sport is a regulated activity, just not by governmental bodies. Probably every state has its own law on sports that establishes legal framework for the activities, but disputes concerning sport can rarely be found before state courts. They are made public only when they concern a famous athlete. The aim of this article is to present sports arbitration, recent changes of its rules, its courts, annulment of arbitral decisions, and mediation as well. The article aims to give insight into the sports arbitration, through decisions of CAS and Swiss Supreme court. CAS has through its 32-year-existence grown into the “Supreme court of sports”. Despite the fact that recent *Pechstein* case was announced as the end of CAS, the court still operates and has a reputation of a place that is qualified to arbitrate in disputes concerning sport. The focal point of the article is the action for annulment of the arbitral decision that is in the jurisdiction of Swiss Supreme court. We point as one of the problems the autonomy of the parties, i.e. the lack of it at the time of signing the contract by athletes and their organization on which the jurisdiction of the CAS is established, and consequentially the jurisdiction of Swiss Supreme court. Therefore the mediation is seen as better solution – faster, simpler and cheaper.

Keywords: sports arbitration, CAS, mediation, revision of decision.

UČEŠĆE ŽENA U ORUŽANIM SNAGAMA SAVREMENOG DOBA

Apstrakt

U tekstu se izlaže učešće žena u savremenim oružanim snagama kao globalna pojava sve većih razmera koja sve više menja vojske. Konstatuje se da od kada su žene počele sedamdesetih godina dvadesetog veka da ulaze u vojsku sa punim vojnim, profesionalnim statusom, tako da je istorijski obrazac maskulinog ekskluziviteta oružanih snaga doveden u pitanje. Ovaj proces je po jednim skepticima transformacija čak dublja od uvođenja nuklearnog oružja, a po drugima potencijalno pretećeg karaktera za nacionalnu odbranu. U tekstu se izlaže istorijat žena u vojskama, njihovo učešće u oružanim snagama svetskih ratova dvadesetog veka, kao i pojedinačna iskustva zemalja sa istaknutom proporcijom žena u sastavu svojih oružanih snaga, američko, švedsko i izraelsko iskustvo. Konstatuje se da žene u sastavu savremenih oružanih snaga sveta ne predstavljaju više privremenu promenu. Ma kakav ponegde još uvek bio neravnopravan status vojnika, ma kako profesionalno segregirane i kulturološki diskriminisane, žene više nisu zanemarljive u vojnoj organizaciji. Njihove uloge se sve više šire, do ukidanja poslednjih zabrana učešća žena u borbenim dejstvima.

Ključne reči: *Žene u vojsci, žene u svetskim ratovima dvadesetog veka, američko, švedsko, izraelsko iskustvo, doprinosi povećanom učešću žena u vojnoj profesiji.*

1. Uvod

Zakoni savremenog doba u nizu zemalja menjaju situaciju tradicionalnog odsustva žena u oružanim snagama, doprinoseći svojom normativnom snagom otvaranju vojnih vrata ženama, bilo da se radi o antidiskriminativnoj regulativi tržišta rada, ili promeni od obavezno regrutovane ka dobrovoljnoj vojsci. Iza tih zakonskih odredaba stoje

¹ Naučna savetnica, Institut društvenih nauka, Beograd, e-mail: zmrsevic@idn.org.

² Potpukovnica, Institut za strategijska istraživanja, Beograd, e-mail: svetlana.jankovic@mod.gov.rs.

određene potrebe, npr. iskustva drugih zemalja pokazuju da su zahtevi za vojnim osobljem najvažniji faktori povećanog vojnog angažovanja žena, uporedno sa kulturološkim (zakonima regulisanim) vrednostima jednog društva koje podržavaju rodnu ravnopravnost. Potreba vojske za osobljem je bila pokretačka snaga koja stoji iza širenja vojne uloge žena kroz istoriju mnogih zemalja širom sveta, ali zakoni koji podržavaju rodnu ravnopravnost takođe doprinose i verovatno će imati sve veći uticaj u budućnosti na vojnu inkluziju žena. U Sjedinjenim Američkim Državama u 1973. vojska je sve više trpela nedostatak kvalifikovanih muškaraca a Kongres je usvojio Amandman o jednakim pravima 1972. Obe te okolnosti direktno su doprinele otvaranju vrata vojne služne za žene u toj zemlji. Za razliku od mnogih evropskih zemalja nedavno proširenje uloga žena u oružanim snagama u Južnoj Africi nije se dogodilo zbog nedostatka kvalifikovanih muškaraca, ni zbog pretnje naciji, niti prebacivanja na dobrovolji sastav i promenjenoj definiciji karaktera misije vojske. Pokretačka snaga od 1994. su bile zakonodavne promene koje su se odnosile na dosledno zakonsko regulisanje rodne ravnopravnosti, što je koincidentalno pratilo i zakonsko prebacivanje na dobrovoljne snage i na misiju oružanih snaga fokusiranu na mirovne operacije, humanitarnu pomoć i refokusiranje oružanih snaga na delovanje u unutrašnjim stvarima zemlje.³

Muškarci su bili tradicionalno, i u mnogim slučajevima još uvek su većinski, vojnici, vatrogasci, građevinski radnici, ministri, direktori, ambasadori. Ali jedna situacija je kada žene uđu u zanimanja u kojima je prethodno dominirao muški sastav, a sasvim druga je da uđu u profesionalni domen u kome je maskulinitet centralni deo ili definicija zanimanja. To su poslovi kod kojih su zahtevi za “muškim” atributima kao što su hrabrost, fizička snaga i samopouzdanje često upotrebljavani kao argument za isključivanje i/ili marginalizaciju žena. Ovo se dešava u mnogim zanimanjima, ali je mali broj tih zanimanja u kojima je već i sama muškost, tj. svi njegovi tradicionalni aspekti, smatrani da su od suštinskog značaja za sposobnost obavljanja konkretnog posla u toj oblasti, kao što je slučaj sa oružanim snagama.⁴

Činjenica je da su oružane snage svuda u svetu tradicionalno najvećeg, i do skora, gotovo isključivo muškog sastava, što ponegde još uvek ide do potpunog rodnoeg ekskluziviteta. Čak i sa sve većim brojem žena u sastavu savremenih oružanih snaga i njihovim dokazanim sposobnostima za obavljanje velikog broja, ako ne i većine vojničkih zadataka, vojska ostaje

³ L. Heineken, „Affirming Gender Equality: The Challenges Facing the South African Armed Forces“, *Current Sociology* 5/2002, 715–728.

⁴ H. Melissa, *Camouflage Isn't Only for Combat: Gender, Sexuality, and Women in the Military*, New York University Press, New York – London 1998.

jedan od najupornijih prototipova muške društvene institucije⁵ koja se i dalje najčešće povezuje sa stereotipno shvaćenim “muškim” aktivnostima, npr. ratnim operacijama, upotrebom oružja, odbrani granica i oružanim borbama.⁶ I ratni sukobi su obično definisani kao muške aktivnosti za koje su neophodne visoko cenjene maskuline (muške) osobine.⁷ Bez obzira na dužinu vremena koje je već prošlo od kada su žene dobile osnovna socijalna i politička prava i sve više postajale deo javne profesionalne sfere, one nisu istom dinamikom postigle javne pozicije moći i nisu postale ravnopravni deo tipično muških institucija, kao što su npr. oružane snage. Ali, što je duže prisustvo žena u oružanim snagama od njihovog početnog pristupa vojnoj karijeri, to je viši nivo rodne vojne inkluzivnosti i pristup novim generacijama vojnika je olakšan.

2. Žene u oružanim snagama svetskih ratova dvadesetog veka

Postoji širok konsenzus da je Prvi svetski rat onaj trenutak koji predstavlja prekretnicu u smislu vojnog učešća žena. Oko 33.000 žena služilo je u američkim oružanim snagama u Prvom svetskom ratu. Od toga je njih 20.000 bilo u trupama medicinskih sestara pri vojsci i mornarici, mada interesantno, nije se službeno smatralo da su one u regularnom sastavu, ni redovne vojske, niti mornarice. Situacije tokom Prvog svetskog rata tj. različite prakse regrutovanja i vojne službe u Nemačkoj i Velikoj Britaniji, daju interesantne primere društvene konstrukcije vojnih uloga žena. Nemačka, za razliku od Britanije i drugih zemalja, nije manjak vojno sposobnih muškaraca rešavala oslanjanjem na regrutovanje žena u velikim razmerama i angažovala je žene za poslove koji su eksplicitno označeni kao civilni. Iako su mnoge žene nosile uniforme, bile pod vojnom komandom i obavljale funkcije koje se smatrale vojnim kada su ih obavljali muškarci, ipak su ih u Nemačkoj smatrali civilima. Jasno je da je u oba svetska rata postojala kod Nemaca duboka istorijska i kulturna odbojnost prema angažovanju žena u vojne svrhe. Taj nemački obrazac odbijanja prisustva žena u oružanim snagama u bilo kom sem u marginalnom, poželjno civilnom kapacitetu, važan je momenat da bi se shvatilo dugotrajno isključivanje žena iz vojnih pozicija u savremenom Bundeswher-u sve do 2000. godine.

⁵ M. W. Segal navodi da je vojska možda najviše prototipski muška od svih društvenih institucija. M.W.Segal, „Women’s Military Roles Cross-Nationally: Past, Present, and Future“, *Gender and Society* 9/1995, 758.

⁶ O. Hauser, „We Rule the Base Because We’re Few: Lone Girls in Israel’s Military“, *Journal of Contemporary Ethnography* 6/2011, 623–651.

⁷ H. Carreiras, *Gender and the Military A Comparative Study of the Participation of Women in the Armed Forces of Western Democracies*, Department of Political and Social Sciences European University Institute, Florence 2004.

U Velikoj Britaniji, žene su se dobrovoljno javljale i bile regrutovane i u civilnu i u vojnu službu. Tokom rata, mogle su da budu angažovane na sve većem broju pozicija, uključujući i neke netradicionalne, poput popravki vojnih vozila u mehaničarskim radionicama, transporta robe i podataka, radarske službe i protivvazdušne odbrane.⁸ Ali su uniformisane žene još uvek imale status neborakinja i kao linija razdvajanja između boraca/kinja i neboraca/kinja uglavnom se smatralo upotreba (otvaranje vatre iz) vatrenog oružja. Žene su shodno tom shvatanju, obavljale sve poslove u vezi sa paljenjem protivavionskog oruđa, osim stvarnog ispaljivanja: prenosile su municiju, čistile i održavale, pa čak i punile oruđa, ali ipak, njihovo delovanje je ograničeno na pripremu i kontrolu otvaranja vatre i da bi se nastavio ženski status neboraćkog osoblja, one nisu smele da pucaju iz oruđa koje su napunile. Bilo je potrebno da to uradi muškarac⁹ čime se navodno sprečavalo da, kako se tada smatralo, one "pogube same sebe".¹⁰ Ratna propaganda je, doduše, pozivala žene da prihvate, za njih tada nepoznat rad u okviru oružanih snaga. Ali ne treba ispustiti iz vida da su ovi apeli bili deo nacionalističkog i militaričkog diskursa koji je po svojoj prirodi takav da nikada ne menja, već naprotiv, ojačava i po potrebi, ponovo uspostavlja patrijarhalne rodne odnose ženske podređenosti. To je dovelo da su te novoosvojene uloge žena u oružanim snagama bile samo na određeno vreme trajanja.¹¹ Ovi korpusi žena su rekonstituisani tek kasnije, sa pojavom Drugog svetskog rata, ali tada u znatno povećanom broju. Poznato je i iskustvo britanske Women's Land Army, kako se zvala civilna služba uniformisanih žena regrutovanih da obavljaju poljoprivredne poslove na selu pod vojnom komandom i obezbede proizvodnju hrane u situaciji dok su muškarci masovno bili regrutovani u vojsku.¹² Ovo iskustvo se nastavilo i u Drugom svetskom ratu još u većem obimu, bazirano na dobrom iskustvu iz prethodnog rata.¹³

Slučaj SSSR-a bio je u to doba prilično izuzetak jer su tamo žene činile isključivo ženski borbeni bataljon, poznat kao "Bataljon smrti". Uspostavljanje ovog bataljona 1917. godine koga je formirala privremena Vlade bio je prvi slučaj u modernoj istoriji u kojoj su žene služile u borbenoj jedinici načinjenoj samo od žena. Svrha ovog bataljona bila je

⁸ N. L. Goldman, *Female Soldier: Combatants or Non-Combatants? Historical and Contemporary Perspectives*, Greenwood Press, Westport 1982.

⁹ W. M. Segal.

¹⁰ N. L. Goldman, R. Stites, „Great Britain and the World Wars“, *Female soldiers-combatants or noncombatants?: Historical and contemporary perspectives* (ed. N. L. Goldman), Greenwood, Westport 1982, 30.

¹¹ H. Carreiras.

¹² A Brief History of the W.L.A., <http://www.appletreelane1940shop.uk/womens-land-army-wla-2-c.asp>, 19.01.2017.

¹³ The Women's Land Army, <http://www.historylearningsite.co.uk/world-war-two/world-war-two-in-western-europe/britains-home-front-in-world-war-two/the-womens-land-army/>, 19.01.2017.

da pruži vojnicima primer patriotizma i da kao model vojničke hrabrosti i sposobnosti služi kao osuda muškog dezertiranja i njihovog bratimljenja sa neprijateljem. I u savremeno doba predstavljanje naoružanih žena marketinški je često slično upotrebljavano kako bi se mobilisali muškarci za borbu. Predstava revolucionarki u drugoj polovini dvadesetog veka u Africi, Aziji ili Latinskoj Americi, koje nose dete u jednoj ruci i pušku u drugoj, kao savremeni eho ove prakse, bila je korišćena za promociju mobilizacije muškaraca za oružani sukob. Implicitna poruka ovih slika – da “ako se čak i žene bore ...” – bile su oblik moralne ucene muškaraca da stupe u vojnu službu, ali je takođe imala ulogu eksplicitne demonstracije odlučnosti jedne nacije na samoodbranu.

U Drugom svetskom ratu, nedostatak muškaraca i izveštaji o dragocenim učincima žena u oružanim snagama drugih zemalja, naveli su SAD da postepeno uključe oko 350.000 žena u svoje vojne aktivnosti. Napad na Perl Harbor je rezultirao stvaranjem Pomoćnog korpusa ženske armije.¹⁴ Žene su obično služile na poslovima zdravstvene nege i administracije, koji su u stvari bili uglavnom slični sa tadašnjim radom žena u civilu, ali takođe one su služile i u svim ostalim, za žene netipičnim neborbenim poslovima (zadacima). Tih 350.000 žena koje su služile u Drugom svetskom ratu, smatrane su tada samo privremenom podrškom da bi se oslobodilo što više muškaraca za borbu i omogućile vojnim vlastima da ih angažuju u borbenim dejstvima.¹⁵ Primer II svetskog rata je postojanje Američke službe pilotkinja¹⁶ uz napomenu da su ove žene upravljale vojnim avionima, 38 njih su poginule na službenoj dužnosti, ali su tretirane kao civili. Kongres im je odobreno status (i privilegije) vojnih veteranki 1977. godine, što je interesantan primer rekonstrukcije društvenog statusa u skladu sa sadašnjim vrednostima.¹⁷

U Italiji, Musolinijeva vlada je 1944. stvorila *Servizio Ausiliario Femminile* (SAF), koja je uključivala i do 5.000 članica. Stvaranje ovog korpusa sastavljenog samo od žena, prvog i jedinog u istoriji italijanskih oružanih snaga, rezultat je spontanog procesa mobilizacije, iniciran od strane partijske baze na nivou provincija. Prema pravilima, ove žene su mogle samo da obavljaju svoje funkcije u nenaoružanim službama podrške. Pad fašističkog režima u aprilu 1945. godine označio je i kraj ove kratke ženske italijanske vojne epizode, koja je u to doba bila smatrana jednom od grešaka tog rata.

¹⁴ WAAC – *the Women's Army Auxiliary Corps* i Rezervnog sastava žena pri mornarici SAD-a *Women Accepted for Volunteer Emergency Service* (WAVES)

¹⁵ M.C. Harrell, L.L. Miller, *New Opportunities for Military Women Effects Upon Readiness, Cohesion, and Morale*, Rand, Santa Monica 1996.

¹⁶ The American WASPs - Women's Airforce Service Pilots.

¹⁷ W. M. Segal.

Kao što je bilo i tokom Prvog svetskog rata, prisustvo žena je posebno bilo značajno u oružanim snagama Sovjetskog Saveza. U Drugom svetskom ratu je učestvovalo oko 1,5 miliona žena, 800 hiljada od tog broja su bile angažovane na borbenim zadacima u Crvenoj armiji Sovjetskog Saveza. Sovjetski Savez je bio spremniji da koristi žene nego bilo koja druga država, ponajpre zbog ogromne potrebe za ljudstvom, ali i uz značajnu ideološku podršku komunističke ideologije rodne ravnopravnosti. Zbog nedostatka muškog ljudstva i proširenja sukoba, milion i po žena su regrutovane da služe u svim funkcijama i na svim pozicijama svih rodova, uključujući i pešadiju, oklopne jedinice, artiljeriju i protivvazдушnu odbranu. Ipak, ne treba smetnuti s uma da su one činile mali deo u odnosu na ceo tadašnji sovjetski vojni personal, oko 2 do 3 procenta. Kao i žene u drugim državama, mnogo njih je služilo ili na administrativnim položajima ili kao medicinsko osoblje – uglavnom su bile medicinske sestre i doktorke.¹⁸ Učešće žena SSSR-a u borbenim zadacima bilo je sve do Zalivskog rata, jedini veliki primer učešća velikog broja žena u borbenim dejstvima u redovnom međunarodnom ratu.

U Velikoj Britaniji¹⁹ je 1943. godine bilo više od 450.000 žena u oružanim snagama, od kojih su njih 125.000 između 1941. i 1945. godine bile regrutovane za vojnu službu, što je predstavljalo 9,6% od ukupnih vojnih snaga. Ovo je bila jedna od retkih zemalja, zajedno sa Nemačkom, Sovjetskim Savezom i kasnije Izraelom, koja je u vreme rata pokrenula sistem opštenacionalnog regrutovanja žena. Druge zemlje, kao što su Kanada, Francuska ili Nemačka, su takođe koristile žene u svojim oružanim snagama, ali u ograničenijem broju i ne po sistemu obavezne regrutacije.

3. Prakse i iskustva uključivanja žena u oružane snage

Opšti trend povećanje prava žena u tom periodu odrazio se i na promene u politici prema angažovanju žena u vojsci. Proširenje učešća žena u civilnoj radnoj snazi je postao globalni društveni trend.²⁰ Od 1970-ih, rodna diskriminacija je svuda kritički dovedena u pitanje i učešće žena na tržištu rada se brzo proširilo. Istovremeno, stavovi vojnih lidera prema ženama vojnicima su se takođe menjali, pa je npr. još 1970-te, vojni establišment u SAD još uvek bio nevoljan da se žene upisuju na vojne akademije, što se vrlo brzo promenilo, već 1972. godine. Upravo je Amerika postala primer usmešne prakse angažovanja žena, pre svega na zemlje članice NATOa, pa i na niz drugih zemalja svih kontinenata.

¹⁸ M. Van Creveld, „The Great Illusion: Women in the Military Millennium“, *Journal of International Studies* 2/ 2000, 429-442.

¹⁹ M.C. Harrell, L.L. Miller.

²⁰ D. S. Hong, „Women in the South Korean Military“, *Current Sociology* 5/2002.

3.1. Američko iskustvo

Smatra se da je istorija žena u vojsci SAD-a stara koliko i sama Amerika,²¹ ali je vojna služba u Americi bila dugo namenjena samo muškaracima. Žene trenutno čine oko 13% vojske Sjedinjenih država. Nesumnjivo je da su žene ne samo uspešno prodrle u vojnu hijerarhiju na mesta na kojima bi ih bilo teško zamisliti pre samo deset godina, već i da su na tim mestima dokazale da imaju sposobnosti neophodne da budu angažovane i na komandnim pozicijama u oružanim snagama.

Veliki broj žena je u Sjedinjenim Američkim Državama služio u oružanim snagama tokom Drugog svetskog rata. Treba napomenuti da su žene služile u svim rodovima izuzev u direktnoj borbi i radile su i za civilna zanimanja na neobičnim zadacima, npr. na pakovanju padobrana, kao avio mehaničarke i artiljerijske instruktorke. Iako su žene i dalje bile grupisane u nekoliko radnih kategorija, ratna neophodnost otvorila je za njih i druge poslove. Tokom rata, potreba za osobljem je bio glavni faktor u širenju uloge žena, ali isto tako značajan doprinos imale su i patriotske želje žena da doprinesu ratnim naporima svoje zemlje, kao i njihov pritisak da se njihovi ratni doprinosi službeno ozvaniče.

Posle rata, dovedena je u pitanje buduća uloga žena u vojsci. Iste godine kada je predsednik Truman omogućio rasnu integraciju, Kongres je 1948. godine usvojio i Zakon o integraciji žena u oružanim snagama (Women's Armed Services Integration Act)²², koji je po prvi put omogućio ženama da budu profesionalni vojnici, ali je istovremeno postavio i veoma specifična ograničenja za žene. One nisu mogle da sačinjavaju više od 2% od ukupnih broja regrutovanih vojnika. Procenat žena oficira nije smeo da iznosi više od 10% činova. Nijedna žena nije mogla biti na komandnom položaju, steći čin generala, niti imati stalni čin viši od

²¹ Žene su se borile često maskirane kao muškarci u regularnim jedinicama. U Prvom i Drugom svetskom ratu, žene su služile u različitim kapacitetima, i najčešće su bile angažovane kod kuće u SAD kako bi se oslobodili muški članove vojske za službu u inostranstvu. „What is the womens armed service integration act“, <http://www.wisegeek.com/what-is-the-womens-armed-services-integration-act.htm>, 19.01.2017.

²² The Women's Armed Services Integration Act je usvojen 1948. godine i potpisan od strane predsednika Trumana. To je zakon koji se smatra pravnom prekretnicom jer je ženama po prvi put zakonski dozvoljeno da služe kao redovne pripadnice oružanih snaga SAD. Zakon je odredio da za njih važe isti propisi koji važe za sva vojna lica, kao i da imaju pravo na iste pogodnosti, uključujući i boračka davanja namenjena veteranima. Pre usvajanja tog Zakona o integraciji žena u oružane snage, žene su mogle da služe u vojsci samo u vanrednim situacijama, i tada obavezno samo u specijalnim jedinicama namenjenim samo za žene. Jedine žene prihvaćene u vojsci za redovnu službu su bile medicinske sestre, koji su služile i u ratu i u miru. Žene u vanrednim situacijama nisu mogle da služe na većini pozicija namenjenih muškarcima, i čim bi kriza bila završena, one su otpuštene, često bez ikakvih nadoknada. <http://www.wisegeek.com/what-is-the-womens-armed-services-integration-act.htm>, 19.01.2017.

potpukovnika. Ovaj zakon je takođe izričito zabranio ženama da dobiju zaduženja na avionima ili plovilima angažovanim u borbenim misijama.

U protekle četiri decenije postepeno su se u američkoj vojsci otvarala vrata za žene. Čuveni dvoprocentni “stakleni plafon”, ograničenje da žene nisu mogle sačinjavati više od dva posto od ukupnog broja regrutovanih snaga i određena ograničenja vezana za unapređenje u službi, su ukinuti 1967. godine. Tek su 1970. žene počele da postepeno budu angažovane kao integrisane članice oružanih snaga, te ranije, gotovo potpuno ekskluzivno muške vojne organizacije.

Iz takve ideologije rodnih podela koja vojnu službu tretira kao domen muškaraca, a muškost kao neophodnu osobinu na osnovu koje muškarci postaju vojnici, proizilaze i institucionalne i međuljudske barijere za žene u oružanim snagama.

Korpus za obuku rezervnih oficira²³, 1972. godine je otvoren za žene. Prva žena je primljena 1976. godine u Vojnu akademiju SAD-a Vest Point. Ženama u mornarici je 1978. godine omogućena služba na neborbenim brodovima, ukinut je poseban Armijski korpus žena, a njegove pripadnice su raspodeljene u druge korpuse zajedno sa muškarcima.

U kasnim 1970-im i ranim 1980-tim godinama, američka vojska je eksperimentisala sa integrisanom osnovnom obukom polova, što podrazumeva da su žene i muškarci zajedno dobijali osnovnu vojnu obuku. Blokovi spavaonica su bili odvojeni, ali na nivou odreda, žene i muškarci su zajedno obučavani. Godine 1983. vojska SAD-a je vratila osnovnu vojnu obuku odvojenu po polovima. Prema rečima visokog vojnog zvaničnika pri Komandi SAD-a za obuku i doktrinu koji je bio uključen u proces odlučivanja o ovom pitanju, glavni razlog za okončanje integrisane obuke polova je percipirani problem “bratimljenja između žena i muškaraca vojnika i vojnkinja, čime je umanjivana muška ekskluzivnost i samim tim i muškost kao osobina neophodna za vojsku”. Međutim, javna priča je fokusirana na verovanju da je prisustvo žena spustilo standarde osnovne obuke, čime je obuka muškaraca postajala lakša, a što je u najboljem slučaju bio u stvarnosti tek sekundarni problem.

Radna grupa o ženama u vojsci pri Ministarstvu odbrane 1988. je preporučila za primenu tzv. “pravilo rizika”²⁴ kojim bi se zabranio pristup ženama u jedinice i na pozicije u kojima je “rizik od izlaganja direktnoj borbi, neprijateljskoj vatri, ili zarobljavanja, jednak ili veći od onog koji postoji u pomoćnim borbenim jedinicama na istoj teritoriji operacija”.

Ipak, dve žene su 1989. godine bile na čelu svojih jedinica u

²³ ROTC - the Reserve Officers' Training Corps.

²⁴ 1988 The rule “excluded women from noncombat units or missions if the risks of exposure to direct combat, hostile fire or capture were equal to or greater than the risk in the units they supported.” <http://www.nytimes.com/2009/08/16/us/16womenbox.html>, 19.01.2017.

borbi u Panami. Prva žena je komandovala ratnim brodom 1990. godine. Najveći prodor se desio u 1991. godini, u ratu u Persijskom zalivu, kada je veliki broj žena sa svojim jedinicama došavši u borbene zone, stvarno i učestvovao u borbama. Da nije bilo iskustvo rata u Persijskom zalivu 1991, koji je pažnju javnosti skrenuo na uspešno učešće žena i njihove dokazane kapacitete za vojnu službu, postojao bi još veći pritisak da se smanje vojne uloge žena. Zaista, taj Zalivski rat povećao je politički pritisak da se uklone prepreke koje imaju žene za angažovanje u borbi. To je jasno dovelo do direktnog ukidanja zakona iz 1948. koji je zabranjivao ženama pristup borbenim avionima i doprineo otvaranju i pomorskih borbenih brodova za žene. Povrh toga, pogodna klima za ove promene bilo je i već prilično promenjeno društvo, koje se kretalo ka rodnoj ravnopravnosti prolazeći kroz dramatične kulturne i strukturne trendove.²⁵

Politika Ministarstva odbrane o postavljanju žena je nastavljena u tri faze – prva sa fokusom na avijaciju, zatim na borbenim zadacima pri mornarici, i odnedavno, na kopnenim borbenim zadacima. U aprilu 1993. godine, nakon što je Kongres ukinuo zakon kojim je zabranjeno ženama da budu postavljene u službu na borbenim avionima, tadašnji sekretar odbrane Aspin usmerio je oružane snage ka cilju da se ženama omogućila dodatna profesionalna specijalizacija i zadaci. Posebno, žene su došle u obzir da budu birane za borbene zadatke u avionima koji učestvuju u borbi. Sekretar Aspin je takođe usmerio sekretara mornarice da otvori još pozicija za žene na neborbenim plovilima i da razvije propise kojima bi ukinuo ograničenja postavljanja žena po Zakonu o mornarici. Ostalo je jedino da žene ne bi trebalo da budu dodeljene jedinicama koje su angažovane u direktnim kopnenim borbama.

Kongres je omogućio drugu fazu u novembru 1993. godine, kada je ukinuo ograničenja iz Zakona o mornarici. Zakon iz novembra 1993. godine takođe zabranjuje otvaranje dodatnih borbenih položaja za žene bez dozvole Kongresa. Taj Zakon zahteva da se 30 dana unapred podnesu predložene izmena politike raspoređivanja žena u borbenim jedinicama, borbenim avionima i borbenim brodovima i 90 dana unapred u pogledu bilo kakve promene vezane za "Politike isključenja iz direktnih kopnenih borbenih dejstava". Sekretar odbrane je podneo tri takva izveštaja. Traženo je otvaranje za žene položaja u borbenoj avijaciji i dodatne pozicije na neborbenim brodovima 21. januara 1994. godine. Već narednog meseca, četvrtog februara 1994. godine, Kongres je obavešten o namerama ovog ministarstva da se ženama omogući da budu stalno dodeljene površinskim borbenim plovilima kao rezultat ukidanja Zakona o isključenju boraca u mornarici. Ta promena je otvorila više od 136.000 novih radnih mesta

²⁵ W. M. Segal.

u mornarici i za muškarce i za žene. U isto vreme Kongres je ustanovio važne smernice za integraciju žena u prethodno nedostupna zanimanja, kada je takođe traženo od Sekretara odbrane: a) da obezbedi da se kvalifikacija i kontinuitet u oblastima rada u vojnoj službi procenjuju na osnovu zajedničkih, odgovarajućih standarda performansi, a ne po osnovu rodne pripadnosti, b) da se uzdržava od korišćenja rodni kvota, postizanja rodni ciljeva, ili "plafona", izuzev ako je izričito ovlašćen od strane Kongresa, i c) da se uzdržava od promena standarda zanimanja koji jednostavno povećavaju ili smanjuju broj žena u oblastima rada u vojnoj karijeri.

Sledeći korak je usledio u januaru 1994. godine, kada je sekretar odbrane objavio definiciju direktnih kopnenih dejstava i s tim u vezi "pravilo zadatka"²⁶ i najavio da je ukinuo "pravilo rizika"²⁷, s tim da to sve stupa na snagu 1. oktobra, 1994. godine. Direktna kopnena borbena dejstva su bila definisana kao angažovanje koje podrazumeva kontakt sa neprijateljem na terenu, sa pojedinačnim oružjem ili oruđem koje opslužuje posada, kada su izloženi neprijateljskoj vatri i sa velikom verovatnoćom direktnog fizičkog kontakta sa osobljem neprijateljske sile. Direktna kopnena borbena dejstva se odvijaju duboko unutar bojnog polja prilikom lociranja i približavanja neprijatelja kako bi ih porazili vatrenim dejstvima, manevrima ili u taktikama iznenađenja i šok efektima. Memorandum je takođe naložio da ovo uputstvo može biti korišćeno samo da proširi mogućnosti za žene i da se ne može koristiti za ukidanje jedinica ili pozicija (službi) koje su ranije bile otvorene za žene.

Kongres je 28. jula 1994. godine bio obavešten da će „pravilo rizika“ Ministarstva odbrane²⁸ biti ukinuto i da će službe otvoriti dodatne neborbene pozicije i karijerne oblasti za žene, s tim da stupe na snagu, i počnu da se primenjuju od 1. oktobra 1994. godine. Ova smernica je uspostavila okvir za zapošljavanje žena u kom okviru Ministarstvo i sada radi. U okviru sadašnje politike, žene imaju pravo da budu razmeštene na sve pozicije za koje su kvalifikovane, osim što su isključene iz zadatka pri jedinicama ispod nivoa brigade, čija je osnovna misija da se uključe u direktne kopnene borbe. Rezultat ovih zakonskih i političkih promena u periodu od 1992-1994. godine je dvostruk: prvo, otvorena su za žene nova radna mesta i stručna zaduženja, i drugo, jedinice koje su ranije bile

²⁶ 1994 Sekretar odbrane je opozvao pravilo rizika, rečima, "Vojna lica su podobna za raspoređivanje na sve pozicije za koje su kvalifikovani osim što će žene biti izuzete od zadataka u jedinicama ispod brigadnog nivoa čija je primarna misija da budu angažovani u direktnim kopnenim borbama."

²⁷ K.N. Kamarc, *Women in Combat: Issues for Congress*, Congressional Research Service, Informing legislative debate since 1914, December 1996.

²⁸ DoD – the Department of Defence

zatvorene za žene zbog pravila rizika, postala su otvorena za žene.²⁹

Kraj Hladnog rata³⁰ je smanjio potražnja za vojnim osobljem. Moguća posledica bi bila usporavanje (pa čak i ukidanje) trendova ka povećanim vojnim ulogama za žene u SAD da iste godine nije bilo iskustvo rata u Persijskom zalivu³¹ sa pažnjom javnosti usmerene na uspešno učešće žena. Postojao bi nesumnjivo veći pritisak da se smanje vojne uloge žena. Ali, Zalivski rat je povećao politički pritisak u suprotnom pravcu, da se uklone prepreke koje imaju žene u borbi. To je dovelo do direktnog ukidanja zakona iz 1948. koji je zabranjivao ženama pristup borbenim avionima i doprineo otvaranju pomorskih borbenih brodova, ali klima za ove promene je promenjeno društvo, koje je prolazilo kroz dramatične kulturne i strukturne trendove na svom putu ka rodnoj ravnopravnosti.³²

3.2. Švedsko iskustvo³³

Uprkos rodnim ograničenjima u vojnoj profesiji, žene su bile prisutne u švedskim odbrambenim snagama još od 19. veka, radeći kao kuvarice i administrativno osoblje, a ostalo je zabeleženo da su radile i na proizvodnji čaura. I danas, većina žena u švedskim oružanim snagama se zapravo i dalje nalazi izvan vojne struke, i one rade kao sekretarice, tehničarke, kuvarice i menadžerke. Vojna profesija je bila poslednje muško zanimanje i muški monopol koji je kao takav ukinut na švedskom tržištu rada.³⁴ Pored toga, vojska predstavlja arhetipski simbol muškosti karakterisan fizičkom snagom i agresivnošću. Švedska je primer, kako promena propisa, kojim se garantuje rodna ravnopravnost postaje faktor promena rodnog sastava oružanih snaga. Naime, efekti švedske politike rodne ravnopravnosti otvorili su vrata ženama u vojnoj profesiji kao jednom od poslednjih bastiona muškosti na švedskom tržištu rada. Zahtevi koji proističu iz politike rodne ravnopravnosti ukazuju na značaj povećanja rodne ravnopravnosti i veći broj žena u vojnoj profesiji. Ipak, u 2006. godini, švedski muškarci u vojnoj profesiji su i dalje ogromna većina i čine više od 95 procenata.

²⁹ M.C. Harrell, L.L. Miller.

³⁰ Iako je kraj Hladnog rata naziv za čitav period, kao njegov simboličan kraj smatra se 1991 godina kada se raspao Sovjetski Savez.

³¹ Persijski ili Zalivski rat vođen 1991 godine je sukob između Iraka i koalicioni snaga 34 države pod mandatom Ujedinjenih nacija i vođstvom Sjedinjenih Država sa ciljem da se proteraju iračke snage koje su okupirale Kuvajt.

³² W.M. Segal.

³³ L. Pettersson *et. al.*, „Changing Gender Relations: Women Officers' Experiences in the Swedish Armed Forces”, *Sweden Economic and Industrial Democracy* 2/2008, 192-216.

³⁴ *Ibid.*, 193. F. Sundevall, „The obvious exception, the military professions and questions of women's qualification to state service“, *Militärhistorisk tidskrift*, 2006, 87-119.

Sve do 1980. godine, vojna profesija u Švedskoj je bila rezervisana isključivo za muškarce, a pitanje žena u vojnoj profesiji bilo je predmet političke debate tokom većeg dela dvadesetog veka. Komandant vazduhoplovstva zatražio je dozvolu od kralja Švedske za zapošljavanje žena na vojnim položajima u tom rodu 1969. godine. Inicijative su dakle došle iz same vojne strukture, konkretno od komandanta vazduhoplovstva, ali i sa “spoljne strane”, od Vlade koja je zahtevala doslednu primenu švedskih politika rodne ravnopravnosti. Zahtev komandanta vazduhoplovstva je bio motivisan nedostatkom muške radne snage u vazduhoplovstvu, a ne željom za ostvarivanje rodne ravnopravnosti. Ideja je bila da se žene zaposle na neborbenim pozicijama, čime bi se muškarci oslobodili za učešće u borbenim dejstvima, pa je ministar odbrane tvrdio da bi trebalo da se oficiri u vojsci smatraju kao bilo koji drugi državni funkcioneri i da rodna pripadnost ne treba da bude osnov za isključenje žena. Fokusiranje na uklanjanje formalnih rodnihih prepreka, efekti švedskih zakona i politika jednakih mogućnosti kao i pritisak za povećanje rodne ravnopravnosti u organizaciji oružanih snaga može se smatrati uspešnom kombinacijom.

Kada je prva švedska žena ušla u vojnu profesiju, 1980. godine, Zakon o jednakim mogućnostima je regulisao švedsko tržište rada. Cilj ovog zakona je bio da se unaprede jednaka prava žena i muškaraca kada je u pitanju zapošljavanje i uslovi rada. Zakon o jednakim mogućnostima iz 2005. imao je za primarni cilj da se poboljšaju uslovi za žene u radnoj sferi života. Dozvoljavanje ženama da uđu u vojnu profesiju se smatra praksom inkluzije i postepenog uklanjanja tvrdo postavljenih rodnihih granica.

Konačne restrikcije su uklonjene 1989. i do 2000. godine, žene su postale ne samo oficirke, već i komandantkinje tenkovskih jedinica, pomorskih brodova i pilotkinje borbenih aviona. Međutim, oficirke i dalje predstavljaju upečatljivu manjinu. Neki zadaci u švedskim oružanim snagama, na primer informacije o vremenu, vrše skoro u potpunosti oficirke, dok su piloti, na primer, uglavnom svi muškarci. Pored toga, muškarci su mnogo više zastupljeni u višim činovima, a žene u nižim. Ženska iskustva seksualnog uznemiravanja, diskriminacije i osećanja da nisu u potpunosti prihvaćene se ponavljaju, i 84% oficirki su izjavile da su doživele seksualno uznemiravanje u vojnoj organizaciji³⁵.

Rodni odnosi se sastoje od konkretnih odnosa između muškaraca i žena u stvarnom životu, ali i onih više simboličkih odnosa koji obuhvataju konstrukcije muškaraca/mušкости (maskuliniteta) i žena/ženskosti (femininiteta). Ono što je u Švedskoj ostalo sporno je mišljenje da su žene inferiornije u odnosu na muškarce kada je reč o fizičkim mogućnostima/dostignućima, ali ono što je nesumnjivo postignuto jeste

³⁵ F. Sundevall, 87 -119.

njihovo profesionalno prihvatanje na individualnom planu. Kada žena uđe u organizaciju kojom izraženo dominiraju muškarci, one primenjuju različite strategije da se izbore sa svojim manjinskim statusom i svim nepovoljnostima koji on nosi sa sobom. Primarni cilj prve generacije vojnkinja je i bio da budu prihvaćene na individualnom nivou, tj. da budu tretirane kao „jedan od momaka“. Cena za to je uglavnom sadržala dve komponente, postizanje rezultata jednakih (po mogućstvu čak boljih) na fizičkom planu i testovima na atletskoj stazi i gimnastičkoj dvorani, čime bi se direktno pobijale predrasude o ženskoj fizičkoj inferiornosti. Drugi deo cene je bilo u domenu međuljudskih odnosa i sastojao se od prilagođavanja, ne uvek prijateljskom muškom vojničkom ambijentu, pa i raznim provokacijama muškaraca kojima koleginice u uniformi nisu uvek bile po volji, kao što su omalovažavanje, grubo seksualno eksplicitno ponašanje i način komunikacije, i slična ponašanja koja nose poruku, “ako ne možeš podneti vrućinu, ne prilazi šporetu”. Neki muškarci naime, mogu smatrati da je već i samo prisustvo žena neka vrsta pretnje, na koju se odgovara pokušajima da se učvrste i potvrde tradicionalno postojeći rodni odnosi i stereotipno uspostavljeni oblik dominirajuće muškosti. Mnoge žene su zbog toga odustale. Ali ipak, za mnoge druge, “prženje na toj plotni” bio je podsticaj ne samo da izdrže, već i da postižu najbolje moguće profesionalne rezultate. A sve one su znale da plakanje, žalbe, pritužbe i traženje pomoći od pretpostavljenih, i slične reakcije ne dolaze u obzir. Shvatile su (i prihvatile) da žena mora da se na razne načine dokazuje u toj areni muške tradicionalne kulture i žargona.

Ali te nekadašnje dvadesetogodšnjakinje, one koje su opstale i napredovale u vojnoj karijeri, danas su oficirke visokog ranga koje su promenile svoje shvatanje rodni odnosa. Perspektiva mladih vojnkinja sa ciljem individualnog opstanka u muškom vojnom ambijentu zamenjena je strukturalnom perspektivom, kojom dominira preispitivanje osnovnih aspekata rodni odnosa u oružanim snagama. Njihov cilj više nije lični opstanak i napredak u oružanim snagama, koji su uostalom postigle, već preispitivanje legitimiteta dominacije muških normi u toj organizaciji. Ova tranzicija, od pojedinačne do strukturalne perspektive, menja njihov način odnošenja i ponašanja u oružanim snagama. Do prihvatanja pojedinki kao žena oficira se uopšte ne dolazi lako, ali to je mnogo lakše nego preispitivanje tradicionalno utvrđenih rodni odnosa u oružanim snagama. Kao posledica toga, one više ne žele samo da se prilagode na *status quo* situaciju, već umesto toga smatraju da je vojna organizacija ta koja treba da se promeni kako bi se žene u potpunosti uključile u vojnu profesiju pod zaista jednakim uslovima.

3.3. Izraelsko iskustvo

U Izraelu je ekspanzija uloge žena u vojsci, počela u vreme druge polovine sedamdesetih, tj. kratko ili ubrzo pošto je država imala poslednji masivni ratni sukob sa udruženim arapskim susedima (Jom Kipur rat 1973³⁶). Do januara dvehiljadite, stvari su napredovale do tačke da je Kneset (izraelski Parlament) formalno, zakonski otvorio sve vojne jedinice ženama.³⁷

U poslednjih nekoliko godina, "Izraelske odbrambene snage" (Israeli Defence Forces, skraćenica: IDF) su skrenule pažnju svetske javnosti znatnim obimom ženske vojne integracije, mogućnostima napredovanja i opštim statusom izraelskih žena u vojsci. Žene regruti imaju sve veći spektar vojnih dužnosti i mnoge borbene jedinice zavise od službe žena vojnika kao radarskih monitora, kontrolora saobraćaja, informatičko računarskih poslova, vojnih instruktora, graničara, mnogih drugih sličnih zaduženja³⁸. Zaista, time se Izrael izdvaja od većine drugih zemalja, jer izraelska vojska ima potrebu da vojni rok služe muškarci i žene. Ovo se u velikoj meri razlikuje od sistema dobrovoljne prijave za služenje vojnog roka na osnovu samoizbora, tako da izraelska vojska tretira žene i muškarce slično. U Izraelu i ženska i muška deca odrastaju sa saznanjem da će jednog dana postati vojnici.³⁹ Međutim, iako većina Izraelaca oba pola služe u IDF i dele zajedničko vojno iskustvo, ni regrutacija nije u stvari univerzalna a i vojnička iskustva muškaraca i žena su donekle ipak različita. Pre svega, udate žene, trudnice, majke i pripadnice nekih izrazito religioznih grupacija su izuzeti iz službe, što je rezultiralo razlikom između broja muškaraca i žena koji služe u vojsci. Zbog toga izraelska vojska obuhvata 65% sposobnih jevrejskih žena u odnosu na 75% sposobnih jevrejskih muškaraca. Osim toga, dužina obaveznog vojnog roka je različita za muškarce i žene, žene služe vojsku dvadeset četiri meseca, dok muškarci služe trideset šest meseci. Po završetku vojnog roka, većina žena praktično više nema vojnu obavezu u rezervi, dok većina muškaraca provedu skoro ceo životni vek kao deo aktivne rezerve (iako je to slučaj praktično sa samo oko 50% muškaraca). Tokom služenja vojnog roka, žene čine samo 19% graničarske straže, 31% vazduhoplovstva, a 34% mornaričkih snaga. Dok su 88% vojnih

³⁶ Yom Kippur rat od 6. do 26. oktobra 1973.

³⁷ M.V.Creveld, „The Great Illusion: Women in the Military Millennium“, *Journal of International Studies*, 2/2000, 436.

³⁸ S. Cohen, Stuart, „Military service in Israel: No longer a cohesive force?“, *Jewish Journal of Sociology* 1-2/1997, 5-23.

³⁹ A.S. Harel, S.D. Tekoah, „Bringing Women's Voices Back, Conducting Narrative Analysis in IR“, *International Studies Review* 18/2016, 174.

zanimanja otvorene za žene, žene još uvek zauzimaju samo 69 procenata tih vojnih položaja, 20 procenata položaja karijernih vojnika, 25 procenata oficira, i 34 procenata svih IDF vojnika (zvanični podaci iz 2010)⁴⁰. Ogromna većina žena u IDF služe u tri neborbena korpusa, Omladinskom, Obrazovnom i Adutantskom korpusa (administracija), a sva tri u svom sastavu sadrže više od 80 procenata žena (zvanični podaci iz 2010)⁴¹. U IDF, borbene uloge su među najcenjenijim pozicijama i taj visoki prestiž iz vojske se prenosi u civilni život, u kome kvalitet civilne karijere u velikoj meri zavisi od važnosti vojnih uloga obavljanih tokom služenja vojnog roka i visine dobijenih ocena.

Čisto borbeni zadaci su ipak mali deo angažovanja IDF. Samo 20% muškaraca vojnika i samo 2 do 3 procenta žena vojnika u IDF su vojnici na borbenim zadacima,⁴² i to isključivo na dobrovoljnoj osnovi, tj. po sopstvenoj prijavi.⁴³ Većina vojnika, u stvari, ne služe na borbenim položajima. Ipak, izraelska vojna kultura najviše ceni osobine koje su važne za borbena dejstva, posebno one koje se smatraju tradicionalno maskulinim: fizička snaga, psihička nadmoć i agresivnost.

Čak i u oblasti borbenih dejstava u kojima raste broj žena sa porastom novootvorenih borbenih formacijskih pozicija namenjenih ženama, borbena iskustva žena vojnika i dalje se razlikuju od iskustava muškaraca. Ukazuje se da je pomeranje žena ka borbenim ulogama, kao što su dužnosti u artiljerijskim korpusima, pešadiji, inženjerskim jedinicama i u obaveštajnoj oblasti, uglavnom simbolična, jer je većina pravih borbenih uloga i dalje ograničena i namenjena muškarcima⁴⁴. Većina tih redefinisanih i rodno integrisanih borbenih uloga su manje prestižne i marginalne u funkcionisanju vojske. Politika mobilizacije pokazuje da je ono što se naziva "univerzalna" regrutacija mnogo više selektivna nego univerzalna, kada je ženska populacija u pitanju. Zaista, pre svega manji je broj regrutovanih žena, a one koje su regrutovane usmerene su na vojne položaje za koje se smatra od strane IDF da su rodne odgovarajuće.

Uprkos različitom učešću prema polu, ipak je činjenica da većina jevrejskih žena i svi jevrejski muškarci u Izraelu služe u IDF. Žene i muškarci najčešće služe u veoma različitim pozicijama u vojsci. IDF poseduje minucioznu rodnu podelu dužnosti, isključuje žene iz tvrdog vojnog jezgra borbenih položaja koje čine pešadijske, tenkovske i

⁴⁰ IDF Official Blog. 2010, www.idfspokesperson.com, 18.02. 2011.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ A.S. Harel, S.D. Tekoah, 174.

⁴⁴ N. Rimalt, „Women in the sphere of masculinity: The double- edged sword of women’s integration in the military“, *Duke Journal of Gender Law & Policy* 2/2007, 1097.

izviđačke jedinice, usmeravajući jednu trećinu žena u kancelarijske ili različite administrativne pozicije⁴⁵. Ova podela širi se i na očekivanja u ponašanju, na naglašavanja razlika između muškaraca i žena i na jačanju rodno zasnovane nejednakosti. Interesantno je da vojni diskurs jasno sadrži očekivanja od žena vojnika, da u vojne baze unesu “simboličan dodir sa domom”⁴⁶. U skladu sa tim proizilazi važan zahtev od žena u vojsci da podižu moral muškaraca vojnika i da naprave u vojsci “dom daleko od kuće.”⁴⁷ Svrha žena u vojnim bazama, dakle, nije ograničena samo na njihove službene vojne dužnosti, već obuhvata i stvaranje atmosfere u kojoj će se muškarci vojnici osećati udobnije, podržani i ohrabreni.⁴⁸

4. Zaključak

Nesumnjiv je uticaj antidiskriminativnih zakona koji sadrže simetričnu normativnu regulativu društvenih položaja žena i muškaraca u ovim domenima, pa i u oružanim snagama. Snagu zakona kao faktora koji doprinosi povećanju žena u oružanim snagama upotpunjuju i zakonske promene koje predviđaju dobrovoljno služenje vojnog roka i profesionalizaciju vojske. Dobrovoljni sistemi služenja vojnog roka imaju tendenciju da budu više rodno inkluzivni od regrutnih sistema. Kod sistema dobrovoljnog prijavljivanja za služenje vojnog roka povećano je učešće žena. Što je više vojska neke zemlje profesionalno orijentisana, to je ženama u tim vojskama lakši i ulazak, i napredovanje i pristup brojnijim položajima.⁴⁹

Treba još dodati da je interesantno mišljenje muškaraca o služenju vojske zajedno sa ženama. Iz intervjua sa muškarcima u američkim i norveškim vazдушnim snagama zaključuje se da muškarci u obe zemlje imaju pozitivan odnos prema ženskim članovima vojske, i čak, da će većina radije služiti u mešovitim nego čisto muškim jedinicama. Oni su se složili da žene predstavljaju dragoceni resurs, ali koji je oslonjen na dva različita koncepta ravnopravnosti. Naime, dok su se Norvežani sistematski zalagali za jednak tretman polova, američki ispitanici su

⁴⁵ O. Sasson-Levy, „Contradictory consequences of mandatory conscription: The case of women secretaries in the Israeli military“, *Gender & Society* 4/2007, 481-507.

⁴⁶ N. Berkovitch, „Motherhood as a national mission: The construction of womanhood in the legal discourse in Israel“, *Women's Studies International Forum* 5-6/1997, 605-19.

⁴⁷ N. Yuval-Davis, „Front and rear: The sexual division of labor in Israeli army“, *Feminist Studies* 11/1985, 663.

⁴⁸ O. Hauser, „We Rule the Base Because We're Few: Lone Girls in Israel's Military“, *Journal of Contemporary Ethnography* 6/2011, 623-651.

⁴⁹ Z. Mršević, Žensko pravo na uniformu, *Politika*, <http://www.politika.rs/scc/clanak/371346/Pogledi/Zensko-pravo-na-uniformu> 04.01.2017.

naglasili važnost stvaranja jednakih mogućnosti za žene.⁵⁰

Vojno učešće žena teži da se poveća u sistemima dobrovoljnog pristupa kao i kada dolazi do društvenih promena u pravcu veće rodne ravnopravnosti. Generalno, moderne nacije koje imaju dobrovoljni sistem regrutovanja vojnog osoblja (posebno Kanada, Velika Britanija i Sjedinjene Države) su povećale vojnu ulogu žena brže od onih sa sistemom obavezne regrutacije. Što je veći procenat muških regruta u aktivnim oružanim snagama jedne zemlje, to je manje žensko numeričko⁵¹ i kvalifikovano⁵² prisustvo. Što se više bliži masovnom formatu vojske, nivo ženske reprezentacije je niskog nivoa. Što je veći procenat obaveznog regrutovanja muškaraca u aktivnim oružanim snagama zemlje, brojčano je niža zastupljenost žena i u tim oružanim snagama niži je nivo rodne inkluzivnosti.

Zorica Mršević, PhD,

Principal Research Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade

Svetlana Janković, LL.M.,

Lieutenant Colonel, Institute for Strategic Research, Belgrade

PARTICIPATION OF WOMEN IN MODERN ARMED FORCES

Summary

The article exposes the expanded participation of women in modern armed forces. It is noted that since women started in the seventies to enter the army with full military, professional status, the historical pattern of masculine exclusivity of armed forces was challenged. This process was treated as even more profound transformation since the introduction of nuclear weapons, while sceptics doubt in it as potentially dangerous for national defense. There is presented the history of women's participation in the armed forces of the twentieth century world wars, as well as the

⁵⁰ E. Gustavsen, „Equal treatment or equal opportunity? Male attitudes towards women in the Norwegian and US armed forces“, *Acta Sociologica* 4/2013, 361–374.

⁵¹ Prosto, brojčano izraženo prisustvo žena u sastavu oružanih snaga.

⁵² Proporcija žena u višim činovima i na komandnim pozicijama.

individual experiences of countries with prominent proportion of women in the composition of their armed forces, namely the United States of American, Swedish and Israeli experience. It is noted that women in the composition of the armed forces of contemporary world are no longer just a temporary change. In spite of the fact that sometimes they still suffer the unequal soldier status, and in spite of still somewhere existing professional segregation and cultural discrimination, women are no longer peripheral to the military organization since their role is increasingly widening, until the abolition of the last bans of participation of women in combat.

Keywords: Women in the military, women in the world wars of the twentieth century, the US, Sweden, the Israeli experience, contribution to the increased participation of women in the military profession

UTICAJ EVROPSKE UNIJE NA PRAVNO REGULISANJE UGOVORA O RADU PROFESIONALNIH FUDBALERA

Apstrakt

U ovom radu autor je analizirao odredbe Sporazum o minimalnim uslovima za tipske ugovore profesionalnih fudbalera u Evropskoj uniji i na drugim teritorijama u nadležnosti UEFA i objasnio je važnost socijalnog dijaloga vođenog pod okriljem EU, kao institucionalnog mehanizma za zaključivanje Sporazuma. Posebna pažnja posvećena je pitanju pravnog uređivanja arbitražnog postupka za rešavanje sporova između klubova i fudbalera, kao i specifičnostima rešenja koja su predviđena članom 12. Sporazuma. Trenutak zaključivanja Sporazuma i njegove odredbe, dovedeni su u vezu sa istorijskim promenama tretmana sporta i sportista u EU i sa praksom Evropskog suda pravde u slučaju sudskog spora Union Royale Belge des Societes de Football Association and Others protiv Jean-Marc Bosmana.

U zaključnom delu teksta iznet je stav da postizanje Sporazuma o minimalnim uslovima za tipske ugovore profesionalnih fudbalera u Evropskoj uniji i na drugim teritorijama u nadležnosti UEFA, predstavlja važno dostignuće u oblasti zaštite radnih prava fudbalera kao radnika u specifičnoj grani sportske industrije. Osim toga, istaknuto je da se presude Evropskog suda pravde u slučajevima Dona, Bosman, Deliege i Lethonen i kasnije potpisivanje Sporazuma, moraju posmatrati kao početak jačanja regulatorne funkcije EU i njenih država članica na sportskom tržištu EU.

Ključne reči: ugovor, Evropska unija, fudbal, profesionalni fudbaleri, rešavanje sporova.

1. Uvod

U poslednjih četrdeset godina, radnopravni status profesionalnih sportista, a posebno profesionalnih fudbalera u Evropi, bio je pravno uređen na izuzetno šarolik i neujednačen način. Istorijski posmatrano, evropski sistem sporta kasnio je sa profesionalizacijom u odnosu na

¹ Docent Fakulteta za sport, Univerziteta „Union-Nikola Tesla“, e-mail: dejan.suput@ikom.rs

sistem sporta u Sjedinjenim Američkim Državama, pa je logično da nacionalna zakonodavstva evropskih država nisu posvećivala previše pažnje sportskoj delatnosti koja je imala amaterski, a dobrim delom i neprofitni karakter. Čak i od vremena kada je profesionalizacija sporta u Evropi počela naglo da jača, a ta tendencija je posebno izražena od početka osamdesetih godina XX veka, evropske države nisu težile postizanju i propisivanju zajedničkih pravnih standarda kada je reč o radnopravnom položaju profesionalnih sportista, a pogotovo nisu razvijale specifične pravne norme koje bi se odnosile na ugovore profesionalnih sportista kao svojevrzne ugovore o radu. Neujednačenost načina na koji je nacionalnim propisima evropskih država bila uređena materija ugovora profesionalnih sportista, pre svega je bila posledica tradicionalne podele evropskih država na one koje su prihvatile intervencionistički model pravnog, najčešće zakonskog uređivanja sporta i na one koje do današnjeg dana primenjuju neintervencionistički model.

Obim u kome će država regulisati odnose koji nastaju u sportu i povodom sporta i mera pravne zaštite koju pojedina država pruža sportu i sportskim aktivnostima, zavisi od toga da li se država opredelila za tzv. intervencionistički ili neintervencionistički model pravnog uređivanja materije sporta.² Intervencionistički model zakonskog uređivanja sporta znači da je u konkretnoj državi najznačajniji i najveći deo sportskog sistema i osnovni elementi koji čine taj sistem, u pogledu strukture i nadležnosti uređeni pravnim normama koje propisuje država u okviru posebnog Zakona o sportu³. Za razliku od toga, u slučaju neintervencionističkog modela pravnog uređivanja materije sporta, regulisanje strukture sportskog sistema, pravna zaštita sportskih odnosa i sportskih aktivnosti je samo parcijalna, a pravne norme koje se tiču sporta ne nalaze se u okviru posebnog zakonskog teksta, već su raspoređene u većem broju sektorskih propisa koji uređuju obavljanje nekih drugih ljudskih delatnosti (propisi o sistemu obrazovanja, kulturi, zdravstvenoj zaštiti, socijalnoj zaštiti, udruženjima građana, propisi koji na opšti način uređuju rad, itd.).

U Evropi su oba modela zakonskog uređivanja materije sporta gotovo podjednako zastupljena, što dodatno potkrepljuje stanovište da ni jedan od njih nema izrazitu teorijsku i praktičnu prednost u

² A.N. Chaker, *Study on national sports legislation in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999., 13.

³ U državama u kojima postoji intervencionistički model zakonskog uređivanja materije sporta, sam naziv zakona koji uređuje materiju sporta se može razlikovati od države do države. Najčešći naziv za zakon koji na sistemski način uređuje sport u određenoj državi je Zakon o sportu, ali postoje i države u kojima takvi zakoni nose naziv Zakon o fizičkoj kulturi ili neki drugi sličan naziv.

odnosu na drugi.⁴ Gotovo kao pravilo, ustalila se praksa da većina država sa juga i istoka Evrope prihvata i tokom dugog niza godina primenjuje intervencionistički model zakonskog uređivanja sporta, dok sa druge strane, države sa severa i zapada Evrope većinom primenjuju neintervencionistički model zakonskog uređivanja materije sporta. U takvim uslovima, ugovori profesionalnih fudbalera širom Evrope, zaključivali su se na izuzetno neujednačene načine, sa značajno različitim elementima i sa različitim pravnim statusom. U pojedinim evropskim državama to su bili ugovori o radu, zaključeni na osnovu opštih propisa o radu, dok su u mnogim drugim državama to bili ugovori čije zaključivanje je propisivano zakonima koji su uređivali materiju sporta, ili nekim drugim propisima koji su na specifičan način tretirali radno angažovanje pojedinaca u oblasti sporta. Vremenom, fudbal je postao izuzetno ozbiljna i unosna privredna delatnost na tlu Evrope, fudbalske lige najvišeg nivoa takmičenja su postale gotovo isključivo profesionalne, pa je sazreo i trenutak da se materija ugovora profesionalnih fudbalera posebno uredi, čemu je EU poslednjih godina posvetila značajnu pažnju.

2. Istorijska promena tretmana sporta i sportista u EU

Ubrzana komercijalizacija sporta na tlu zapadne Evrope i neverovatan rast prihoda fudbalskih klubova i profesionalnih fudbalera, bili su dovoljni razlozi da se od sredine 90-ih godina XX veka, Evropska unija (EU), znatno više nego što je to bio slučaj u epohi delovanja triju evropskih zajednica, zainteresuje za pravno uređivanje pojedinih sportskih aktivnosti i delatnosti, a među njima i za regulisanje radnopravnog statusa profesionalnih fudbalera i ugovora o radnom angažovanju koje oni zaključuju sa fudbalskim klubovima. Vremenom, jačanjem regulatorne funkcije EU u oblastima povezanim sa sprovođenjem sportskih aktivnosti i delatnosti, stvarala se osnova za postepeni nastanak i profilisanje sportskog prava EU, a samim tim i za pravno uređivanje ugovora profesionalnih fudbalera.

Do nastanka EU 1992. godine, Evropska ekonomska zajednica (EEZ) nije izražavala posebno interesovanje prema sportu kao značajnoj ljudskoj delatnosti, pa samim tim nije postojala mogućnost za razvijanje evropskog sportskog prava kao zasebne pravne discipline, niti za detaljnije regulisanje materije ugovora o radu profesionalnih sportista.

⁴ Primer evropskih država koje su se opredelile za primenu intervencionističkog modela zakonskog uređivanja materije sporta su: Francuska, Mađarska, Italija, Rumunija, Španija, Slovenija, Hrvatska. S druge strane, najreprezentativniji primer evropskih država u kojima je primenjen neintervencionistički model zakonskog uređivanja materije sporta predstavljaju: Austrija, Danska, Finska, Nemačka, Litvanija, Švajcarska i Velika Britanija.

Dokumenti EEZ nisu pominjali, niti tretirali sport kao posebnu delatnost od interesa za tu zajednicu. Praksa Evropskog suda pravde bila je takođe skromna kada je reč o rešavanju spornih pitanja iz oblasti sporta, a po mišljenju mnogih savremenih kritičara komercijalizacije sporta, taj sud je sport posmatrao kroz „izobličavajuću prizmu” zakona tržišta. Tako je 1974. godine Evropski sud pravde odlučio je da je komunitarno pravo primenjivo na sport kao privrednu delatnost u smislu člana 2. Ugovora o Evropskoj zajednici (EZ). Zapravo, Evropski sud pravde je presudio da se sport podvodi pod odredbe komunitarnog prava kada se sportske aktivnosti i delatnosti obavljaju kao privredne (komercijalne) aktivnosti. Takvo opredeljenje, koje nije predstavljalo samo pravno tumačenje suda, već i političku odluku i vrednosni sud o savremenom sportu, kasnije je potvrđeno i u slučajevima Dona, Bosman, Deliege i Lethonen, a doprinelo je daljoj komercijalizaciji sporta, ne samo u EU već i u čitavoj Evropi.⁵

Najpoznatiji sportski slučaj o kome je Evropski sud pravde do danas odlučivao, a čijom je presudom došlo do „kreiranja” tzv. Bosmanovog pravila, stvorio je zainteresovanost organa i tela EU za pitanja koja se odnose na pravno uređivanje radnopravnog statusa profesionalnih fudbalera, a i profesionalnih sportista uopšte. Epilog sudskog spora *Union Royale Belge des Societes de Football Association (ASBL) and Others protiv Jean-Marc Bosmana*⁶ bio je da član 48. Ugovora o EZZ sprečava primenu pravila nacionalnih fudbalskih saveza u skladu sa kojima profesionalni fudbaler, koji je državljanin jedne države članice, ne može, po isteku ugovora sa klubom biti zaposlen u drugom klubu, u drugoj državi članici, osim ako budući klub ne plati bivšem klubu naknadu za transfer, treniranje i razvoj. Član 48. isključuje primenu pravila nacionalnih i međunarodnih sportskih (fudbalskih) saveza u skladu sa kojima u takmičarskim utakmicama koje oni organizuju, fudbalski klubovi mogu uključiti samo ograničeni broj profesionalnih igrača koji su državljani druge države članice EU. U tom slučaju, Sud je došao do zaključka da državljani zemalja članica EU imaju pravo koje im direktno proizlazi iz Ugovora da napuste zemlju porekla, uđu na teritoriju druge države članice i nastane se iz ekonomskih razloga u drugoj državi i u njoj se bave delatnošću kojom žele. U slučaju Bosman došlo se do zaključka da je profesionalni fudbal ekonomska aktivnost, a samim tim i subjekt komunitarnog prava, te da ne može doći do izuzimanja od principa primene slobode kretanja sportista kao radne snage.⁷

⁵ D. Šuput, *Kaznenopravna zaštita sporta*, JP Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2011., 11.

⁶ Case C-415/93, dostupno na:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0415:EN:HTML>.

⁷ D. Šuput, „Nastajanje sportskog prava Evropske unije“, *Strani pravni život* 2/2015, 110.

Nakon slučaja Bosman, vrata su bila širom otvorena za početak institucionalne saradnje između EU i UEFA⁸, a na trenutke i za otvorene pritiske EU na UEFA, koji su tokom dužeg niza godina rezultirali prihvatanjem UEFA da usklađuje svoje sportske propise sa propisima EU koji uređuju položaj radnika u okviru EU - samim tim i pravni položaj profesionalnih fudbalera kao radnika na teritoriji EU. Usled svega navedenog, 2012. godine u Briselu je potpisan Sporazum o minimalnim uslovima za tipske ugovore profesionalnih fudbalera u Evropskoj uniji i na drugim teritorijama u nadležnosti UEFA⁹.

3. Značaj potpisivanja i primene Sporazuma

Sporazum o minimalnim uslovima za tipske ugovore profesionalnih fudbalera u Evropskoj uniji i na drugim teritorijama u nadležnosti UEFA potpisan je 19. aprila 2012. godine u Briselu. Po svojoj važnosti, reč je o istorijskom sporazumu koji su potpisali učesnici evropskog socijalnog dijaloga – socijalni partneri:

- Unija evropskih fudbalskih asocijacija (UEFA),
- Udruženje evropskih profesionalnih fudbalskih liga (EPFL),
- Evropska asocijacija klubova (ECA) i
- Međunarodno udruženje (sindikato) profesionalnih fudbalera – evropski ogranak FIFPro.

EU i njene institucije, podstakle su navedene sportske organizacije da započnu socijalni dijalog koji je na kraju rezultirao zaključivanjem prvog sporazuma takve vrste u timskom sportu na tlu Evrope. Posrednička uloga Evropske komisije bila je presudna, a pokazalo se i neophodna, kako bi Sporazum posle dugotrajnih i neizvesnih pregovora bio zaključen. Osnovni cilj zaključivanja Sporazuma bio je da se utvrđivanjem minimalnih uslova (standarda) za tipske ugovore profesionalnih fudbalera, zaštite, kako radna prava profesionalnih fudbalera, tako i prava fudbalskih klubova kao poslodavaca, a da se istovremeno doprinese unapređenju modela upravljanja fudbalskim klubovima u Evropi.

Komiteto EU za socijalni dijalog u oblasti profesionalnog fudbala osnovan je još u julu 2008. godine. Komitetom je predsedavao tadašnji predsednik UEFA Mišel Platini kome je EU dodelila predsedavanje Komitetom, polazeći od stava da je UEFA organizacija koja upravlja

⁸ Union of European Football Associations.

⁹ Agreement regarding the minimum requirements for standard player contracts in the professional football sector in the European Union and the rest of the UEFA territory, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7678>.

i reguliše fudbal u celoj Evropi, tj. i u evropskim državama koje nisu članice EU. Na taj način, potpisivanjem sporazuma od strane UEFA, prošireno je dejstvo Sporazuma i na evropske države koje nisu članice EU. Preciznije rečeno, sve članice UEFA – svi nacionalni fudbalski savezi evropskih država i njihovi fudbalski klubovi koji zaključuju ugovore sa profesionalnim fudbalerima, dužni su da primene odredbe Sporazuma, bez obzira na to da li su države pojedinih nacionalnih fudbalskih saveza članice EU, ili ne. Time su rezultati evropskog socijalnog dijaloga vođenog u okviru EU, u skladu sa propisima EU, dobili primenu i van granica EU, a koristeći se autoritetom i nadležnostima UEFA-e. Da je kojim slučajem EU donela direktivu kojom bi bili propisani minimalni uslovi za tipske ugovore profesionalnih fudbalera, njeno pravno dejstvo bilo bi ograničeno samo na profesionalne fudbalere i fudbalske klubove u državama članicama EU i ne bi imalo obavezujući karakter za ostale evropske države i njihove nacionalne fudbalske saveze.

Suštinski posmatrano, potpisani Sporazum je plod kolektivnog pregovaranja socijalnih partnera u oblasti evropskog profesionalnog fudbala i po svojoj pravnoj prirodi jeste svojevrsni kolektivni ugovor zaključen između predstavnika poslodavaca i predstavnika radnika (međunarodnog sindikata fudbalera FIFPro).

Sporazum sadrži 21 član i zaključen je na četiri godine. Članom 20. stavom 2. Sporazuma ugovoreno je da potpisnici sporazuma imaju obavezu da u dobroj veri pregovaraju o produženju roka važenja Sporazuma. Ugovoreno je i da bi pregovori o produženju važenja Sporazuma trebalo da započnu najkasnije godinu dana pre isteka roka važenja Sporazuma, kao i da bi najkasnije tri meseca pre isteka roka važenja Sporazuma, ugovorne strane trebalo da potpišu nov sporazum. To se nije dogodilo i nov sporazum još uvek nije potpisan. Neizvesno je kada će pregovori rezultirati novim sporazumom, ali je dobra okolnost što se sve ugovorne strane i dalje pridržavaju odredbi prvobitnog Sporazuma, kao da on nije ni istekao. Razlog za dalje poštovanje Sporazuma je i okolnost da su brojne odredbe iz Sporazuma u međuvremenu unete u odgovarajuće pravilnike nacionalnih fudbalskih saveza kojima je uređena materija zaključivanja ugovora između profesionalnih fudbalera i fudbalskih klubova.

Prva dva člana Sporazuma uređuju sam cilj zaključivanja Sporazuma i značenje pojmova korišćenih u tekstu Sporazuma (pojmovi kao što su: sporazum, klub, igrač, ugovor i teritorija). Članom 3. propisano je da ugovor između profesionalnog fudbalera i fudbalskog kluba mora obavezno biti sačinjen u pisanoj formi, kao i da kada je reč o ugovoru koji potpisuje maloletni fudbaler, ugovor obavezno mora potpisati roditelj, ili staratelj maloletnika. Kako bi postojala pouzdana evidencija zaključenih ugovora, članom 3. Sporazuma određeno je da, ne samo fudbaler i

klub moraju dobiti po jedan primerak ugovora, već da i profesionalna fudbalska liga i/ili nacionalni fudbalski savez moraju dobiti po primerak potpisanog ugovora, kako bi ugovor bio registrovan u skladu sa pravilima nadležnog nacionalnog fudbalskog saveza. Ta odredba izuzetno je važna, pošto predstavlja mehanizam zaštite ugovornih strana i način da se u slučaju spora između fudbalskog kluba i igrača, sa lakoćom utvrdi koji je ugovor validan i povodom prava i obaveza iz kog ugovora se može voditi spor. Da nije ugovoreno obavezno deponovanje ugovora u nacionalne fudbalske saveze, ponavljao bi se problem koji je u ranijem periodu postojao u pojedinim evropskim državama, a to je da su fudbalski klub i igrač koji su u sporu, imali istovremeno više zaključenih ugovora, pa se ponekada nije moglo zaključiti koji je od tih ugovora na pravnoj snazi i koja su međusobna prava i obaveze ugovornih strana. Konkretnije rečeno, događalo se da radi izbegavanja poreskih obaveza, a i iz nekih drugih razloga, fudbaler i fudbalski klub zakluče jedan „zvaničan” ugovor kojim je određena niska zarada fudbalera, a da paralelno sa tim zakluče i drugi ugovor, najčešće sa različitim nazivom, ili aneks prvobitnog ugovora, kojim je ugovorena znatno veća zarada, tj. naknada za rad fudbalera. Potom, kada eventualno dođe do spora, svaka ugovorna strana je zahtevala da se sporno pitanje rešava u skladu sa ugovorom koji joj više ide u prilog, a često je bilo nemoguće utvrditi koji ugovor je zaista na pravnoj snazi i u kakvom je odnosu jedan ugovor sa drugim ugovorom. Kako bi se apsolutno onemogućilo nastajanje opisanog problema, članom 5. Sporazuma propisano je da ugovor o radu potpisan između fudbalskog kluba i fudbalera, mora sadržati sva prava i obaveze igrača i kluba, kao i da uređivanje prava i obaveza iz radnog odnosa ne bi trebalo da bude obuhvaćeno nijednim dodatnim ugovorom između kluba i fudbalera. U slučajevima da postoji drugi ugovor, ili da kasnije takav ugovor bude potpisan, ugovorne strane su u skladu sa odredbom iz Sporazuma dužne da se pozovu na taj ugovor u odredbama glavnog ugovora koji potpisuju. Ugovoreno je i da svaki dodatni ugovor koji se eventualno potpiše između kluba i igrača, a tiče se radnog odnosa, mora biti dostavljen profesionalnoj fudbalskoj ligi i/ili nacionalnom fudbalskom savezu radi evidentiranja, baš kao i prvobitni ugovor o radu.

Posebno važna odredba iz člana 5. Sporazuma je i da će se na ugovor o radu zaključen između kluba i igrača primenjivati pravo koje zajednički odaberu klub i igrač, ali da takvim izborom merodavnog prava, igrač ne može biti lišen pravne zaštite koja mu pripada u skladu sa odredbama od kojih se ne može sporazumno odreći prema zakonima države u kojoj je fudbalski klub osnovan.

Sporazum članom 6. uređuje sve vrste obaveza koje klub mora ispuniti prema igraču i koje moraju biti sastavni deo ugovora, dok članom

7. uređuje sve vrste obaveza koje igrač može imati prema klubu, a moraju biti navedene u ugovoru zaključenom između kluba i igrača. Kada je reč o finansijskim obavezama kluba prema igraču, članom 6. Sporazuma detaljno su uređena sva tehnička pitanja koja se tiču, ne samo vrste obaveza (isplata zarade, bonusi, nagrade, smeštaj, prevoz, zadrstvstveno osiguranje i dugi vidovi osigiranja, doprinosi za penzijsko i socijalno osiguranje i naknada raznih drugih troškova igrača), već i načina i tehnike ugovaranja i realizacije tih obaveza (datumi isplate zarada, valute, gotovinska davanja ili uplate na račune i sl.).

Osim svega prethodno navedenog, odredbe Sporazuma uređuju i materiju kao što je: pravo na upotrebu lika igrača od strane kluba i uslove ugovaranja i ostvarivanja tog prava; ustupanje igrača; antidoping obaveze; disciplinska odgovornost igrača; zaključivanje kolektivnih ugovora; primena fudbalskih propisa donetih od FIFA¹⁰ i UEFA; rešavanje sporova nastalih iz ugovora, ili povodom ugovora; ugovaranje obaveze borbe protiv rasizma i diskriminacije.

Primena većine odredbi Sporazuma u praksi se pokazala izuzetno efikasnom i opšteprihvaćenom od nacionalnih fudbalskih saveza, fudbalskih klubova i igrača. Način na koji je Sporazumom uređena materija rešavanja radnih sporova nastalih povodom ugovora koje zaključuju fudbalski klubovi i igrači u skladu sa odredbama ovog sporazuma, uslovno rečeno se može oceniti kao najspornija, ili je možda bolje reći najizazovnija i najzahtevnija za primenu u praksi.

4. Rešavanje sporova

Rešavanje sporova koji nastanu u vezi sa ugovorima zaključenim između fudbalskih klubova i igrača, uređeno je odredbama iz člana 12. Sporazuma. Prilikom ugovaranja pravila o rešavanju sporova koji nastaju između klubova i igrača, a koji su zapravo radni sporovi, pošlo se od onoga što je propisanom članom 59. Statuta FIFA.¹¹ Statut FIFA bio je polazna osnova za socijalni dijalog o minimalnim uslovima za tipske ugovore profesionalnih fudbalera u Evropskoj uniji i na drugim teritorijama u nadležnosti UEFA, pošto statuti i svi drugi opšti i pojedinačni pravni akti nacionalnih fudbalskih saveza – članova FIFA, kao i svi akti UEFA kao

¹⁰ Fédération Internationale de Football Association - Međunarodna federacija fudbalskih saveza trenutno ima 211 nacionalnih fudbalskih saveza u svom članstvu. Ona vrši regulatornu funkciju fudbalskog sporta na svetskom nivou i organizuje najvažnija međunarodna fudbalska takmičenja među kojima je najvažnije i najznačajnije Svetsko prvenstvo u fudbalu.

¹¹ Statut FIFA iz godine u godinu se menja i dopunjava, a odredba iz člana 59. statuta postoji već više od dve decenije. Statut FIFA dostupan je na: http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/generic/02/78/29/07/fifastatutsweden_neutral.pdf.

članice FIFA, moraju biti usklađeni sa Statutom, pravilnicima i odlukama FIFA.

Članom 59. Statuta FIFA propisano je da je obraćanje redovnim državnim sudovima zabranjeno članovima te organizacije, osim ukoliko nije u izuzetnim slučajevima propisano kao mogućnost pojedinim pravilnikom FIFA. Osim toga, istim članom Statuta propisano je da će nacionalni fudbalski savezi svojim statutima ili pravilnicima, propisati pravilo u skladu sa kojim će biti zabranjeno sporove u savezu, ili sporove koji utiču na lige, članove liga, klubove, članove klubova, igrače, zvaničnike i druge zvaničnike saveza, podnositi na rešavanje redovnim državnim sudovima, osim ukoliko pravilnik FIFA to ne dozvoljava u pojedinim slučajevima. Umesto podnošenja sporova na rešavanje redovnim državnim sudovima, FIFA je propisala pravilo da će takve sporove rešavati arbitraža. Statut FIFA je propisao da će sporove nastale u pojedinom nacionalnom fudbalskom savezu, ili sporove koji utiču na lige, članove liga, klubove, članove klubova, igrače, zvaničnike i druge zvaničnike saveza, rešavati nezavisni arbitražni sudovi koji će biti ustrojeni u skladu sa propisima koje donose nacionalni fudbalski savezi ili konfederacije, kao i da će za rešavanje svih sporova, biti priznata i nadležnost Arbitražnog suda za sport (CAS) koji ima sedište u Lozani u Švajcarskoj. Osim toga, Statutom FIFA propisano je da su nacionalni fudbalski savezi dužni da se staraju o tome da navedena odredba o nadležnosti arbitražnog suda za rešavanje sporova, mora da bude primenjena na teritoriji za koju su oni odgovorni i da su dužni da izreknu kaznu svakom svom članu koji ne bude poštovao tu obavezu. Usled svega navedenog, član 12. Sporazuma o minimalnim uslovima za tipske ugovore profesionalnih fudbalera u Evropskoj uniji i na drugim teritorijama u nadležnosti UEFA, formulisan je tako da glasi: „U zavisnosti od nacionalnog zakonodavstva i sadržine nacionalnih kolektivnih ugovora koji uređuju rad, svaki spor između kluba i igrača u vezi sa ugovorom o radnom angažovanju igrača, biće predat na rešavanje nezavisnom i nepristrasnom arbitražnom telu koje mora biti sastavljeno od jednakog broja predstavnika obe ugovorne strane (poslodavca i zaposlenog) u skladu sa statutom i pravilnicima nacionalnog fudbalskog saveza, ili Arbitražnom sudu za sportu u Lozani, u slučaju kada se ne sprovodi arbitražni postupak na nacionalnom nivou koji se inače smatra konačnim. Arbitražne odluke su konačne. U skladu sa uslovima propisanim FIFA Pravilnikom o statusu i transferu igrača, sporove može rešavati Veće za rešavanje sporova (alternativni nazivi: komora ili komisija za rešavanje sporova), ali tada sa mogućnošću ulaganja žalbe na odluku Veća, Arbitražnom sudu za sport u Lozani”.

Navedeno pravilo iz Sporazuma kojim je uređena oblast rešavanja sporova, u primeni je stvorilo više nedoumica. Neki nacionalni savezi

formirali su komisije ili druga tela sličnih naziva za rešavanje sporova, a čije odluke nisu konačne i čije odluke se mogu pobijati žalbom pred Arbitražnim sudom za sport u Lozani. S druge strane, veliki broj nacionalnih fudbalskih saveza formirao je prave stalne arbitražne sudove čije su odluke konačne. Najveće sporenje u praksi postojalo je prilikom izbora pojedinaca na listu arbitara svakog arbitražnog suda nacionalnih fudbalskih saveza. Da bi arbitražni sud bio nezavisan i nepristrasan, neophodno je da arbitri koji se nalaze na listi, budu nezavisni i nepristrasni, baš kao što je to slučaj kod svih drugih vrsta arbitražnih sudova, na primer u oblasti trgovinske arbitraže, ili u praksi Arbitražnog suda za sport u Lozani. Opršteprihvaćeno pravilo ustrojstva i rada arbitražnih sudova je da stranke u sporu, za svaki konkretan spor, sa liste arbitara imenuju svoje arbitre u jednakom broju (jednak broj arbitara imenuju tužilac i tuženi). Međutim, prilikom uspostavljanja arbitražnih sudova nacionalnih fudbalskih saveza, na osnovu odredbe iz člana 12. Sporazuma, učesnici u socijalnom dijalogu zauzeli su stav da predstavnici klubova (udruženja fudbalskih klubova) i igrača (sindikati profesionalnih fudbalera) imaju pravo da predlože po polovinu arbitara za listu arbitara konkretnog arbitražnog suda. Takvom praksom, barem na teorijskom nivou, dovodi se u pitanje nezavisnost i nepristrasnost u radu arbitražnog suda, pošto bi sudije koje su birane na listu arbitara u skladu sa predlozima klubova i igrača, mogli da dožive sebe kao zastupnike subjekata koji ih biraju na listu, a ne kao objektivne presuditelje u konkretnom sporu. Na svu sreću, praksa evropskih država pokazala je da nije bilo velikih problema koji bi eventualno bili prouzrokovali načinom izbora arbitara na listu. Samo u par država koje nemaju dovoljno razvijenu praksu rešavanja sporova pred arbitražom, bilo je sporadičnih problema, ili pokušaja ugrožavanja nezavisnosti arbitara, ali su ti problemi vrlo brzo rešeni. Ipak, konceptu ustrojavanja arbitražnog suda ugovorenom Sporazumom može se uputiti zamerka, pošto je zvanično reč o arbitražnim sudovima nacionalnih fudbalskih saveza, koji snose konsekvence za eventualan loš rad takvih sudova, iako nemaju presudnog uticaja u formiranju liste arbitara. U praksi, taj problem je najčešće rešavan tako što su po trećinu arbitara za izbor na listu arbitara, predlagali nacionalni fudbalski savez, udruženje fudbalskih klubova i sindikat profesionalnih fudbalera. Takav paritet pokazao se kao dobar garant nezavisnosti i nepristrasnosti u radu arbitražnih sudova pojedinih nacionalnih fudbalskih saveza.

Prethodno opisani problem nastao je iz okolnosti da član 12. Sporazuma dozvoljava dve različite mogućnosti za rešavanje sporova, a da pravila o tome nisu razdvojena (posebno propisana) u više pravnih normi, pa je usled toga došlo do sporenja prilikom tumačenja smisla pravne norme. Sporazum dozvoljava da se umesto arbitražnog suda osnuje

komisija za rešavanje sporova, čije odluke neće biti konačne već će moći da budu pobijane žalbama pred Arbitražnim sudom za sport u Lozani. U slučaju formiranja i rada takvih komisija, sasvim je primereno da polovinu članova komisije daju predstavnici udruženja klubova, a drugu polovinu predstavnici sindikata fudbalera i da u svakom konkretnom sporu imenuju jednak broj članova veća koje će rešavati spor. Tako imenovani članovi veća za rešavanje spora, biraće predsednika, tj. predsedavajućeg veća, a u slučaju da dođe do propusta pri donošenju prvostepene odluke, ona može biti pobijana žalbom o kojoj odlučuje Arbitražni sud za sport. S druge strane, ako se nacionalni fudbalski savez odluči da formira arbitražni sud čije su odluke konačne u prvom stepenu (što jeste jedna od osnovnih odlika arbitražnog rešavanja sporova), tada bi bilo primerenije da se isita arbitara formira od nezavisnih stručnjaka koji nisu predloženi od potencijalnih strana u sporu, dok bi u svakom konkretnom sporu, stranke imale pravo da u jednakom broju, sa već određene liste arbitara izaberu svoje arbitre. Takav način rada već godinama funkcioniše u slučaju Arbitražnog suda za sport u Lozani i predstavlja dobar primer i najbolju praksu koju bi trebalo da slede arbitražni sudovi nacionalnih fudbalskih saveza. Arbitražni sud za sport je institucija nezavisna od bilo koje sportske organizacije i formirana je sa namerom da olakša i ubrza rešavanje sporova iz oblasti sporta kroz arbitražu i medijaciju.¹² Taj sud je započeo rad 1984. godine i od tada je razvio izuzetno uspešnu praksu rešavanja sporova iz oblasti sporta, tako da je logično što je priznat od UEFA i FIFA i što se svi nacionalni fudbalski savezi koji su formirali svoje arbitražne sudove ugledaju na CAS.

5. Zaključak

Postizanje Sporazuma o minimalnim uslovima za tipske ugovore profesionalnih fudbalera u Evropskoj uniji i na drugim teritorijama u nadležnosti UEFA, predstavlja važno dostignuće u oblasti zaštite radnih prava fudbalera kao radnika u specifičnoj grani sportske industrije. Bez pritiska institucija EU koje su od UEFA zahtevale da stupi u socijalni dijalog i bez posredničke uloge koju je EU imala između UEFA sa jedne strane, i EPFL, ECA i evropskog ogranka FIFPro, sa druge strane, sigurno je da ne bi došlo do potpisivanja Sporazuma koji predstavlja civilizacijski važnu tekovinu evropskog radnog prava. Takvim razvojem događaja u praksi je dokazano da je institut kolektivnog pregovaranja predstavnika radnika i poslodavaca potreban i sprovodiv i u oblasti evropskog

¹² A. Kosovac, „Radno angažovanje profesionalnih sportista u državama članicama Evropske unije”, *Strani pravni život* 3/2009, 242.

profesionalnog sporta, kao i da on donosi koristi svim učesnicima u pregovorima pošto unapređuje zaštitu, ne samo prava radnika, već i prava poslodavaca.

Zainteresovanost EU za sport, koja je vremenom značajno porasla u odnosu na 1992. godinu kada je potpisan Ugovor iz Mastrihta, a koja se ogleda u težnji EU da započne sa detaljnom regulacijom sporta kao privredne delatnosti, raste sve većim intenzitetom. Srećna, ali ne i slučajna okolnost je što je uticaj EU na profesionalni sport, kao i praksa Evropskog suda pravde, krenula baš od slučajeva koji su se ticali zaštite prava sportista kao radnika i zaštite jednog od četiri osnovna načela EU – slobode kretanja radne snage.

Pitanje pravnog uređivanja radnog angažovanja sportista u država članicama EU još uvek je regulisano na izuzetno neujednačen način od države do države, a u najvećem delu je i dalje prepušteno nevladinom sportskom sektoru, tj. sportskim organizacijama koje donose svoje specifične propise. Očigledno je da radno angažovanje sportista predstavlja specifičnu materiju pravnog regulisanja u odnosu na propise koji na opšti način uređuju rad u pojedinoj državi i logično je da su sportske organizacije najrelevantnije da u okviru svojih propisa urede te specifičnosti koje su im najbolje poznate iz svakodnevnog rada (npr. specifično radno vreme sportista, posebna disciplinska odgovornost sportista kao radnika, potreba za ranijim odlaskom sportista u penziju, povećani rizici od povreda na radu i sl.). Međutim, usled sve većeg uticaja profitnog motiva i interesa u radu sportskih organizacija, povećava se rizik da dođe do ugrožavanja prava sportista kao radnika, pa se samim tim otvara polje u kome država i njeni propisi moraju da intervenišu kako bi se pojedina prava sportista zaštitila. Pošto je fudbal najprofitiji sport u Evropi i pošto su usled toga fudbaleri u najvećem broju evropskih fudbalskih takmičenja postali profesionalci, stvorio se prostor da EU interveniše svojim delanjem i eventualnim budućim propisima, kako bi se na ujednačen način pravno uredila i zaštitila radna prava profesionalnih fudbalera u svim državama članicama EU. Presude Evropskog suda pravde u slučajevima Dona, Bosman, Deliege i Lethonen, a zatim i potpisivanje Sporazuma o minimalnim uslovima za tipske ugovore profesionalnih fudbalera u Evropskoj uniji i na drugim teritorijama u nadležnosti UEFA, predstavljaju i moraju se posmatrati samo kao početak jačanja regulatorne funkcije EU i njenih država članica na sportskom tržištu EU i u oblasti zaštite prava radnika na tom tržištu.

Dejan Šuput, Ph.D

Assistant Professor at Faculty of Sport University Union - Nikola Tesla

IMPACT OF THE EU ON LEGAL REGULATION OF THE PROFESSIONAL FOOTBALL PLAYERS EMPLOYMENT CONTRACTS

Summary

In this paper author has analysed provisions of the Agreement regarding the minimum requirements for standard player contracts in the professional football sector in the European Union and the rest of the UEFA territory, and explained importance of social dialogue under auspices of the EU as institutional mechanism for concluding the Agreement. Special attention has been given to the issue of legal system of arbitration proceeding for settling disputes between clubs and players, and also to peculiarities of solutions foreseen by the article 12 of the Agreement. Moment of concluding the Agreement and its provision were brought in correlation with historic changes of treatment of sport and athletes in EU and practice of the Court of Justice of the European Union in the case of legal dispute between Union Royale Belge des Societes de Football Association and Others versus Jean-Marc Bosman.

In the closing part of the paper, a position has been taken that realisation of the Agreement regarding the minimum requirements for standard player contracts in the professional football sector in the European Union and the rest of the UEFA territory represents an important accomplishment within scope of protection of employment rights of football players as workers in a specific part of the sport industry. Furthermore, it has been emphasised that rulings of the Court of Justice of the European Union in the cases of Dona, Bosman, Deliege and Lethonen, and subsequent signing of the Agreement, must be viewed as building up strength of regulatory function of the EU and its member states at the EU sport market.

Keywords: contract, European Union, football, professional football players, settlement of disputes.

PREDUZETNIŠTVO U OSIGURANJU: ZNAČAJ I PRAVNI PRINCIPI DRUŠTVENO ODGOVORNOG POSLOVANJA OSIGURAVAČA

Apstrakt

Preduzetništvo podrazumeva iskorišćavanje tržišnih mogućnosti na osnovu ideja i inovacija. Cilj preduzetništva u osiguravajućim društvima jeste podsticanje inovacija, rađanje novih poslova, uvećanje profitabilnosti uz istovremenu brigu prema društvu. Društveno odgovorno poslovanje podrazumeva da osiguravajuća društva, sledeći premise korporativnog preduzetništva, u svoje poslovanje integrišu brigu o okruženju u kojem posluju. Cilj rada je da ukaže na osnovne karakteristike društvene odgovornosti u osiguranju u preduzetničkom kontekstu. U radu ukazujemo na određenje društvene odgovornosti u osiguranju, na istorijski kontekst i značaj društvene odgovornosti kao i najnovije pravne principe društvene odgovornosti osiguravajućih društava na međunarodnom nivou.

Ključne reči: *preduzetništvo, osiguranje, pravni principi, društvena odgovornost.*

1. Uvod

Pojam preduzetništva uobičajeno se povezuje sa osnivanjem novih poduhvata. U osiguranju takav oblik tzv. eksternog preduzetništva vezan je sa osnivanjem osiguravajućih društava i u velikoj meri uslovljen obimom kapitala, s obzirom na karakter delatnosti osiguranja. Za osiguravajuća društva koja već postoje takođe je neophodna primena preduzetničkog koncepta ukoliko žele da rastu i da se razvijaju. Taj oblik preduzetništva naziva se internim ili korporativnim preduzetništvom.

Korporativno preduzetništvo se definiše kao preduzetništvo koje uključuje formalne ili neformalne aktivnosti čiji je cilj kreiranje novih poslova unutar uspostavljenih kompanija kroz proizvodne i

¹ Fakultet za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, Novi Sad, e-mail: vnjegomir@eunet.rs.

² Pravni fakultet Univerziteta „Džon Nezbīt“ Beograd i advokat u Beogradu, e-mail: petroviczdravko@ikomline.net.

procesne inovacije i tržišni razvoj.³ Suština preduzetništva, uključujući i korporativno preduzetništvo, su inovacije⁴ koje omogućavaju stvaranje vrednosti⁵ i održivi rast kompanija⁶. Istaknuti stručnjak iz oblasti menadžmenta Isak Adižes naglašava značaj postojanja preduzetničkog duha i u osnovanim kompanijama. Naime, Isak Adižes je razvio ideju o značaju preduzetničkog pristupa u svim fazama životnog ciklusa kompanije pri čemu četiri menadžerske uloge, proizvođenje rezultata, administriranje, preduzetništvo i integrisanje, treba da odgovore na ključna pitanja: šta, kako, kada i ko, vodeći uvek računa o pitanju zašto.⁷

Korporativno preduzetništvo u okviru postojećih kompanija obuhvata tri fenomena koji mogu ali ne moraju biti međusobno povezani⁸: 1) rađanje novih poslova u okviru postojeće firme, 2) transformacije postojećih firmi kroz obnovu ili preoblikovanje ključnih ideja na kojima se zasniva poslovanje i 3) inovacije. Konačno, korporativno preduzetništvo omogućava osiguravajućim društvima kontinuirane inovacije i primenu preduzetničkog koncepta koji podrazumeva zadovoljavanje zahteva klijenata.

Jedan od pristupa obezbeđenju preduzetničkog koncepta u poslovanju osiguravajućih društava jeste i kontinuirano ostvarivanje brige o okruženju u kojem posluju, odnosno ispunjenja društveno odgovorne uloge. Korporativno preduzetništvo doprinosi unapređenju društveno odgovornog poslovanja preko inovativnih pristupa a imajući u vidu da društvena odgovornost povratno pozitivno utiče na održivost i poslovnu uspešnost. Upravo taj smisao i značaj korporativnog preduzetništva i naglašavanje značaja društvene odgovornosti u preduzetničkom kontekstu imali smo prilikom konceptualizacije cilja rada. Cilj rada je da ukaže na osnovne karakteristike društvene odgovornosti u osiguranju u preduzetničkom kontekstu.

U nastavku rada ukazujemo na određenje društvene odgovornosti u osiguranju, na istorijski kontekst i značaj društvene odgovornosti

³ S. Zahra, D. Neubaum, M. Huse, „Entrepreneurship in Medium-Size Companies: Exploring the Effects of Ownership and Governance Systems“, *Journal of Management*, Vol. 26, 5/2000, 947–966.

⁴ P.F. Drucker, *Innovation and entrepreneurship: Practice and Principles*, Harper & Row, New York 1985.

⁵ P.N. Khandwalla, „Generators of Pioneering-Innovative Management: Some Indian Evidence“, *Organization Studies*, vol. 8, 1/1987, 39-59.

⁶ S. Ray, K. Ramachandran, „A Framework for Developing a Comprehensive Theory of Entrepreneurship“, *Journal of Entrepreneurship*, Vol. 5, 1/1996, 1-22.

⁷ I. Adižes, *Adižesov bukvar za preduzetnike: priča o pet preduzeća*, Privredni pregled i Adižes Southeast Europe, Novi Sad 2002.

⁸ P. Sharma, J.J. Chrisman, „Towards reconciliation of the Definitional Issues in the Field of Corporate Entrepreneurship“, *Entrepreneurship Theory and Practice*, Vol. 24, 1/1999, 11- 27.

kao i najnovije pravne principe društvene odgovornosti osiguravajućih društava na međunarodnom nivou.

2. Određenje društvene odgovornosti u osiguranju

U novije vreme nastalo je dosta teorijskih i empirijskih radova o korporativnog društvenoj odgovornosti, uključujući i radove koji se odnose na ovu problematiku u Srbiji.⁹ Pregledom dosadašnjih teorijskih i empirijskih istraživanja nedvosmisleno se dolazi do zaključka o značajnim pozitivnim implikacijama, od marketinških napora do finansijskih aspekata poslovanja za kompanije koje poštuju osnovne postulate društveno odgovornog poslovanja. Međutim, analizom inostrane a posebno domaće literature dolazimo do nedvosmislenog zaključka o nedovoljnoj zastupljenosti analize primene korporativne društvene odgovornosti na stratezijskom nivou i u preduzetničkom kontekstu u poslovanju osiguravajućih društava a u domaćim okvirima i bilo kakve veze poslovanja osiguravajućih društava i njihovog društveno odgovornog poslovanja.

Postoje različita definisanja društveno odgovornog poslovanja. U SAD se društveno odgovorno poslovanje povezuje sa filantropskim odnosom prema zajednici izdvajanjem dela profita u dobrotvorne svrhe dok se u Evropi više naglašava poslovanje na društveno odgovoran način. Prema određenju Evropske komisije¹⁰, društveno odgovorno poslovanje je koncept u okviru koga kompanije na dobrovoljnoj osnovi u svoje poslovanje i interakciju sa svim zainteresovanim subjektima (stejkholderima) integrišu društvene i izazove vezane za prirodnu okolinu. Prema određenju Svetskog veća za održivi razvoj¹¹ korporativna društvena odgovornost predstavlja kontinuiranu posvećenost kompanije etičkom ponašanju i doprinošenju ekonomskog razvoja uz istovremeno unapređenje kvaliteta života zaposlenih i njihovih porodica kao i lokalne zajednice i društva u celini.

⁹ Na primer: A.B. Carroll, „A three-dimensional conceptual model of corporate performance“, *Academy of Management Review*, Vol. 4, 4/1979, 497-505.; R. Holme, P. Watts, „Corporate Social Responsibility: Making good business sense“, World Business Council for Sustainable Development, Geneva, January, 2000.; K.M. Krall, „Good Deeds Deliver: Socially responsible investing reaps ethical and financial rewards“, *Industry Week*, January 15, 2001.; C. Bešić, D. Đorđević, „Korporativna društvena odgovornost u funkciji kreiranja poslovne izvrsnosti organizacije“, *Zbornik radova sa YUINFO 2009 15. konferencije o informacionim i komunikacionim tehnologijama*, 2009.; Lj. Kontić, J. Kontić, „Uključivanje korporativne društvene odgovornosti u strategiju banke“, *Bankarstvo*, 3-4/2010, 52-71.

¹⁰ Commission of the European Communities, *Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility, Green Paper*, Brussels, 18.7.2001

¹¹ R. Holme, P. Watts.

U naučnim istraživanjima najveći doprinos dao je Kerol¹² koji je još 1979. godine definisao društveno odgovorno ponašanje preko četiri grupe odgovornosti: ekonomske odgovornosti, pravne odgovornosti, etičke i diskrecione odgovornosti. U kasnijem radu Kerol¹³ ukazuje na piramidalni model korporativne društvene odgovornosti pri čemu kompanije svoje odgovornosti treba da ispune sledećim redosledom: 1) ekonomske odgovornosti (Proizvodnja i/ili prodaja roba i usluga sa ciljem ostvarenja profita.), 2) pravne odgovornosti (Usklađenost poslovanja sa pravnim normama.), 3) etičke odgovornosti (Usklađenost poslovanja sa zahtevima društva u kojima posluju a koji nisu određeni pravnim normama. Reč je o poštovanju moralnih prava svih zainteresovanih, odnosno standardima, normama ili očekivanjima koja odražavaju brigu kompanija o tome šta potrošači, zaposleni, akcinori i zajednica u kojoj kompanija posluje smatraju pravičnim.) i 4) filantropske odgovornosti (Korporativne aktivnosti koje predstavljaju odgovor na očekivanja društvene zajednice u odnosu na kompanije kao dobre korporativne građane. Reč je o aktivnostima učestvovanja i/ili finansiranja aktivnosti koje promovišu društveno blagostanje kao što su sponorstva u oblasti obrazovanja, zdravstva, kulture, umetnosti i sporta.

U preglednom istraživanju¹⁴ na uzorku od 23 zemlje na 6 kontinenata i ukupno 25000 ispitanika, utvrđeno je da javnost preferira korporativnu društvenu odgovornost u odnosu na sve druge pokazatelje a veliki broj, od 67% u Severnoj Americi do 31% u Istočnoj Evropi, Latinskoj Americi i centralnoj Aziji, bi odustao ili razmišljao o odustajanju od kupovine proizvoda ili usluge kompanije koju percipiraju kao društveno neodgovornu. Istraživanja pokazuju da su kompanije koje ostvaruju zaštitu širih društvenih interesa finansijski uspešnije. Naime, istraživanje objavljeno u časopisu *Industry Week*¹⁵ 2001. godine ukazuje da se oko polovine uspeha natprosečno uspešnih kompanija ostvari zahvaljujući društveno odgovornom poslovanju.

3. Društvena odgovornost u istorijskom kontekstu

Osnovni cilj osnivanja i poslovanja osiguravajućih društava ali i drugih subjekata privređivanja oduvek je bio, jeste i biće maksimizacija profita. U savremenim uslovima poslovanja, zahvaljujući visokom

¹² A. B. Carroll (1979), 497-505.

¹³ A. B. Carroll, „The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders“, *Business Horizons*, Vol. 34, 4/1991, 39-48.

¹⁴ Environics International Ltd. in cooperation with The Prince of Wales Business Leaders Forum and The Conference Board, *The Millennium Poll on Corporate Social Responsibility*, Toronto, September 1999.

¹⁵ K.M. Krall.

standardu stanovništva u prvenstveno razvijenim zemljama, sve više se razvija svest o odgovornosti u poslovanju. Poznati menadžment guru Piter Draker naglašava neophodnost postojanja odgovornosti organizacija za njen doprinos i ponašanje.¹⁶

Odgovorno poslovanje kompanija prema društvu u kome posluju pojavljuje se u antičkom periodu sa prvim oblicima donatorstva, finansiranja igara za zajednicu i sl. pri čemu je posebno interesantno ukazati na poznatog rimskog političara i diplomatu Gaja Kilnija Mecenu čije je ime kroz istoriju postalo sinonim za bogate i velikodušne finansijere umetnosti. Odgovorno poslovanje prisutno je i kasnije, u srednjem veku preko udruženja trgovaca i regulisanja dobrih poslovnih običaja do XIX veka kada se pojavljuju prve fondacije velikih, industrijalizovanih kompanija. Tokom dvadesetog veka dolazi do ubrzanijeg razvoja društveno odgovornog poslovanja a početkom dvadeset i prvog veka ovakav pristup poslovanju postaje imperativ.

Prema zagovornicima teze o slobodnom tržištu i protivnicima Kejnzijanske neophodnosti državnog intervencionizma osnovna društvena odgovornost privrede jeste ostvarivanje profita bazirano na efikasnom upošljavanju ograničenih resursa i zadovoljavanju određenih potreba stanovništva. Iako su ovakvi i slični stavovi dominirali u zemljama sa dominantnom privatnom svojinom i uspostavljenim kapitalističkim društvenim odnosima, počev od šesdesetih godina dvadesetog veka, kada se prvi put spominje konzumerizam, sa razvojem potrošačkog društva jača težnja da se zaštite interesi potrošača zbog čega se kao cilj poslovanja javlja potreba zadovoljenja zahteva potrošača, koja se postepeno transformiše u nastojanja prevazilaženja njihovih zahteva. U poslednjoj dekadi prošlog veka sva više se naglašava potreba zadovoljenja ne samo interesa vlasnika kapitala u vidu profita i potrošača u vidu prevazilaženja njihovih zahteva već i potreba zadovoljenja širih društvenih interesa. U cilju zaštite poslovne reputacije i izgradnje imidža kompanije iz različitih delatnosti nastoje da svojim poslovanjem u potpunosti udovolje zahtevima zaštite širih društvenih interesa.

Zaštita širih društvenih interesa podrazumeva brigu organizacija za životnu sredinu, potrošače, konkurenata, poslovnih partnera, zaposlenih i širu društvenu zajednicu putem korporativne filantropije, odnosno davanja za sportske, kulturne, umetničke i humanitarne aktivnosti. Posebno značajna a dugo vremena odsutna u praksama subjekata privređivanja jeste zaštita životne sredine. Za razliku od aktivnosti korporativnog i individualnog (vlasničkog) filantropstva, odgovarajućeg odnosa prema potrošačima u cilju zaštite njihovih interesa (počev od šesdesetih godina

¹⁶ P. Draker, *Postkapitalističko društvo*, Grmeč - Privredni pregled, Beograd 1995, 110.

i uspostavljenim formalnim zahtevanjem zaštite Rezolucijom 39/248 Ujedinjenih nacija usvojenom 16. aprila 1985. godine), aktivnosti usmerene u pravcu zaštite životne sredine, uprkos održanoj prvoj konferenciji Ujedinjenih nacija o životnoj sredini davne 1972. godine, su sve do devedesetih godina dvadesetog veka bile zanemarivane.

Drugom konferencijom Ujedinjenih nacija o životnoj sredini i razvoju prihvaćen je koncept održivog razvoja a 1997. godine potpisan je čuveni sporazum u Kjotu, u Japanu, kojim su se zemlje potpisnice obavezale na smanjenje emisije gasova koji izazivaju efekte staklene bašte. Konačno, Međunarodna organizacija za standardizaciju je 1996. godine prvi put publikovala međunarodni standard ISO 14001 koji se odnosi na upravljanje životnom sredinom. Trenutno važeći je standard ISO 14001:2004 čije su koristi od implementacije: redukcija troškova upravljanja otpadom, uštede u potrošnji energije i materijala, smanjenje troškova distribucije i unapređenje korporativnog imidža među regulatorima, klijentima i širom javnošću. Takve tendencije prisutne su i u sektoru osiguranja a zahvaljujući globalizaciju u svim zemljama, uključujući i naše prostore.

U uslovima socijalističkog društvenog uređenja u kojima su poslovanje ostvarivali i domaći subjekti privređivanja uključujući i osiguravajuća društva, sa svim specifičnostima samoupravnog sistema i udruživanja rada i sredstava za rad, nastojanje da društva svojim poslovanjem ostvaruju i šire društvene ciljeve gotovo da su stavljana ispred ciljeva o ostvarenju profita, kao osnovnog cilja osnivanja i poslovanja. U tranzicionom periodu svedoci smo bili potpunog zanemarivanja društvenih ciljeva poslovanja i isključivog orijentisanja na profit. Međutim, ulaskom u postranzicioni period, posebno sa ulaskom stranog kapitala, postepeno se ponovno uspostavlja neophodnost društveno odgovornog poslovanja koje u novije vreme postaje i imperativ uspešnog poslovanja. Društveno odgovorno poslovanje u savremenim uslovima podrazumeva obavezu menadžmenta da osim ostvarenja profita kao osnovnog cilja poslovanja preduzima i aktivnosti koje će omogućiti unapređenje dobrobiti celokupnog društva u kome njihove organizacije posluju a indirektno i samih organizacija.

4. Značaj društvene odgovornosti za osiguravajuća društva

Osiguravajuća društva su zbog specifičnosti svoga poslovanja, zaštite od rizika koji ugrožavaju čoveka, privredu i čitavo društvo od rušilačkog dejstva prirodnih sila i čovekovim delovanjem uzrokovanih nesrećnih slučajeva, neminovno upućena na održavanje visokih standarda u pogledu ispunjenja uslova korporativne društvene odgovornosti.

Pružanje usluga osiguravajućih pokrića za starost, osiguranja za posledice nesrećnog slučaja i razvoj mikroosiguranja¹⁷ tipični su primeri povezivanja osnovne delatnosti i sopstvenih interesa sa interesima društvene zajednice, odnosno sa brigom o ljudima i društvenoj zajednici. S obzirom da su prva izložena negativnom dejstvu klimatskih promena u pogledu povećanja verovatnoće ostvarenja i intenziteta štetnih posledica, osiguravajuća i reosiguravajuća društva su prva i upozoravala na opasnosti koje globalno zagrevanje uzrokuje ali i na druge opasnosti.

Osiguravajuća kao i reosiguravajuća društva nastoje da posluju odgovorno i da doprinose održivom razvoju kroz dugoročno održivo kreiranje vrednosti, brigom o osiguranicima kroz finansiranje preventivnih mera, primenu etičkih principa, obezbeđenje solventnosti i pravično i promptno rešavanje odštetnih zahteva, brigom o zaposlenima kroz kontinuiranu obuku i pravične uslove zapošljavanja i napredovanja te brige o lokalnoj i široj društvenoj zajednici, kroz projekte finansiranja aktivnosti kao što su obrazovanje, zdravstvo, kultura, umetnost i sport.

Dugoročnost poslovanja je osnovna karakteristika poslovanja društava za osiguranje koja sa ciljem dugoročnog opstanka i kontinuirane uspešnosti poslovanja moraju imati dugoročna gledišta na odnose sa svim ključnim stejkholderima uključujući osiguranike, zaposlene, poslovne partnere, regulatorne organe i širu javnost. Dugoročni odnosi poverenja kao osnova dugoročne održivosti i uspešnosti poslovanja mogu biti izgrađeni samo ukoliko su društva za osiguranje sposobna da visoku profitabilnost ostvruju ne narušavajući životnu sredinu već upravo suprotno, zaštitom i unapređenjem životne sredine kao i opšteg društvenog blagostanja. Osiguravajuća i reosiguravajuća društva su u najboljoj poziciji da u potpunosti ispune sve aspekte koncepta korporativne društvene odgovornosti imajući u vidu da ona direktno zapošljavaju velik broj ljudi koji su ključni za njen razvoj, učestvuju u podsticanju privrednog razvoja kao značajni institucionalni investitori na finansijskim tržištima čime se indirektno utiče i na povećanje društvenog bogatstva i ljudskog blagostanja a svojim investicijama u održive izvore energije kao i pružanjem usluga osiguravajućeg pokrića za obnovljive izvore energije.

Osiguravajuća i reosiguravajuća društva u cilju zaštite sopstvenog imidža na tržištu i minimiziranja izloženosti riziku gubitka reputacije nastoje da minimiziraju i potpuno izbegavaju neetične i društveno neodgovorne aktivnosti. U cilju podrške individualnim naporima privrednih subjekata, uključujući i osiguravajuća društva, na međunarodnom nivou su usvojeni principi čije poštovanje i promovisanje suštinski predstavlja društveno odgovorno poslovanje za osiguravajuća društva.

¹⁷ V. Njegomir, „Mikroosiguranje“, *Industrija*, Vol. 39, 3/2011, 295-314.

5. Globalni dogovor i principi odgovornog investiranja

Prvi međunarodni sporazum jest tzv. Globalni dogovor Ujedinjenih nacija, odnosno deset principa društveno odgovornog poslovanja koje ovaj dogovor podrazumeva. Globalni dogovor je najmasovnije dobrovoljno udruženje predstavnika kompanija, akademskih institucija, civilnog društva, gradova i sindikata posvećenih usaglašavanju svojih poslovnih aktivnosti sa deset univerzalnih principa društveno odgovornog poslovanja iz oblasti ljudskih prava, radnih prava, zaštite životne okoline i borbe protiv korupcije. Iako se u potpunosti bazira na dobrovoljnosti, ovaj sporazum trenutno uključuje oko 10000 kompanija iz 130 zemalja sveta, uključujući vodeća osiguravajuća i reosiguravajuća društva u svetu.

Počev od 6. decembra 2007. godine kada je prvi put promovisana inicijativa Ujedinjenih nacija o društveno odgovornom poslovanju u Srbiji naša zemlja je priključena ovom najmasovnijem dobrovoljnom udruženju kompanija u svetu. Kompanije potpisnice i učesnice globalnog dogovora nisu u obavezi da primenjuju principe već se od njih očekuje da prihvate, promovišu i primene principe koji uključuju: zaštitu međunarodno zagarantovanih ljudskih prava, slobodno udruživanje i pravo na kolektivne ugovore, eliminaciju prinudnog rada, zabranu dečijeg rada i diskriminacije u vezi sa zapošljavanjem i zanimanjem, treba da preduzimaju mere predostrožnosti u vezi sa životnom sredinom, da promovišu odgovornost prema životnoj sredini i podstiču razvoj i primenu tehnologija koje čuvaju životnu sredinu i učestvuju u borbi protiv korupcije u svakom smislu. Mehanizmi putem kojih se nastoje ostvariti postavljeni ciljevi uključuju dijaloge o javnim politikama, obuke, lokalne mreže i partnerske projekte.

Tokom 2006. godine uspostavljeni su principi odgovornog investiranja, takođe pod pokroviteljstvom Ujedinjenih nacija. Uspostavljanje ovih principa bazira se na premisi da pitanja prirodnog okruženja, društvene zajednice i korporativnog upravljanja mogu značajno uticati na performanse investicionih portfelja. Osnovni je zahtev da se primenom ovih principa na bolji način usaglase interesi investitora sa interesima šire društvene zajednice. Principi odgovornog investiranja obuhvataju posvećenost institucionalnih investitora sledećem: 1) uključivanje aspekata odgovornosti prema okruženju, društvene odgovornosti i korporativnog upravljanja (ODK) u investicionu analizu i proces odlučivanja, 2) aktivno primenjivanje aspekata ODK u politike i poslovne prakse, 3) adekvatno obelodanjivanje informacija o pitanjima ODK od strane subjekata u koje investiraju institucionalni investitori potpisnici principa, 4) promovisanje prihvatanja i implementacije Principa u okviru investicionog sektora, 5) međusobna saradnja u cilju unapređenja efektivnosti implementiranja

Principa i 6) obelodanjivanje informacija o sopstvenim aktivnostima i napredovanju prema implementaciji Principa.

Članstvo nije ograničeno na postojeće članove već potpisnik ovih principa može postati svaka institucija povezana sa institucionalnim investiranjem koja prihvati ove principe koji se odnose na uzimanje u obzir pitanja prirodnog okruženja, društvena i pitanja korporativnog upravljanja i njihovog razmatranja prilikom donošenja investicionih odluka. Takođe, iako je u početku plaćanje članarine bilo na dobrovoljnoj osnovi od 2011. godine uvedena je obaveznost, tako da je neophodno i da svaki član plaća godišnju članarinu u rasponu od 330 do 6600 funti, koja varira u zavisnosti od broja zaposlenih i veličine imovine kojom se upravljanja. Članstvom u podržavanju principa odgovornog investiranja kompanije mogu da javno izraze osetljivost na pitanja odnosa odgovornog ponašanja prema svim stejkholderima i da nedvosmisleno potvrde poštovanje odnosa prema okruženju, društvu i korporativnom upravljanju u donošenju investicionih odluka. Time se nesumnjivo može unaprediti reputacija osiguravajućih društava kao institucionalnih investitora u društvu. Prihvatanje principa nije nužni preduslov za društveno odgovorno ponašanje osiguravajućih društava u Srbiji, imajući u vidu da još ni jedna institucija povezana sa institucionalnim investiranjem iz Srbije nije postala potpisnica principa odgovornost investiranja. Svakako navedeno ne ograničava osiguravajuća društva da u svojim investicijama budu društveno odgovorna, kao što je i primer zajedničkog investiranja Dunav osiguranja sa Elektroprivredom Srbije u izgradnju 50 mini hidroelektrana.

6. Principi održivog osiguranja

Iako su prethodno spomenuta dva međunarodna sporazuma neosporno izuzetno značajna za osiguravajuća društva, s obzirom da se odnose na njihove ukupne aktivnosti u pogledu zaštite ljudskih prava, radnih prava, životne okoline i borbe protiv korupcije i posebno investicione aktivnosti, principe održivog osiguranja smatramo ključnim imajući u vidu da se eksplicitno odnose na delatnost osiguranja. Principi održivog osiguranja nastali su kao rezultat inicijative pokrenute 2006. godine od strane osiguravajućih društava i podržane od strane programa Ujedinjenih nacija za zaštitu životne sredine (UNEP). Osnovna misija tada formirane Komisije osiguranja jeste promovisanje prihvatanja održivog osiguranja, odnosno strateškog pristupa osiguranju koji uključuje sistematsku identifikaciju, analizu, upravljanje i monitornih materijalnim pitanjima izloženosti izazovima životne sredine, društvene zajednice i korporativnog upravljanja u sektoru osiguranja. Nastanak Principa predstavljao je izraz potrebe sektora osiguranja u svetu da

pruži reporni doprinos i iskaže dugoročnu posvećenost izgradnji održive globalne ekonomije na osnovu redukcije rizika, stimulacije inovacija, unapređenja poslovnih performansi i unapređenja društvene, ekonomske i održivosti životne sredine.

Razvoj principa tekao je kroz razmenu mišljenja preko 500 predstavnika osiguravajućih društava, vlada država, regulatora, međuvladinih i nevladinih organizacija, sektorskih udruženja i nauke putem konsultativnih sastanaka koji su se održavali u 7 različitim regiona u svetu i to u Africi, Latinskoj Americi i Karibima, Severnoj Americi, Okeaniji, Srednjem Istoku i Severnoj Africi, Evropi i Aziji. Principi su formalno objavljeni i usvojeni na konferenciji Ujedinjenih nacija održanoj u Rio de Ženeiru, u Brazilu, između 20. i 22. juna 2012. godine. Ovim Principima stvoren je globalni okvir za upravljanje rizicima i mogućnostima životnog okruženja i korporativnog upravljanja povezanih sa poslovima osiguranja, reosiguranja i investiranja osiguravajućih i reosiguravajućih društava.

Principi održivog osiguranja koji treba da prožimaju sve poslovne aktivnosti osiguravača i reosiguravača, od upravljanja rizikom, prihvata rizika u osiguravajuće pokriće, razvoja usluga osiguravajućeg pokrića, upravljanja odštetnim zahtevima, prodaje i marketing i investicionog menadžmenta, uključuju sledeće izjave posvećenosti osiguravača i reosiguravača: 1) uključivanje pitanja odgovornosti prema okruženju, društvene odgovornosti i korporativnog upravljanja (ODK) koja su relevantna za poslove osiguranja u procese odlučivanja, 2) kooperacija sa klijentima i poslovnim partnerima sa ciljem povećanja svesnosti o izazovima ODK, upravljanju rizikom i razvoju rešenja, 3) kooperacija sa vladama, regulatornim organima i drugim ključnim zainteresovanim subjektima (stejkholderima) kako bi se promovisalo rasprostranjeno delovanje na nivou čitavog društva u pogledu ODK pitanja, 4) iskazivanje odgovornosti i transparentnosti u redovnom javnom obelodanjivanju informacija o sopstvenom napretku u pogledu implementacije Principa. Za svaki od navedena četiri principa održivog osiguranja predložene su aktivnosti kao i oblasti u kojima će se te aktivnosti sprovesti.

Svako društvo za osiguranje, društvo koje se bavi poslovima posredovanja ili zastupanja u osiguranju ili pružanjem drugih usluga u osiguranju kao i druge kompanije kao i udruženja, može postati potpisnik ili institucija podržavalac ovih Principa. Neophodno je postojanje saglasnosti najvišeg nivoa upravljanja o privatanju Principa kao i prihvatanju obaveza u pogledu učešća u godišnjem procesu javnog obelodanjivanja informacija i plaćanja godišnje članarine, u rasponu od 2000 do 16500 Švajcarskih franaka, koja varira u zavisnosti od veličine ukupno fakturisane godišnje premije, za društva za osiguranje, odnosno

od veličine ostvarenih godišnjih prihoda, za ostale zainteresovane institucije. Primena Principa je u potpunosti dobrovoljna i neobavezujuća i za kompanije potpisnice. Imajući to u vidu njihova primena nije i ne može biti osnova za pravne ili regulatorne sankcije u slučaju njihovog nepoštovanja od strane Ujedinjenih nacija, kompanija potpisnica ili bilo koje treće strane.

U osnovi koncepta održivog razvoja jeste priznavanje postojanja društvenih troškova koji nisu ugrađeni u cenu proizvoda ili usluga zbog čega kompanije nastoje da unapređuju svoja znanja i daju doprinos očuvanju životne sredine, društvenom razvoju i odgovornom korporativnom upravljanju, što je zajedničko i osiguravajućim društvima. Osiguravajuća društva koja nastoje da posluju odgovorno, odnosno da podržavaju Principe održivog osiguranja se izdvajaju s obzirom da su efekti primene znatno šireg dejstva od samog sektora osiguranja a imajući u vidu brojnost i širinu namena usluga osiguravajućeg pokrića. Nadamo se da će i osiguravajuća društva u Srbiji nastojati da usvoje i primenjuju Principe usvojene na međunarodnom planu i da ćemo u budućem periodu biti svedoci većeg broja aktivnosti sličnih onima koje već sprovode neka osiguravajuća društva uključujući kompaniju Dunav osiguranje („Dunav svici“ – unapređenje bezbednosti dece u saobraćaju, podrška kulturno umetničkim dešavanjima - Sabor trubača u Guči, muzički festival u Vrnjačkoj Banji i sl., Olimpijski tim Srbije, solarna energija i sl.), Uniqa osiguranje (projekat „Putujmo u Evropu“, podržavanje UNICEF projekta „Škola bez nasilja“, Exit festival i sl.), Delta Generali osiguranje (donacije sportskih događaja i sl.), DDOR Novi Sad (Navak – bezbednost u saobraćaju i sl.), Wiener Stadtische osiguranje („Wiener volonterski dan“, „Sportski čas - Ispravi se“ i sl.) itd.

7. Zaključak

Postoje različita definisanja društveno odgovornog poslovanja u SAD i u Evropi. U naučnom smislu najveći doprinos dao je Kerol koji razlikuje četiri grupe odgovornosti: ekonomske odgovornosti, pravne odgovornosti, etičke i filantropske odgovornosti. Istraživanja pokazuju da su kompanije koje ostvaruju zaštitu širih društvenih interesa finansijski uspešnije.

Društveno odgovorno poslovanje postoji kroz gotovo čitavu istoriju, a posebno od stare Grčke i Rima. U današnje vreme društvena odgovornost predstavlja imperativ za sve poslovne subjekte, uključujući osiguravajuća društva.

Osiguravajuća i reosiguravajuća društva su u najboljoj poziciji da u potpunosti ispune sve aspekte koncepta korporativne društvene

odgovornosti imajući u vidu da ona direktno zapošljavaju velik broj ljudi koji su ključni za njen razvoj, učestvuju u podsticanju privrednog razvoja kao značajni institucionalni investitori na finansijskim tržištima čime se indirektno utiče i na povećanje društvenog bogatstva i ljudskog blagostanja a svojim investicijama u održive izvore energije kao i pružanjem usluga osiguravajućeg pokrića za obnovljive izvore energije.

Postoje tri grupe principa usaglašenih na međunarodnom nivou: Globalni dogovor, principi o odgovornom investiranju i principi održivog osiguranja. Iako su prva dva značajna za rad osiguravajućih društava, posebno za institucionalno investiranje, najvažniji principi za osiguravajuća društva su principi održivog osiguranja.

Prof. Vladimir Njegomir, PhD

Faculty of Legal and Business Studies „Lazar Vrkatić“, Novi Sad

Prof. Zdravko Petrović, PhD

University „John Neisbitt“; Attorney at Law, Belgrade

ENTREPRENEURSHIP IN INSURANCE: THE IMPORTANCE AND LEGAL PRINCIPLES OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY OF INSURANCE COMPANIES

Summary

Entrepreneurship involves the exploitation of market opportunities that is based on ideas and innovation. The aim of entrepreneurship in insurance companies is to encourage innovation, the creation of new businesses, increase profitability while taking care to society. Corporate social responsibility means that insurance companies, following the premise of corporate entrepreneurship, in its business integrate the care of the environment in which they operate. The aim of the paper is to present the main features of social responsibility in insurance in the entrepreneurial context. In this paper we point to the definition of social responsibility in insurance, to the historical context and the importance of social responsibility as well as the latest law principles of social responsibility of insurance companies at the international level.

Key words: entrepreneurship, insurance, law principles, social responsibility.

USLOVNA OSUDA U ŠPANSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt

U savremenom krivičnom pravu kazna zatvora je danas osnovna i najznačajnija vrsta krivične sankcije koja se izriče učinocima krivičnih dela u cilju sprečavanja i suzbijanja kriminaliteta. No, sva krivična zakonodavstva pored безусловne kazne zatvora poznaju i različite modalitete njegovog izricanja ili izvršenja. To su različiti oblici supstituta ili alternativa u slučajevima kada prema oceni ličnosti učinioa krivičnog dela nije neophodno njegovo bezuslovno lišenje slobode. Tako se razlikuje potpuna ili delimična suspenzija kazne zatvora ili neke druge vrste kazne. U prvom slučaju radi se o uslovnoj osudi. To je potpuno izuzeće od izvršenja sudskom odlukom izrečene ili utvrđene kazne zatvora (i ili druge vrste i mere kazne) za određeno vreme (vreme proveravanja) i pod određenim uslovima. U slučaju da uslovno osuđeni ne ispuni postavljene opšte i posebne, obavezne ili fakultativne uslove, krivično pravo predviđa obavezno ili fakultativno opozivanje uslovne osude. No, pored uslovne osude kao oblika ili modaliteta izvršenja izrečene kazne zatvora, pojedina savremena krivična zakonodavstva poznaju i uslovnu osudu kao posebnu vrstu krivične sankcije – kao meru upozorenja. Pretpostavka za primenu ovih mera jeste ispunjenje formalnih uslova – u pogledu vrste i visine izrečene, odnosno izdržane kazne zatvora i materijalnih uslova – ocena suda da primena kazne u konkretnom slučaju nije neophodna jer se ciljevi (svrha) kažnjavanja mogu ostvariti i bez efektivnog izvršenja kazne zatvora u celosti ili delimično. Upravo o pojmu, karakteristikama, uslovima i načinima izvršenja ovih oblika suspenzije kazne zatvora u španskom krivičnom pravu sa teorijskog i praktičnog aspekta govori i ovaj rad.

Ključne reči: zakon, krivično delo, krivične sankcije, sud, mere upozorenja, uslovna osuda, Španija.

¹ Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs.

1.Uvod

U savremenom evropskom krivičnom pravu u sistemu mera društvene reakcije na kriminalitet preovladavaju po svom značaju kazne, a među njima kazna zatvora. To je lišenje slobode kretanja učinioca krivičnog dela za u sudskoj odluci određeno vreme. Ona je propisana za najveći broj krivičnih dela samostalno ili alternativno, odnosno kumulativno sa novčanom kaznom. Izriče se za određeno zakonom propisano vreme². Ali izrečena mera kazne zatvora ne mora u svakom konkretnom slučaju da se efektivno i izvrši u potpunosti³. To znači da osuđeno lice ne mora u potpunosti ili delimično da izdrži izrečenu kaznu ako sud u donetoj presudi izrekne uslovnu osudu, odnosno u toku izdržavanja izrečene kazne zatvora ovu delimično suspenduje primenom uslovnog otpusta. Na taj način se efektivno izvršenje utvrđene kazne odlaže u potpunosti ili delimično za određeno vreme (vreme proveravanja) pod određenim uslovima. No, ukoliko uslovno osuđeno lice ne ispuni postavljene obaveze i ne postupi po zahtevima u pogledu ponašanja, uslovna osuda (a shodno tome i uslovni otpust) se može (a u nekim slučajevima i mora) opozvati.

Uslovna osuda⁴ danas predstavlja posebnu, samostalnu vrstu krivične sankcije u sistemu mera društvene reakcije prema učiniocima krivičnih dela. Ona spada u mere upozorenja (upozoravajuće, opominjuće ili admonitivne) krivične sankcije koje se mogu izreći od strane suda u zakonom propisanom postupku svakom učiniocu krivičnog dela. No, u uporednom krivičnom zakonodavstvu ova sankcija ponekad predstavlja samo oblik (formu, način) izvršenja izrečene kazne ili pak podvrstu kazni ili pak oblik amnestije ili pomilovanja, što ukazuje da i danas u pravnoj teoriji zaokuplja pažnju u pogledu razmatranja njene pravne prirode i značaja, iako se radi o sankciji koja je uvedena u krivično zakonodavstvo početkom 20. veka.

Uslovna osuda i druge upozoravajuće, opominjuće ili admonitivne krivične sankcije su nastale krajem 19. veka kao supstituti⁵ kratke kazne zatvora u slučajevima kada njeno izvršenje nije nužno za ostvarenje svrhe kažnjavanja. One su predstavljale dalji doprinos razvoju ideje specijalne prevencije i individualizacije u primeni krivičnih sankcija prema učiniocima lakših krivičnih dela. Mere upozorenja su zakonom predviđene mere društvene reakcije koje sud u zakonom predviđenom postupku izriče punoletnom učiniocu krivičnog dela, a koje se u cilju zaštite društva od kriminaliteta sastoje u upozorenju učinioca da mu u

² D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava*, Beograd 2011., 759.

³ V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, *Kazneno pravo-Opći dio*, Rijeka 2013., 211-213.

⁴ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 2*, Sarajevo 2016., 218-221.

⁵ D. Jovašević, *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd 2016., 268-270.

slučaju ponovnog izvršenja krivičnog dela slobode i prava koja inače uživa kao i svaki drugi građanin mogu biti oduzete ili ograničene za određeno vreme. Krivični zakonik Kraljevine Španije⁶ iz 1995. godine (KZ) u čl. 64-77. predviđa uslovnu osudu kao formu (oblik) izvršenja izrečene kazne zatvora.

U teoriji se ističu sledeće karakteristike uslovne osude: a) to je mera opomene i upozorenja koja ne sadrži zlo, represiju ili prinudu u smislu oduzimanja ili ograničavanja sloboda ili prava učiniocu krivičnog dela, ali predočava, ukazuje na mogućnost njihove primene. No, i ovde se radi o meri koja se primenjuje prema učiniocu krivičnog dela protiv i mimo njegove volje, b) to je mera koje predstavlja supstitut kazne jer je njena primena vezana za kaznu, v) ona se primenjuje zavisno od prirode, težine i vrste krivičnog dela, odnosno zavisno od svojstava ličnosti njegovog učinioca (primarni, situacioni, nehatni učinioци) kada sud dođe do uverenja da je izricanje kazne nepotrebno sa aspekta ostvarenja svrhe primene krivičnih sankcija, g) humani karakter ove mere proizilazi iz njegove prirode, karaktera i dejstva jer ona ne predstavlja zlo i prinudu prema učiniocu krivičnog dela i d) sa aspekta svrhe krivičnih sankcija radi se o merama izrazito specijalno preventivnog karaktera.

2. Pojam i sistemi uslovne osude

Uslovna osuda je odlaganje izvršenja utvrđene kazne učiniocu krivičnog dela pod uslovom da za vreme koje odredi sud ne izvrši novo krivično delo⁷. Ako uslovno osuđeno lice ne izvrši novo krivično delo u određenom roku i ispuní druge postavljene obaveze tada do izvršenja kazne neće ni doći, a ono će se smatrati kao da nije osuđivano. U protivnom, uslovna osuda se opoziva, a utvrđena kazna izvršava. To znači da je uslovna osuda opraštanje kazne (ili privremeno odricanje države da izrekne kaznu) učiniocu krivičnog dela od strane društva pod određenim uslovima, opraštanje koje je bazirano na uverenju suda da će se učinilac ubuduće vladati u skladu sa normama pravnog poretka i da neće vršiti krivična dela⁸.

U pravnoj teoriji se mogu naći i shvatanja prema kojima kod uslovne osude država ne odustaje od reakcije na krivično delo čime se ostvaruje pravednost, kao i generalna i specijalna prevencija, ali se prema učiniocu

⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín de Estado* num. 281-Última modificación: 28 de abril de 2015.

⁷ U savremenom krivičnom pravu poznata je i parcijalna uslovna osuda. Tako član 132-31. francuskog Krivičnog zakonika, član 43. austrijskog Krivičnog zakonika i član 57. Kaznenog zakona Hrvatske predviđaju mogućnost uslovnog odlaganja izvršenja dela utvrđene kazne zatvora. U tom slučaju se uslovna osuda pretvara u anticipirani uslovni otpust.

⁸ D. Jovašević, V. Ikanović, *Krivično pravo Republike Srpske Opšti deo*, Banja Luka 2012., 211-214.

krivičnog dela pokazuje obzirnost tako što se pošteđuje od izvršenja kazne⁹. U nekim pravnim sistemima uslovnu osudu kao vrstu krivične sankcije pored suda mogu da izriču i vanskudski organi (npr. predsednik republike)¹⁰.

Uslovna osuda može biti izrečena kako punoletnom, tako i maloletnom učiniocu krivičnog dela. Postoje dva sistema uslovne osude koji su se razvili iz instituta probation. To su¹¹: a) kontinentalni i b) angloamerički sistem.

Prema kontinentalnom (francusko-belgijskom sistemu koji se naziva i *sursis*, a koji je uveden na ideju senatora Beranžea) sud vodi krivični postupak prema učiniocu krivičnog dela i izriče mu vrstu i meru kazne, ali čije izvršenje odlaže za određeno vreme pod određenim uslovima. Učinitelj se za to vreme ne smatra osuđivanim ako ispuni postavljene uslove. Prednosti ovog sistema su jer se učiniocu krivičnog dela sudi i izriče kazna tako da se u slučaju njenog opozivanja pristupa izvršenju već izrečene kazne. Presuda se donosi na bazi svežih i neposredno utvrđenih dokaza, tako da je mala mogućnost da dođe do grešaka u prikupljanju, utvrđivanju i sudskoj oceni dokaza¹².

Kod angloameričkog sistema¹³ nema vođenja krivičnog postupka, već se suđenje odlaže za vreme dok se učinilac krivičnog dela stavlja pod sistem prokušavanja, odnosno pod nadzor organa pravosuđa i javne bezbednosti pod uslovom da on na to pristaje. Angloamerički sistem prokušavanja je povoljniji za učinioca krivičnog dela s obzirom da ne dolazi do suđenja i izricanja kazne (pa se takvo lice ne smatra osuđivanim), a zaštitni nadzor koji vrše određena lica, štiti ga od iskušenja i pruža mu pomoć u savladavanju svakodnevnih životnih problema za uključivanje u društveno-koristan rad i uzdržavanje od kršenja propisa. Nedostatak ovog sistema dolazi do izražaja u slučaju opozivanja prokušavanja, kada dolazi do suđenja i izricanja osude jer tada mogu nastati teškoće oko prikupljanja i utvrđivanja dokaza zbog proteka vremena.

Krivični zakonik Kraljevine Španije iz 1995. godine sa novelom iz 2015. godine u trećem poglavlju pod nazivom: „Zamena izvršenja kazne lišenja slobode i uslovna osuda“ propisuje više oblika (formi) supstitucije, alternative izrečene kazne zatvora učiniocu krivičnog dela. To su¹⁴:

1. suspenzija izrečene kazne zatvora,
2. zamena izrečene kazne zatvora i
3. uslovni otpust.

⁹ P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb 2004., 379.

¹⁰ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, 189-193.

¹¹ B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb 2007., 244-252.

¹² K. Turković *et al.*, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb 2013., 218-220.

¹³ M. Đorđević, Đ. Đorđević, *Krivično pravo*, Beograd 2014., 99-102.

¹⁴ E. Merino Blanco, *Spanish Law and Legal System*, Thomson, Sweet-Maxwell, 2006., 211-214. .

3. Suspenzija kazne zatvora

3.1. Pojam i karakteristike suspenzije kazne zatvora

Na ovom mestu Krivični zakonik u prvom odeljku pod nazivom: „Suspenzija izvršenja kazne zatvora“¹⁵ definiše pojam, karakteristike, dejstvo, način, uslove i postupak za obustavu izvršenja ili suspenziju kazne zatvora. U odredbi člana 80. KZ se tako navodi da sud može suspendovati (odnosno obustaviti) izvršenje ako se radi o pravnosnažno izrečenoj kazni zatvora u trajanju do dve godine. Ovo je formalni uslov kada sud ima ovlašćenje da donese „opravdanu“ odluku. Tada na osnovu svog slobodnog uverenja, sud na bazi objektivnih okolnosti učinjenog krivičnog dela i subjektivnih okolnosti koje su vezane za ličnost njegovog učinioca procenjuje „opravdanost“ suspenzije izrečene kazne zatvora. U donetoj sudskoj odluci sud razmatra i procenjuje obim, intenzitet i stepen ispoljene kriminalne opasnosti osuđenog lica, ali i činjenicu da li se protiv njega vodi (ili se ranije vodio) drugi krivični postupak.

Pri donošenju odluke o suspenziji izrečene kazne zatvora, sud istovremeno određuje i vreme njenog trajanja, odnosno vreme za koje se izrečena kazna neće i efektivno izvršavati. Ako je učiniocu krivičnog dela izrečena kazna zatvora u trajanju od jedne do dve godine, tada se suspenzija određuje u trajanju od dve do pet godina. Ako se pak radi o izrečenoj kazni zatvora u trajanju do jedne godine, tada se ona može suspendovati u trajanju od tri meseca do jedne godine. Vreme trajanja suspenzije izrečene kazne sud određuje, nakon saslušanja stranaka, imajući u vidu sledeće okolnosti: a) ličnost učinioca krivičnog dela – osuđenog lica, b) vrstu, prirodu i karakteristike učinjenog krivičnog dela i v) vreme trajanja izrečene kazne zatvora (stav 2.). Pri tome je izričito određeno da suspenzija kazne zatvora (ali ne i druge vrste i mere kazne) ne utiče na naknadu štete pričinjene izvršenim krivičnim delom.

Da bi sud doneo odluku o suspenziji izvršenja kazne zatvora, Krivični zakonik u članu 81. propisuje kumulativno ispunjenje sledećih uslova¹⁶:

1. da se radi o primarnom učiniocu krivičnog dela, dakle, licu koje do tada nije uopšte bilo osuđivano. Stoga se sve ranije osude za krivična dela iz nehata ili osude koje su brisane ili tek treba da se brišu iz kaznene evidencije po ispunjenju zakonskih uslova ne uzimaju u obzir kod procene ispunjenosti ovog uslova (u smislu člana 136. KZ),

¹⁵ A. Calderon Cerezo, H. Antonio Choclan Montalvo, *Codigo penal Comentado*, Bilbao 2005., 328-336.

¹⁶ E. Orts Berenguer, A. Matallin Evangelo, *Derecho penal – parte general*, Valencia 2007., 267-281.

2. da je izrečena kazna zatvora u trajanju do dve godine za jedno ili više krivičnih dela u sticaju. Za ocenu ispunjenosti ovog uslova sud ne uzima u obzir ako izrečena kazna uključuje i kaznu zatvora kojom je zamenjena nenaplaćena novčana kazna (supletorni zatvor) i
3. da je učiniocu krivičnog dela po osnovu utvrđene građanske odgovornosti izrečena novčana kazna, osim ako sud koji donosi presudu, nakon saslušanja zainteresovanih stranaka, utvrdi da se ona ne može izvršiti (naplatiti) u potpunosti ili delimično.

Shodno rešenju iz odredbe člana 83. KZ suspenzija izvršenja kazne zatvora se uvek određuje pod uslovom da osuđeno lice u vreme njenog trajanja ne izvrši novo krivično delo. Ovo je obavezan i opšti uslov. Pored njega, zakonodavac predviđa mogućnost da sud pri suspenziji izrečene kazne zatvora, osuđenom licu postavi i druge, tzv. fakultativne uslove (obaveze). I ovi uslovi se moraju ispuniti za vreme trajanja odobrene suspenzije. To su sledeći fakultativni uslovi¹⁷

1. zabrana posećivanja određenih mesta,
2. zabrana približavanja oštećenom licu (žrtvi), njegovim srodnicima ili drugim licima koje odredi sud ili zabrana komunikacije sa njima,
3. zabrana napuštanja mesta prebivališta ili boravišta bez odobrenja nadležnog organa,
4. lični dolazak pred sud, tribunal ili drugu službu radi njihovog obaveštavanja o svojim aktivnostima,
5. učešće u obuci, na radu, u kulturnom ili saobraćajnom obrazovanju (edukaciji), trening programima o seksualnoj ili ekološkoj zaštiti, kao i u programima za zaštitu životinja i
6. ispunjavanje drugih obaveza koje sud smatra opravdanim i potrebnim za društvenu integraciju osuđenog, uz njegovu prethodnu saglasnost, pod uslovom da to nije u suprotnosti sa njegovim ličnim dostojanstvom.

O uspešnom, efikasnom, kvalitetnom i blagovremenom ispunjenju postavljenih opštih i fakultativnih uslova nadležne službe i drugi organi uprave su dužni da svaka tri meseca obaveštavaju sud, kao i da mu ukazuju na probleme i poteškoće u njihovom ispunjenju, odnosno da predlažu način njihovog prevazilaženja.

Ako se pak radi o učiniocu krivičnog dela koje je u vezi sa rodno zasnovanim nasiljem, sud je dužan da pri odobravanju suspenzije izrečene kazne zatvora obavezno osuđenom licu postavi uslove navedene pod 1, 2 i 5. (stav 4.). Dakle, u ovom slučaju i oni postaju obavezni uslovi za suspenziju kazne.

¹⁷ L. Arroyo Zapatero, B. Gomes de la Tore, *Comentarios el Código penal*, Madrid 2007., 178-183.

3.2. Posebni oblici suspenzije kazne zatvora

Krivično pravo Španije poznaje i dva posebna, specifična oblika suspenzije izrečene kazne.

Tako, španski zakonodavac u članu 80. stav 4. KZ poznaje poseban, specifičan oblik suspenzije bilo koje izrečene kazne (a ne samo kazne zatvora) i bez posebnog zahteva osuđenog lica ako ono boluje od ozbiljne bolesti sa neizlečivim posledicama. Ova fakultativna mogućnost suda je isključena ako se radi o osuđenom licu kome je, u vreme izvršenja presuđenog krivičnog dela, ranije već izrečena uslovna osuda¹⁸.

U odredbi člana 87. španski Krivični zakonik poznaje još jedan specifičan oblik suspenzije izrečene kazne zatvora. No, ovde se radi o posebnoj meri ove kazne (ako je u pitanju kazna zatvora izrečena u trajanju do pet godina), ona se odobrava posebnoj vrsti (kategoriji) učinilaca krivičnih dela (licu koje je zavisnik od psihoaktivnih supstanci) i pod posebnim uslovima. Prema ovim zakonskim rešenjima, čak i ako nisu ispunjeni uslovi propisani u članu 81. KZ, sud može da, nakon saslušanja stranaka, naredi suspenziju izvršenja kazne, pod sledećim uslovima: 1) ako je izrečena kazna zatvora u trajanju do pet godina; 2) ako se radi o licu koje je krivično delo izvršilo usled zavisnosti od psihoaktivnih supstanci (to su supstance koje su navedene u članu 20. stav 2. KZ), što mora biti utvrđeno na odgovarajući način od strane akreditovanog ili odobrenog javnog ili privatnog centra ili službe kao veštaka i 3) ako je učinilac krivičnog dela već izlečen od zavisnosti od psihoaktivnih supstanci ili se pak podvrgao ovom lečenju.

Ukoliko se radi o povratniku - recidivisti, tada je sud obavezan da u svakom konkretnom slučaju procenjuje da li je svrsishodno da odobri suspenziju izvršenja kazne. Takvu svoju ocenu ličnosti učinioca krivičnog dela, sud je dužan da obrazloži u donetoj odluci. I kod suspenzije kazne zatvora u ovom slučaju, sud određuje¹⁹:

1. vreme njenog trajanja – ono može da iznosi od tri do pet godina,
2. obavezu uzdržavanja učinioca od daljeg činjenja krivičnih dela i
3. obavezu učinioca da se podvrgne lečenju od zavisnosti od psihoaktivnih supstanci i da takvo lečenje okonča. Tada su nadležni centri ili druge službe gde se sprovodi ovakvo specijalizovano medicinsko lečenje dužni da sudu dostave sve potrebne informacije da li je lečenje započeto u odgovarajućem vremenskom periodu u trajanju do jedne godine, da

¹⁸ G. Guintero Olivares, F. Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, Barcelona 2006., 268-281.

¹⁹ J.M. Zugaldia Espinar, E.J. Perez Alonso, *Derecho penal – parte general*, Valencia 2004., 217-223.

se periodično procenjuje postignuti napredak i ostvareni rezultati u lečenju, da se ukaže na promene koje je potrebno izvršiti, kao i da se donesu odgovarajući zaključci.

Sud je dužan da odobrenu suspenziju kazne zatvora zavisniku od psihoaktivnih supstanci obavezno opozove: 1) ako osuđeno lice u vreme trajanja suspenzije ponovo izvrši jedno ili više krivičnih dela i 2) ako osuđeno lice u vreme trajanja suspenzije prekrši bilo koji od postavljenih uslova.

Ako pak za vreme trajanja suspenzije kazne zatvora u ovom slučaju osuđeno lice ne učini novo krivično delo i ispunji druge postavljene uslove, sud donosi odluku o oprostima kazne pod uslovom da se utvrdi da je ono izlečeno od zavisnosti od psihoaktivnih supstanci ili da je nastavilo sa lečenjem. U suprotnom, sud naređuje izvršenje izrečene kazne zatvora, osim ako, nakon razmatranja izveštaja nadležnih centara ili drugih odgovarajućih organa, smatra neophodnim da se započeto lečenje nastavi. Tada sud svojom obrazloženom odlukom određuje produženje trajanja roka suspenzije u periodu do dve godine.

3.3. Opoziv suspenzije kazne zatvora

No, suspenzija izrečene kazne zatvora za određeno vreme može da bude i neuspešna ako dođe do kršenja opšteg ili fakultativnih uslova od strane osuđenog lica. U tom slučaju dolazi do opoziva prethodno odobrene suspenzije. Član 84. Krivičnog zakonika Kraljevine Španije propisuje da će se suspenzija kazne zatvora obavezno opozvati ako osuđeno lice u vreme njenog trajanja izvrši (ili pokuša) jedno ili više krivičnih dela bez obzira na vrstu i meru propisane kazne (stav 1.)²⁰.

Do obaveznog opoziva odobrene suspenzije izrečene kazne zatvora dolazi još u jednom slučaju. Shodno rešenju iz člana 84. stav 3. KZ ako je suspendovana kazna zatvora koja je izrečena zbog izvršenja krivičnog dela u vezi sa rodno zasnovanim nasiljem, ona se mora obavezno opozvati i ako je osuđeno lice u vreme njenog trajanja prekršilo postavljene obaveze ili dužnosti (iz člana 83. stav 1. KZ) kao što su²¹:

1. zabrana posećivanja određenih mesta,
2. zabrana približavanja oštećenom licu (žrtvi), njegovim srodnicima ili drugim licima koje odredi sud ili zabrana komunikacije sa njima ili
3. učešće u obuci, na radu, u kulturnom ili saob raćajnom obrazovanju

²⁰ J. Sanchez Melgar, *Codigo penal – comentarios*, Madrid 2006., 389-399.

²¹ C. Climent Duran, F. Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados*, Valencia 2004., 389-401.

(edukaciji), trening programima o seksualnoj ili ekološkoj zaštiti, kao i u programima za zaštitu životinja.

No, zakonodavac poznaje i fakultativni opoziv suspenzije kazne²² (kada suspenzija može biti odobrena, ali i ne mora). Do fakultativnog opoziva suspenzije izrečene kazne dolazi ako osuđeno lice za vreme trajanja suspenzije ne ispuni postavljene obaveze ili dužnosti. U tom slučaju sud može da, nakon saslušanja stranaka, donese jednu od sledećih odluka: a) da opozove suspenziju izrečene kazne zatvora, b) da zameni postavljenu obavezu ili pravilo ponašanja drugom obavezom ili drugim pravilom ili v) da produži vreme trajanja suspenzije, s tim da taj period ni u kom slučaju ne može da bude duži od pet godina. Kada sud opozive suspenziju izrečene kazne zatvora, tada shodno odredbi člana 85. KZ izdaje naredbu za izvršenje kazne.

Ako je vreme trajanja suspenzije kazne već isteklo, a osuđeni u tom periodu nije izvršio novo krivično delo, niti je prekršio postavljene obaveze ili pravila ponašanja, tada sud izdaje naredbu za oprost kazne. Ako se pak radi o slučajevima koji se mogu procesuirati samo na osnovu optužbe ili privatne krivične tužbe od strane oštećenog lica (žrtve), sud je dužan da prvo sasluša takvo lice kao stranku, odnosno njenog zastupnika kada je potrebno, pre nego što donese konačnu odluku o oprost kazne (član 86. KZ).

4. Zamena kazne zatvora

4.1. Pojam i karakteristike zamene kazne zatvora

Drugi oblik ili forma alternative izrečene kazne zatvora u španskom krivičnom pravu nosi naziv: „Zamena kazne zatvora“. Ovaj institut je predviđen u drugom odeljku pod nazivom: „O zameni kazne lišenja slobode“ u odredbama čl. 88-89. KZ.

U odredbi člana 88. KZ²³ je predviđena mogućnost da se izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine zameni novčanom kaznom ili društveno korisnim radom. Prema zakonskom rešenju sud je ovlašćen da primeni ovaj institut, nakon saslušanja stranaka, i to u donetoj presudi ili kasnije, ali pre započinjanja sa izvršenjem izrečene kazne zatvora. U slučaju da je učinocu krivičnog dela izrečena kazna zatvora u trajanju do šest meseci, sud je može zameniti posebnom merom stalnog nadzora (praćenja).

²² A. Calderon Cerezo, J.A. Chochan Montalvo, *Derecho penal – parte general*, Barcelona 2001., 198-209.

²³ J.M. Rodriguez Deveza, A. Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol Parte general*, Madrid 2015., 342-351.

Za primenu ove izuzetne zakonske mogućnosti potrebno je uverenje suda da je pravično i opravdano zameniti izrečenu kaznu zatvora drugom vrstom ili merom društvene reakcije prema osuđenom licu na slobodi. Do ovog uverenja sud dolazi uzimajući u obzir sledeće okolnosti: a) lične okolnosti osuđenog lica, b) prirodu učinjenog krivičnog dela i v) ponašanje osuđenog lica posle izvršenja krivičnog dela, a posebno njegovo zalaganje da nadoknadi u potpunosti ili delimično prouzrokovanu štetu. Ova zamena kazne zatvora se vrši prema principu: jedan dan zatvora se zamenjuje sa dva dnevna iznosa (kvote) novčane kazne, sa jednim danom društveno korisnog rada, odnosno sa jednim danom stalnog nadzora (praćenja).

Pri ovakvoj zameni izrečene kazne zatvora drugim kaznama, odnosno merama sud je ovlašćen da osuđenom licu izrekne da u ostavljenom roku ispuni jednu ili više obaveza koje su propisane u članu 83. KZ. To su sledeće obaveze²⁴:

1. zabrana posećivanja određenih mesta,
2. zabrana približavanja oštećenom licu (žrtvi), njegovim srodnicima ili drugim licima koje odredi sud ili zabrana komunikacije sa njima,
3. zabrana napuštanja mesta prebivališta ili boravišta bez odobrenja nadležnog organa,
4. lični dolazak pred sud, tribunal ili drugu službu radi njihovog obaveštavanja o svojim aktivnostima,
5. učešće u obuci, na radu, u kulturnom ili saobraćajnom obrazovanju (edukaciji), trening programima o seksualnoj ili ekološkoj zaštiti, kao i u programima za zaštitu životinja i
6. ispunjavanje drugih obaveza koje sud smatra opravdanim i potrebnim za društvenu integraciju osuđenog, uz njegovu prethodnu saglasnost, pod uslovom da to nije u suprotnosti sa njegovim ličnim dostojanstvom.

4.2. Posebni oblici zamene kazne zatvora

I kod instituta zamene izrečene kazne zatvora, Krivični zakonik Španije poznaje nekoliko posebnih oblika.

Prvi od njih postoji kada je sud izuzetno ovlašćen da zameni izrečenu kaznu zatvora u trajanju do dve godine novčanom kaznom ili društveno korisnim radom pod sledećim uslovima²⁵: a) ako se ne radi o povratniku, već o primarnom učiniocu krivičnog dela i b) ako okolnosti konkretno izvršenog krivičnog dela i karakteristike ličnosti učinioca ukazuju da bi efektivno izvršenje izrečene kazne zatvora „osujetilo“ –

²⁴ L. Bahmaiera, A. De Moral Grazia, *Criminal Law in Spain*, Kluwer 2011., 178-185.

²⁵ C. Maria Landecho Velasco, *Derecho penal espanol, Parte general*, Madrid 2004., 341-353.

štetilo ostvarenju ciljeva specijalne prevencije i ponovnoj reintegraciji takvog lica u društvo.

Drugi poseban oblik zamene kazne zatvora²⁶ je vezan za prirodu i karakter učinjenog krivičnog dela. Naime, ako se radi o učinocu krivičnog dela u vezi sa rodno zasnovanim nasiljem, tada se izrečena kazna zatvora može zameniti samo društveno korisnim radom ili merom stalnog nadzora (praćenja), ali na drugoj lokaciji koja se nalazi daleko od mesta stanovanja žrtve. Dakle, u ovom slučaju nije moguća zamena kazne zatvora novčanom kaznom. Uz ovako zamenjenu kaznu zatvora, sud osuđenom licu može da izrekne i sledeće obaveze:

1. zabranu posećivanja određenih mesta,
2. zabranu približavanja oštećenom licu (žrtvi), njegovim srodnicima ili drugim licima koje odredi sud ili zabranu komunikacije sa njima i
3. pohađanje posebnih programa reedukacije i psihijatrijskog lečenja.

U slučaju da osuđeno lice u potpunosti ili delimično ne izvrši kaznu ili meru u koju je zamenjena kazna zatvora, presudom izrečena kazna zatvora se izvršava, s tim da se umanjuje za deo izvršene „zamenske kazne ili mere“.

I konačno, treći poseban oblik zamene kazne zatvora se odnosi na posebnu kategoriju učinilaca krivičnih dela. Ovaj je oblik predviđen u članu 89. KZ. Naime, strancu koji ilegalno boravi na teritoriji Kraljevine Španije gde je i učinio krivično delo, kome je za to delo izrečena kazna zatvora u trajanju do šest godina sud u donetoj presudi ili kasnije izrečenu kaznu zatvora zamenjuje proterivanjem (deportacijom) iz zemlje. Od ovog pravila postoji izuzetak ako sud, po prethodnom saslušanju osuđenog, državnog tužioca i ostalih stranaka, a posebno oštećenog (žrtve) ne dođe do uverenja da je efektivno izvršenje izrečene kazne opravdano u kazneno popravnom zavodu u Španiji²⁷.

Na sličan način sud može da postupi i kada je osuđeni stranac izdržao deo od tri četvrtine izrečene kazne zatvora ili kada je pušten na uslovni otpust.

U tom slučaju se stranac ne može vratiti na teritoriju Kraljevine Španije u roku od deset godina od dana deportacije. Danom deportacije se prekidaju i svi upravni postupci koji su se vodili pred nadležnim organima na zahtev osuđenog lica u cilju dobijanja odobrenja za boravak ili rad na teritoriji Španije. Ako se deportovani stranac vrati u Španiju pre isteka roka koji je utvrđen od strane suda, tada se određuje efektivno izvršenje izrečene kazne zatvora u penitensijarnim ustanovama.

²⁶ D. Manuel Luzon Pena, M. Diaz, G. Conlledo, *Codigo Penal*, Madrid 2012., 439-443.

²⁷ H. Birgin, A. Baratta, *Las Trampas del Poder Punitivo: El Genero del Derecho Penal*, Hayden Birgin, 2000., 311-327.

5. Uslovni otpust

5.1. Pojam i uslovi za primenu uslovnog otpusta

Krivični zakonik Kraljevine Španije u odeljku broj 3. pod nazivom: „O uslovnom otpustu“ određuje pojam, karakteristike, vrste i uslove za primenu ove specifične vrste, forme ili oblika izvršenja kazne zatvora na slobodi ili prevremenog otpuštanja osuđenog lica iz zavodske ustanove. Tako su u članu 90. KZ određeni kumulativni uslovi koji moraju biti ispunjeni za primenu uslovnog otpusta. To su sledeći uslovi²⁸:

1. učinilac krivičnog dela treba da je osuđen na kaznu zatvora,
2. da je osuđeno lice izdržalo tri četvrtine izrečene kazne zatvora,
3. da se osuđeno lice za vreme izdržavanja kazne zatvora dobro ponašalo i
4. da je nadležna služba u kazneno popravnom zavodu u svom izveštaju dala pozitivnu procenu budućeg ponašanja osuđenog lica na slobodi i mogućnost njegove društvene reintegracije u smislu člana 67. KZ.

Pri tome se zahteva da je, uz ispunjenje kumulativno navedenih uslova, osuđeno lice ispunilo sve obaveze koje proizilaze iz građanske odgovornosti po osnovu naknade krivičnim delom prouzrokovane štete u smislu člana 72. st. 5 i 6. KZ.

Uslovni otpust se može dati i licu koje je osuđeno za:

- a) krivična dela terorizma,
- b) krivična dela u vezi sa terorističkim organizacijama i grupama i
- v) krivična dela koja su izvršena u okviru kriminalne organizacije.

Pre davanja uslovnog otpusta kod napred navedenih osuđenih lica vrši se posebna procena mogućnosti njegove društvene reintegracije pri čemu se posebno uzimaju u obzir sledeće činjenice: 1) da li je to lice ispoljilo nedvosmisleno uverenje da je napustilo terorističke aktivnosti, 2) da je to lice aktivno sarađivalo sa nadležnim državnim organima u cilju sprečavanja vršenja drugih krivičnih dela od strane oružanih bandi, organizacija ili terorističkih grupa, 3) da li je to lice doprinelo da se ublaže posledice učinjenog krivičnog dela, 4) da li je to lice identifikovalo, uhvatilo ili doprinelo krivičnom gonjenju lica koja su odgovorna za krivična dela terorizma, odnosno pribavilo dokaze i 5) da li je to lice sprečilo aktivnosti organizacije ili udruženja kome je pripadalo ili sa kojim je sarađivalo, što se može potvrditi posebnom izjavom kojom se odriče svojih kriminalnih aktivnosti i napušta nasilje, a posebno ako se izvinuo žrtvama svog kriminalnog delovanja.

²⁸ C. Schmitt, P.E. Woodford, *Derecho y Criminologia*, McGraw Hill, 2002., 389-401.

U svakom slučaju pre donošenja odluke o puštanju na uslovni otpust navedenih lica potrebno je pribaviti i druge izveštaje iz kojih se može zaključiti da je osuđeno lice zaista prekinulo sve veze (kontakte) sa terorističkom organizacijom ili udruženjem kojima je pripadalo, odnosno njihovim okruženjem i njihovim aktivnostima.

Pri davanju uslovnog otpusta osuđenom licu²⁹ sud mu u obrazloženoj odluci može da naredi ispunjenje jedne ili više sledećih obaveza, odnosno da naredi da se pridržava jednog ili više pravila ponašanja ili mera koje su predviđene u članu 83. KZ kao što su:

1. zabrana posećivanja određenih mesta,
2. zabrana približavanja oštećenom licu (žrtvi), njegovim srodnicima ili drugim licima koje odredi sud ili zabrana komunikacije sa njima,
3. zabrana napuštanja mesta prebivališta ili boravišta bez odobrenja nadležnog organa,
4. lični dolazak pred sud, tribunal ili drugu službu radi njihovog obaveštavanja o svojim aktivnostima,
5. učešće u obuci, na radu, u kulturnom ili saobraćajnom obrazovanju (edukaciji), trening programima o seksualnoj ili ekološkoj zaštiti, kao i u programima za zaštitu životinja i
6. ispunjavanje drugih obaveza koje sud smatra opravdanim i potrebnim za društvenu integraciju osuđenog, uz njegovu prethodnu saglasnost, pod uslovom da to nije u suprotnosti sa njegovim ličnim dostojanstvom.

Period uslovnog otpusta shodno odredbi člana 93. KZ traje koliko i period preostalog neizdržanog dela izrečene kazne zatvora. Ukoliko se osuđeno lice za to vreme ne pridržava pravila ponašanja i uslova pod kojima mu je uslovni otpust i odobren, tada sudija Odbora za uslovni otpust obavezno opoziva dati uslovni otpust. U tom slučaju se osuđeno lice vraća u zavodsku ustanovu na izdržavanje preostalog dela izrečene kazne. Ako se pak radi o licu koje je osuđeno za krivična dela terorizma i krivična dela u vezi sa terorističkim organizacijama i grupama, sudija Odbora za uslovni otpust pri odlučivanju o opozivanju datog uslovnog otpusta obavezno zahteva i posebne izveštaje o tome da li uslovi za davanje uslovnog otpusta još uvek postoje ili ne.

5.2. Posebni oblici uslovnog otpusta

U članu 91. Krivični zakonik Kraljevine Španije predviđa posebne oblike uslovnog otpusta³⁰.

²⁹ R. Figueroa Sparti, *Codigo procesal penal*, Madrid 2011., 389-392.

³⁰ M. Hernandez, *Spanish Criminal Code Reform*, Madrid 2014., 271-278.

Naime, izuzetno ako su ispunjeni zakonom propisani uslovi i ako se ne radi o licu koje je osuđeno za: a) krivična dela terorizma, b) krivična dela u vezi sa terorističkim organizacijama i grupama i v) krivična dela koja su izvršena u okviru kriminalne organizacije, sudija za uslovni otpust, na osnovu izveštaja državnog tužioca, generalnog direktora kazneno popravnih ustanova ili drugih ustanova može dati uslovni otpust takvom licu i ako je izdržalo samo dve trećine izrečene kazne zatvora, pod uslovom da ono zasluži takvu privilegiju na osnovu pokazanog ponašanja i vladanja u zavodskoj ustanovi, kontinuiteta u ispunjavanju radnih i drugih obaveza, kao i učešćem u kulturnim i stručnim aktivnostima.

Takođe, na predlog generalnog direktora kazneno popravnih ustanova i posle prethodno pribavljenog izveštaja državnog tužioca, sudija Odbora za uslovni otpust može dati uslovni otpust i osuđenom licu koje je izdržalo samo polovinu izrečene kazne zatvora, što predstavlja izuzetnu mogućnost i privilegiju za osuđeno lice imajući u vidu sledeće okolnosti: a) dužinu izdržane kazne zatvora, b) ako je do potpunog izvršenja izrečene kazne ostalo najviše do devedeset dana za svaku godinu efektivno izdržane kazne i v) ako se ne radi o licu koje je osuđeno za krivična dela terorizma, krivična dela u vezi sa terorističkim organizacijama i grupama ili krivična dela koja su izvršena u okviru kriminalne organizacije. Za primenu ove zakonske mogućnosti potrebno je da sudija dođe do uverenja da je osuđeno lice u potpunosti i efikasno ostvarilo učešće u programima za kompenzaciju žrtvama krivičnih dela ili, po potrebi, da je ostvarilo uspeh u preduzetim programima lečenja ili detoksikacije.

Konačno, u odredbi člana 92. KZ, čak i ako nisu ispunjeni napred navedeni uslovi, u pogledu dužine izdržanog dela izrečene kazne zatvora, osuđenim licima koja su navršila sedamdeset godina života u toku izdržavanja izrečene kazne zatvora ili licima koja boluju od ozbiljne neizlečive bolesti može se dati uslovni otpust. U ovim slučajevima, kazneno popravna ustanova u kojoj se nalaze navedena lica hitno, dakle, bez odlaganja, pokreće postupak za davanje uslovnog otpusta pred sudijom Odbora za uslovni otpust. Pri donošenju odluke vrši se posebna procena ličnih okolnosti osuđenog lica, mogućnost da osuđeno lice ponovo izvrši krivično delo ili drugi prestup i utvrđuje postojanje opasnosti takvog lica po svoju okolinu.

Ukoliko postoji očigledna opasnost za život osuđenog lica zbog bolesti ili starosti, što se utvrđuje nalazom i mišljenjem lekara sudske medicinske struke, kao i izveštajem medicinske službe kazneno popravne ustanove, sudija Odbora za uslovni otpust može dati uslovni otpust i bez formalno ispunjenih uslova uz izveštaj kazneno popravne ustanove o konačnoj prognozi ponašanja i stepena opasnosti osuđenog lica.

6. Zaključak

Savremena krivična zakonodavstva Evrope, pa i krivično zakonodavstvo Kraljevine Španije predviđa razuđen sistem krivičnih sankcija za učinioce krivičnih dela. To je u skladu sa obimom, strukturom i dinamikom kriminaliteta, ali i sa zahtevima kriminalne politike – da se svakom učiniocu krivičnog dela individualizira vrsta i mera društvene reakcije oličene u krivičnoj sankciji koja odgovara stepenu društvene opasnosti učinioca dela, odnosno obimu i intenzitetu prouzrokovane posledice i okolnostima pod kojima je krivično delo učinjeno. Kazne su osnovne i od najstarijih vremena najčešće propisivane i izricane krivične sankcije. I danas je najveći broj krivičnih dela u posebnom delu krivičnog prava zaprečen upravo ovom vrstom krivičnih sankcija.

Ali, pod uticajem ideja o individualizaciji i prevenciji kao osnovnoj funkciji krivičnog prava, početkom 20. veka u sistem krivičnih sankcija se uvode nove vrste mera društvene reakcije. To su alternativne mere, mere upozorenja (opominjuće, upozoravajuće, admonitivne krivične sankcije), kao supstituti kazne zatvora (ili druge kazne), među kojima se posebno ističe uslovna osuda. Te su mere potpuno lišene retributivnog karaktera, njihovom primenom se od učinioca krivičnog dela ne oduzimaju ili mu se ne ograničavaju slobode i prava, ali mu se njihovo oduzimanje i ograničenje stavljaju u izgled ako se ne uzdrži od daljeg kršenja pravnih propisa i vršenja krivičnih dela. Na taj način se psihološkom „prinudom“ utiče na učinioca krivičnog dela u smislu popravljanja njegovog ponašanja, uzdržavanja od kršenja propisa i ponašanja i vladanja na slobodi pod određenim ograničenjima i pod pretnjom primene u zakonu propisane ili u sudskoj odluci izrečene vrste i mere kazne.

Slično, kao i u drugim savremenim krivičnim zakonodavstvima, i krivično pravo Kraljevine Španije poznaje više različitih oblika ili formi supstituta ili alternativa kazni zatvora. Tu se na prvom mestu ističe suspenzija (obustava) izvršenja izrečene kazne zatvora u trajanju do dve godine pod određenim uslovima i za određeno vreme (do pet godina). Pored osnovnog, Krivični zakonik poznaje i dva posebna oblika suspenzije kazne: a) bilo koje kazne, a ne samo kazne zatvora i b) osuđenom licu posebno narušenog psihičkog ili fizičkog zdravlja. Pored suspenzije, Zakonik poznaje i mogućnost zamene izrečene kazne zatvora u trajanju do jedne godine novčanom kaznom ili društveno korisnim radom, odnosno stalnim nadzorom ako se radi o zameni kazne zatvora u trajanju do šest meseci.

Za razliku od prethodnih oblika potpune, doduše uslovljene, zamene ili obustave izvršenja izrečene kazne zatvora, špansko krivično pravo poznaje i delimičnu, parcijalnu suspenziju izvršenja kazne zatvora

pre njenog okončanja u potpunosti putem primene instituta uslovnog otpusta. Pored uslovnog otpusta za čije davanje se zahteva izvršenje tri četvrtine izrečene kazne zatvora uz pozitivne promene u ponašanju osuđenog lica, Krivični zakonik poznaje i više posebnih oblika uslovnog otpusta koji se može dati posle izdržane polove kazne zatvora, odnosno prema osuđenim licima zbog starosti ili teške i ozbiljne neizlečive bolesti. U svim ovim slučajevima radi se o modalitetima zamene ili obustave u potpunosti ili delimično izvršenja kazne zatvora, za određeno vreme i pod određenim uslovima koje daje sud na osnovu svih okolnosti konkretnog slučaja.

Prof. Dragan Jovašević, Ph.D

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

SUSPENDED SENTENCE IN THE SPANISH CRIMINAL LAW

Summary

In the contemporary criminal law, a prison sentence is the basic and most important type of criminal sanctions to be imposed to the perpetrators in order to prevent and combat crime. But, apart from unconditional prison sentence, all criminal legislations also know different modalities of its imposition or execution. These are different forms of substitute or alternative sentences in cases where unconditional detention is not necessary. Thus, we can distinguish full or partial suspension of the prison sentence or some other kind of punishment. In the first case, it is about the suspended sentence. This is a complete exemption from the execution of a court decision handed down prison sentences or determined (and or other types and extent of punishment) for a specified time (checking) and under certain conditions. In case that conditionally convicted person does not meet the set of general and special, mandatory or optional requirements, criminal law provides for mandatory or optional revoke of the suspended sentence. However, in addition to the suspended sentence as a form or modality of execution of imposed prison sentences, some modern criminal laws recognize suspended sentence as a special kind of criminal penalties - as a measure of warning. A prerequisite for the implementation of these

measures is the fulfilment of the formal requirements - in terms of type and duration of prison sentence, or material conditions - assessment of the court that the application of penalties in the concrete case, is not necessary because the goals (purpose) of punishment can be achieved without effective enforcement of prison sentences in whole or in part. This paper is about the concept, characteristics, conditions and methods of implementation of these forms of prison sentence suspension in the Spanish criminal law.

Key words: code, criminal act, criminal sanctions, warning measure, suspended sentence, Spain.

POSLEDICE FINANSIJSKIH KRIZA – UPOREDNOPRAVNA ANALIZA

Apstrakt

Sa svakom novom finansijskom krizom aktuelizuje se pitanje regulisanja i delotvornosti predloženih mera i rešenja u cilju suzbijanja krize. U radu autor se služi uporednopravnim i istorijskopравnim metodom, analizirajući posledice finansijskih kriza na tržište kapitala, kao i na tržište u celini. U uvodnom delu objašnjava se nastanak berzanskog kraha, navodeći brojne činioce koji mogu dovesti do kraha berze i sloma finansijskog tržišta. U drugom delu dat je prikaz najznačajnijih berzanskih krahova u istoriji, sa posebnim osvrtom na posledice koje su proizveli ti krahovi. U poslednjem delu ukratko se ukazuje na poslovanje Beogradske berze, kao i na osobenosti domaćeg finansijskog tržišta. U zaključku se ističe značaj berzi u savremenim uslovima poslovanja, s ciljem sprečavanja kriza, i/ili ublažavanja postojećih kriza.

Ključne reči: finansijska kriza, berzanski mehur, Velika ekonomska kriza, globalna recesija, Beogradska berza

1. Uvod

Privredna kriza predstavlja proces opadanja tržišne vrednosti robe, kapitala, tj. vrednosnih papira i novca na određenom tržištu. Proces nastupa usled delovanja ekonomskih zakona vrednosti na tržištu, kad god je opšta ponuda predmeta trgovine permanentno veća od opšte potražnje za njima u određenoj sredini. U tom slučaju dolazi do opadanja njihove cene na tržištu, s obzirom da kupci nemaju novca, te prodavci moraju da ih snižavaju da bi povratili uloženi kapital u njihovu nabavku. Na tržištu vrednosnih papira kriza se ispoljava u opadanju cena, jer je njihova ponuda (tj. tražnja za ušteđenim kapitalom – novcem) veća od tražnje (tj. ponude ušteđenog kapitala), pa su ulagači nespremni da ih kupe.³

¹ Istraživač saradnik, Institut društvenih nauka, Beograd, e-mail: rsovilj@idn.org.rs.

² Istraživač saradnik, Institut društvenih nauka, Beograd, e-mail: szlatanovic@idn.org.rs.

³ N. Jovanović, *Berzansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009., 193.

SPZ_1_2017 Da bi se smatralo da je nastupila privredna kriza neophodno je da se ispuni nekoliko uslova. Kao prvo, potrebno je da bude opšta, tj. da obuhvati celokupno tržište, ili značajan segment tog tržišta. Drugo, privredna kriza nužno mora da je izazvana ekonomskim uzrocima, a ne događajima izvan ekonomije, npr. ratovi, štrajkovi, sankcije. Treće, neophodno je da je kriza permanentnija, minimum šest meseci neprekidno. Kratkotrajan poremećaj na tržištu, u preovlađujućoj stabilnosti ili usponu, ne smatra se krizom, već prolaznom neusklađenošću ponude i tražnje. Četvrto, neophodno je da je pad cena neuobičajeno visok, stoga što se blagi padovi cena dešavaju i na najstabilnijim tržištima.⁴

Kada govorimo o uzrocima nastajanja finansijskih kriza, treba istaći da su raznovrsni i u nauci sporni, s obzirom da postoje brojne teorije. Zastupnici monetarne teorije uzrok vide u nekontrolisanom povećanju i smanjenju količine novca u opticaju, kreditiranjem privrede, pri čemu dolazi do inflacije i kočenja privrednih aktivnosti. Predstavnici tehničkih teorija zastupaju stanovište da do kriza dolazi uvođenjem novih pronalazaka i tehničkih unapređenja, čime se smanjuje potreba za ljudskim radom, i povećava nezaposlenost, a smanjuje kupovna moć stanovništva. Marksističke teorije kao glavni uzrok kriza vide kontradiktornost kapitalizma, koja se ispoljava u sukobu težnje kapitalista za što većim bogaćenjem, uz konstantno povećanje proizvodnje, a na drugoj strani isplatom niskih nadnica radnicima. I na kraju, predstavnici političkih teorija uzrok kriza vide u neodgovornom ponašanju političara, koji manipulišu monetarnom i poreskom politikom s ciljem što dužeg ostajanja na vlasti.⁵

Finansijske krize su često izbijale u vidu krahova na berzama, usled naglog pada berzanskih kurseva. Naročito su ozbiljni krahovi efektnih berzi (berzi hartija od vrednosti), usled masovnog izigravanja neukih investitora. Po pravilu, krahovi nastaju kao posledica neobuzdanih manipulacija i špekulacija na berzi, trgovinom nepouzdatih vrednosnih papira, ili usled stanja privrednog sistema u okviru kojeg je neki sektor finansiranja veštački prenaduvan i neophodno ga je vratiti na nivo stabilnosti. Ponekad su krahovi na berzama dovodili i do sloma finansijskog sistema jedne zemlje, a često su se prelivali i na druge zemlje, označavajući početak dugotrajnih privrednih kriza i velikih depresija.

2. Nastajanje berzanskog kraha i mehura

Berzanski krah predstavlja pad berzanskih kurseva, odnosno pad ukupne vrednosti tržišta. U tom trenutku nastupa panika među ulagačima, koji počinju nekontrolisano da prodaju svoje vrednosne papire usled

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, 198.

gubitka njihove vrednosti, što dovodi i do znatne nestabilnosti tržišta. Između berzanskih krahova i balona postoji uzročno-posledična veza, s obzirom da jedno prouzrokuje nastanak drugog.

Špekulativni berzanski baloni ili mehuri (asset price bubble ili speculative bubble) predstavljaju situacije u kojima tržišne cene u dužem periodu i u istom smeru beleže kretanje koje odstupa od putanje određene osnovnim faktorima. Na berzama akcija najčešće je to oštar i trajan uspon cena akcija, koji nema uporište u očekivanom porastu dobiti i dividendi, a dimenzije balona se mere rastom odnosa tržišne cene i dobitka po akciji. Kada mehur i suviše naraste, dolazi do njegovog pucanja, što ukazuje da cene menjaju smer i približavaju se realnom nivou. Prema Šileru, špekulativni balon jeste situacija u kojoj se privremeno visoke cene odražavaju zahvaljujući entuzijazmu investitora, a ne konzistentnoj proceni realne vrednosti.⁶

Naduvavanje balona cena na finansijskom tržištu, kao i njegovo prskanje predstavljaju pojave koje nisu jasno definisane i istražene i pored mnogobrojnih berzanskih krahova u istoriji finansijskih tržišta. Često je do sloma na berzi dolazilo i kada se to nije očekivalo, dok je u drugim situacijama tržište opstajalo na visokom nivou i pored najava o prilagođavanju cena na dole.

U nauci postoje različita shvatanja o nastanku špekulativnih mehura. Jedan deo naučne javnosti zagovara tezu da su baloni racionalna pojava, koja proističe iz racionalnih očekivanja investitora o svetloj budućnosti korporativnog sektora i finansijskog tržišta, što se odražava na trajan uspon cena akcija. Polazi se da je tržište efikasno u informacionom smislu, i da verno odražava sve raspoložive informacije. Stoga uspon cena ne predstavlja balon, već odražava očekivanja o rastućim tokovima gotovine, koje će akcije u dužem roku odbacivati. Zagovornici ovog pristupa objašnjavaju prvobitne berzanske krahove isključivo fundamentalnim faktorima.⁷

Čini se ipak, da su i pored dejstva objektivnih ekonomskih snaga, razvoj i pucanje mehura tesno povezani sa neracionalnim očekivanjima i psihologijom tržišta.

Određen deo naučne javnosti negira tezu o postajanju racionalnih balona. Oni ističu da je svako doba karakteristično po “novoj ekonomiji”,

⁶ S. Vučković, „Zašto nastaju špekulativni baloni?“, *Ekonomске teme* 2/2009, 216.

⁷ Jedan od prvih zabeleženih berzanskih krahova je slom tržišta lala u Holandiji početkom 17. veka. Tulipomanija je zavládala Holandijom, a ljudi su prodavali celokupnu imovinu ne bi li ostvarili enormne zarade. U jednom trenutku cene lala su postigle izuzetno visoku cenu, da kada su cene krenule naniže, lavina nije mogla da se zaustavi. Posledica pucanja ovog balona i recesija u Holandiji nisu poštedeli nikoga, pa ni one koji su se obogatili u ovoj trgovini. Garber objašnjava da je do pada cena lala došlo kada su se retke lukovice primile i počele razmnožavati. Takođe navodi da osim poremećaja na strani ponude, došlo je i do rasta potražnje: bogati Francuzi nisu pitali za cenu novih cvetova, jer su njihove dame, prateći novu modu, želele da ukrase svoju odeću originalnim lalama. *Ibid.*, 217.

što bi značilo da se otkrića precenjuju, i da se predviđa svetla budućnost za inovativne forme poslovanja. I na finansijskom tržištu su razvijeni specifični načini trgovine poput: programirana trgovina, investiranje bez posrednika i neposrednog učešća na berzi, što je davalo osećaj moći i sposobnosti da se kontrolišu tržišna kretanja i sudbina investicija. Investiranjem su počeli da se bave svi, bez obzira kojoj struci ili staležu pripadaju. Ulagачi su često skloni da previde znake upozorenja, a pohlepa i gramzivost ih zaslepljuje i vodi u propast. Ne treba osporiti činjenicu da su nekada države, a danas multinacionalne kompanije, sklone prevarama i malverzacijama, i da ulagači često nemaju sve relevantne podatke. Ulagачi su oprezniji u godinama posle berzanskih krahova, ali pamćenje brzo blede i ponavljaju se greške iz prošlosti. U prilog tome govore i istraživanja u sprovedena u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD), prema kojima čak više od 95% investitora smatra da su akcije najbolji mogući finansijski instrument za ulaganje na dugi rok, a 90% investitora smatra da bi se berza oporavila nakon nekoliko godina ukoliko dođe do njenog kraha. Zaključuje se da su ulagači skloni senzacionalizmu, radije ulažu u kompanije koje obećavaju brzu zaradu, iskazujući preveliki optimizam, odbacujući informacije koje ne potvrđuju njihove stavove, čime ubrzavaju i intenziviraju pad akcija kada dođe do evidentnih znakova krize.⁸

3. Najznačajniji berzanski krahovi

3.1. Južnomorski mehur 1720. godine

Jedan od najstarijih krahova dogodio se na Londonskoj efektnoj berzi 1720. godine. U pitanju je “Južnomorski mehur” (South Sea Bubble), poznat po imenu kompanije koja je bila vinovnik. Devet godina ranije, engleski parlament doneo je odluku kojom je osnovana pomenuta kompanija kako bi zadovoljili poverioce koji su kreditirali državu u nekoliko ratova.⁹

⁸ *Ibid.*, 218-220.

⁹ J. Janjušević, Globalna finansijska kriza, 10, <http://www.fps.unimediterranean.net>, 05.12.2016. Zbog ratova koji je Engleska vodila protiv Francuske početkom 18. veka nacionalni dug iznosio je dvadesetih godina tog veka trideset miliona funti. Kako bi umanjili dug, članovi engleskog parlamenta su izneli predlog članovima Kompanije južnih mora kojim bi stekli monopol na trgovinu robovima u zemljama Južne Amerike i Meksika, a za uzvrat bi kompanija pozajmila deset miliona funti (prvobitno sedam miliona) parlamentu za pokrivanje nacionalnog duga. Uz otplatu duga Engleska se obavezala da plati i kamatu od 6% po isteku ugovora. Vlasnik kompanije Robert Harli prihvatio je predlog, čime je započeta jedna od najvećih finansijskih prevara u istoriji. Uporedo sa nastankom Kompanije južnih mora, u Francuskoj je osnovana kompanija *Mississippi Company* koja je u svom vlasništvu posedovala teritoriju Lujzijane u Americi. Kako Francuska, tako i Engleska imale su za cilj da zaustave špansku dominaciju u preokookeanskoj trgovini sa kolonijama u Americi. R.G.P. Frehen, W. Goetzmann, K.G. Rouwenhorst, „New Evidence on the First Financial Bubble“, *Yale ICF Working Paper*, No.09-04/2009, 4.

Odmah po osnivanju, Kompanija Južnih mora otpočela je sa emitovanjem akcija, ne bi li prikupila svež kapital od stanovništva. Predviđalo se da će kompanija zbog monopolskih prava ostvariti veliki profit iz kojeg bi se smanjio nacionalni dug, bilo punjenjem budžeta (s obzirom da je i Engleska bila veliki akcionar), ili pretvaranjem kreditora države u akcionare kompanije. Većina poverioca države namirila je svoje potraživanje, dobivši za uzvrat akcije kompanije, umesto novca, oslobađajući državu duga.¹⁰

Međutim situacija je krenula silaznom putanjom. Kompanija Južnih mora je od početka stvarala velike gubitke umesto dobiti, s obzirom da su joj bila neophodna velika sredstva za ulaganje u infrastrukturu u britanskim kolonijama (izgradnja puteva, železnice, brodova, otvaranje rudnika). U javnosti su konstantni gubici pokriveni sakupljanjem novih udela putem novih emisija akcija i drugih hartija od vrednosti. Uprava kompanije je u javnosti prividno stvarala utisak da kompanija uspešno posluje, što je podržavala isplatom visokih dividendi.¹¹ Time je stvoreno veliko interesovanje za njene hartije, koje su brzo rasprodavane, s obzirom da su investitori bili u zabludi o njihovoj realnoj vrednosti i riziku kojem se izlažu. Na tržištu Londonske efektne berze, akcije ove kompanije su prodavane po kursovima daleko iznad nominalne cene, stoga je njihova ukupna vrednost na berzi 1720. godine iznosila oko 500 miliona funti. To je bilo pet puta više od ukupne vrednosti gotovog novca u opticaju u svim zemljama tadašnje Evrope. U avgustu 1720. godine cena akcija iznosila je 1000 funti, prodaja je bila tolika, da je njihova cena ubrzo počela strmoglavno da pada. Mehur se naduvao do samih granica i uskoro je pukao, kada se saznalo za velike gubitke. Dogodio se jedan od najvećih berzanskih krahova u istoriji. Cene hartija od vrednosti su odjednom pale, do kraja 1721. godine, cena se vratila na vrednost koja je bila i niža od nominalne vrednosti po kojoj su hartije u početku bile emitovane. Mnoštvo bogatih ulagača i njihovih porodica koji su ih posedovali preko noći su potpuno propali. Mali je broj onih koji su uspeli da ih prodaju, kada im je cena bila najviša. Sasvim očekivano među dobitnicima bili su direktori kompanije, visoki državni funkcioneri, uključujući i Princa od Velsa, i ser Roberta Valpola, tadašnjeg premijera Velike Britanije, dok je među gubitnicima bio cenjeni fizičar Isak Njutn (procenjuje se da je izgubio 20.000 funti).¹²

Juna 1720. godine britanski parlament doneo je Zakon o mehurima (Bubble Act) u cilju zaštite investitora od sličnih obmana. Ovim zakonom je u jeku liberalnog kapitalizma u tadašnjoj najmoćnijoj zemlji sveta,

¹⁰ N. Jovanović, 192.

¹¹ V. Dugalić, M. Štimac, *Osnove berzanskog poslovanja*, Stubovi kulture, Beograd 2011., 114.

¹² N. Jovanović, 192.

zabranjeno osnivanje novih akcionarskih društava bez dozvole nadležnog državnog organa, premda su akcionarska društva bila nosioci ekonomskog razvoja. Godine 1721. raspušten je parlament, započela je istraga vezana za Kompaniju južnih mora, u toku koje se došlo do saznanja u umešanost velikog broja članova parlamenta. Neki od njih su osuđeni na smrt, dok su drugi osuđeni na doživotnu robiju.

Pomenuti finasijski krah naveo je mnoge evropske zemlje da donesu propise kojima se reguliše poslovanje na berzama. U Amsterdamu je osnivanje novih akcionarskih društava restriktivno regulisano gradskom ordonansom od 6.10.1720. godine, dok su vlasti u Hamburgu donele odgovarajuće propise 26.6.1720. godine. Do kraja 1720. godine cene hartija od vrednosti na svim berzama širom Evrope dostigle su najniže vrednosti, i tako je bilo sve do 19. veka. Iako se događaji iz 1720. godine vezuju za Kompaniju južnih mora, postojalo je još nekoliko kompanija čije su hartije od vrednosti postigle znatno veću vrednost pre nego što je pukao mehur. To je slučaj sa dvema kompanijama pomorskog osiguranja *Royal Exchange Assurance* i *London Assurance* čiji je multiplikator rasta i pada vrednosti akcija bio znatno dramatičniji nego sa akcijama Kompanije južnog mora.¹³

3.2. Velika američka depresija 1929-1933

Najveći finasijski krah u istoriji dogodio se 1929. godine u SAD, krahom Njujorške berze, što je predstavljalo početak velike privredne krize koja je zadesila Ameriku ali i ceo svet u periodu od 1929. do 1933. godine. Tokom dvadesetih godina 20. veka kursevi akcija su naglo rasli na svim berzama širom SAD, a posebno na Njujorškoj efektnoj berzi, kao najvećoj u zemlji, koja je postala jedan od najznačajnijih finasijskih centara sveta. Ljudi su kupovali što više akcija ne bi li uvećali svoje bogatstvo. Većina njih je obavljala kupovinu na kredit (on margin), a to znači da je kupac – investitor, u trenutku zaključenja ugovora, plaćao samo deo ugovorene cene za kupljene vrednosnice, dok bi ostatak platio kasnije.¹⁴ S obzirom

¹³ Još jedan čuven slučaj desio se u Francuskoj. U pitanju je Mississippi Company. Škotlandanin Džon Lo osnovao je 1716 godine banku kojom je podržavao finansiranje vlade. Naredne godine kupio je holding kompaniju koja je posedovala kraljevske patente. U međuvremenu kompanija Misisipi stekla je još nekoliko preduzeća, da bi se 1720. godine spojila sa pomenutom bankom čime je stvorena privatna kompanija koja je kontrolisala finasijsko tržište Francuske. Džon Lo je emitovao akcije i varante u javnosti, dovodeći do dramatičnog rasta vrednosti akcija kompanije, naročito tokom 1719. i početkom 1720. godine. Čuveni Misisipi balon se naduvao, i pukao u trenutku kada je Lo sproveo konvertovanje francuskog novca u akcijski kapital kompanije. Nakon 1720. godine mnoge kompanije su zatvorene, malo je onih koje su preživele berzanski krah. R.G.P. Frehen, W. Goetzmann, K.G. Rouwenhorst, 11-16.

¹⁴ Zanimljivo je da su gotovo svi učesnici na tržištu pretrpeli velike gubitke, uključujući i profesionalne berzanske trgovce poput Džona Rokfelera, i stručnjake (npr. Irvina Fišera, cenjenog profesora ekonomije na Jelu). To je bilo tzv. "crnog oktobra" 1929. godine, N. Jovanović, 194.

na trend rasta cena gotovo svih akcija, očekivalo se da će u trenutku dospeća svi biti u stanju da plate ostatak cene kupljenih akcija, pošto će u tom trenutku moći da ih prodaju, i time ostvare kapitalnu dobit. Uzimajući kredit od banke ili brokera za plaćanje ostatka cene akcija, ulagač je zalagao kupljene akcije kao garanciju. Ukoliko bi cene akcija porasle, investitor bi ih prodavao i plaćao banci kredit sa kamatom, a ukoliko bi došlo do njihovog pada, investitor bi odustajao od prodaje, ostavljajući akcije banci da njihovom prodajom namiri dug.¹⁵ Ove špekulacije su toliko uzele maha da su akcije kupovane po znatno višim kursovima nego što im je bila realna vrednost. Na taj način je formiran špekulativni bum na berzi, s obzirom da su kursevi rasli usled neozbiljnih očekivanja i želja investitora, a ne na osnovu stvarnih profita emitenata. Kada se to shvatilo, nastala je panika među investitorima, usled čega se dogodio krah na berzi.¹⁶

Tog meseca akcije na Vol Stritu (*Wall Street*) drastično su opale nakon dostizanja neverovatnih vrednosti tokom prethodnih godina. Stručna javnost uzima nekoliko datuma kao relevantne za početak berzanskog kraha. Za samo dva dana indeks Dow Jones opao je za 25%, a vrhunac se dogodio 29.10.1929. godine, tzv. "crnog utorka". U literaturi se kao početak krize spominje i 24.10.1929. poznatiji i kao "crni četvrtak". Tog trenutka većina investitora je izgubila poverenje u berzu. Vrednost akcija je toliko opala, da ni pri bilo kojoj ceni u bilo koje doba dana niko nije hteo da ih kupi.¹⁷

Danas je prihvaćeno mišljenje da je Velika ekonomska kriza nastala u SAD-u, te da se čak 80% krize odnosi na krizu u SAD-u. Treba istaći i da je razvoj američke privrede bio posledica ekspanzije industrije koja je doživela snažan polet po okončanju Prvog svetskog rata. Karakteristika ovog privrednog poleta je i kreditna ekspanzija, koju je pratila i povećana potražnja za kapitalom. Kreditna ekspanzija se odnosila kako na kreditiranje same američke privrede, tako i na plasiranje sredstava u druge privrede, među kojima je najveći zajmoprimac bila Nemačka.¹⁸

Oštrinu Velike ekonomske krize u SAD-u pokazuje i podatak da je nezaposlenost porasla na 25%, kao i da do početka Drugog svetskog rata, nezaposlenost nije opala ispod 12%. Ovo je pratilo i povećanje neiskorišćenih kapaciteta, naročito u novim privrednim granama koje

¹⁵ J. Janjušević, 11.

¹⁶ N. Jovanović, 194.

¹⁷ S. Lakić, Monetarno upravljanje i kontrola u uslovima neizvesnosti i krize, 4, <http://www.mnje.com>, 30.11.2016.

¹⁸ A. Prašević, „Velika ekonomska depresija (1929) i globalna ekonomska recesija (2008): uticaj na promenu makroekonomske paradigme“, *Kriza i globalizacija*, Centar za ekonomska istraživanja, Institut društvenih nauka, Beograd 2009, 124.

su bile namenjene masovnoj potrošnji. Krizom su bile zahvaćene kako industrijska proizvodnja, tako i proizvodnja primarnih proizvoda. Brojne fabrike su bile zatvorene usled zastoja u proizvodnji.¹⁹

Velika američka depresija iz 1929. godine pored toga što je po svojoj oštrini i prostoru koji je zahvatila, predstavljala do tada nezabeleženu krizu, za ekonomsku politiku i nauku, možda je bila i najveća prekretnica u 20. veku. Ona je označila početak savremene makroekonomije kao posebne ekonomske discipline uz okončanje viševjekovne dominacije liberalne ekonomske teorije. Bio je to privremeni kraj lessefer kapitalizma, a za kreatore ekonomske politike početak nove ere značajnijeg mešanja države u funkcionisanje ekonomskog sistema.²⁰

U ovakvoj situaciji država je povukla veoma loš potez, naglo je sprovedena monetarna restrikcija što je još više ubrzalo izbijanje najveće recesije koja nije uzdrmala samo berze, već i sve svetske privrede. Naime, Federalne rezerve su početkom 1928. godine otpočele sa restriktivnom monetarnom politikom u cilju obuzdavanja buma na berzi, koji je započeo 1926. godine. Doktrina se zasnivala na zabrani bankarskog kreditiranja za svrhe finansiranja špekulativnih aktivnosti na berzi. Restriktivna politika je samo ubrzala recesiju u avgustu i dovela do kraha na berzi oktobra 1929. godine.²¹

Ozbiljna recesija iz 1929. godine, pretvorila se 1930. godine u depresiju usled bankarske panike koja je nastupila, prevashodno, zbog neadekvatne, nedovoljno agresivne monetarne politike FED-a (Federalne rezerve SAD), koja nije uspeła da onemogući smanjenje novčane mase. Smanjenje novčane mase je kroz sledeće kanale uticalo na smanjenje dohotka: smanjenje agregatne tražnje, nelikvidnost i bankrotstvo banaka što je onemogućilo funkcionisanje finansijskog sistema, deflaciju cena aktive i deflaciju izazvanu prezaduženošću.

Faktor koji je doprineo produbljivanju depresije bilo je bankrotstvo banaka, a posebno posledice koje je to bankrotstvo imalo na ometanje već započetih kreditnih odnosa i tokova. Primetno je da je tokom Velike ekonomske krize dogodilo nekoliko talasa bankarskih kriza u SAD, te da su se one podudarale sa lošim makroekonomskim kretanjima. Tokom četiri godine trajanja krize u SAD, čak 9.000 banaka je bilo zatvoreno, tako da je broj banaka spao na 40% od početnog. U najvećem broju slučajeva reč je o malim, lokalnim bankama. Šok koji je američka ekonomija pretrpela usled stečaja banaka bio je ogroman. Čak 10% pada BDP-a, ili jedna trećina pada tokom Velike ekonomske krize, može se

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ A. Prašćević, "Monetarna politika i ekonomske recesije – ciljevi, instrumenti i efekti", *Ekonomске teme*, 2/2011, 154.

²¹ S. Lakić, 4.

pripisati kolapsu bankarskog sektora. Pokazalo se da je struktura banaka u SAD bila znatno otežavajući faktor s obzirom da su dominirale male, nezavisne banke koje su se pokazale ranjivijim od velikih banaka, kakve su u to vreme postojale u Francuskoj i Velikoj Britaniji.²²

SAD se nisu oporavile od krize sve do 1933. godine i dolaska na vlast predsednika Frenklina D. Ruzvelta, koji je sproveo niz mera u okviru politike “Novog dogovora”, a sve u cilju suzbijanja krize. Prvobitno je naredio zatvaranje svih banaka na period od dve nedelje u cilju proveravanja njihovih finansijskih knjiga i načina poslovanja. Takođe, sprovedena je istraga od strane savezne vlade na tržištu hartija od vrednosti i berzi.²³ Direktna posledica i odgovor na utvrđene nepravilnosti tokom sprovedene istrage je usvajanje brojnih saveznih zakona, koji i dan danas važe. U periodu od 1933. do 1940. godine doneto je šest zakona kojima je regulisano tržište hartija od vrednosti. U pitanju su sledeći zakoni: Zakon o hartijama od vrednosti 1933, Zakon o trgovini hartijama od vrednosti 1934, Zakon o javnim komunalnim kompanijama 1935, Zakon o upravljanju portfeljima 1939, Zakon o investicionim kompanijama 1940 i Zakon o investicionim savetnicima 1940. Dok se zakon iz 1933. godine odnosi na primarnu emisiju hartija od vrednosti, zakon iz 1934. godine odnosi se na sekundarnu trgovinu hartijama od vrednosti na berzama i OTC tržištu. Ovim zakonom je osnovana i Komisija za hartije od vrednosti i berze (*Securities and Exchange Commission*).²⁴

3.3. Berzanski krah 1987. godine

Poput berzanskog kraha 1929. godine, i krah 1987. godine započeo je slomom Njujorške efektne berze. Od 1982. godine u SAD-u, ali i u drugim razvijenim zemljama, vladao je preveliki optimizam koji je doveo do znatnog rasta cena akcija i berzanskih indeksa. U toku tih pet godina kursevi akcija su neprestano rasli da bi neposredno pre sloma dostigli 300 odsto svoje vrednosti iz 1982. godine. Iznenada, 19. oktobra 1987. godine, poznatog i kao “crni ponedeljak”, dogodio se slom na berzi, pri čemu su akcije za samo šest sati izgubile 22 odsto svoje vrednosti.²⁵

²² A. Praščević, (2011), 158.

²³ Istraga Komisije, koju je predvodio Ferdinand Pekar, trajala je 17 meseci. Tokom istrage ispitane su mnoge najmoćnije ličnosti Vol Strita: predsednici banaka, zvaničnici berze, brokeri, investicioni bankari. Po završetku istrage podneto je 12.000 stranica dokaza u 20 tomova. Utvrđene su brojne nepravilnosti, nemoralno ponašanje i česte prevare koje je štampa objavljivala. V. Dugalić, M. Štimac, 311-312.

²⁴ R.A. Anderson, I. Fox, D.B. Twomey, *Business Law*, South-Western Publishing Co., Cincinnati 1987, 846-850.

²⁵ N. Jovanović, 194.

Ovaj udar osetile su gotovo sve razvijene zemlje, pa je čak na 19 od 23 razvijene berze zabeležen pad veći od 20 odsto. Do danas nisu doneti jedinstveni zaključci o razlogu ovog berzanskog kraha, ali sasvim je jasno da su psihologija mase i panika među ulagačima odigrale ključnu ulogu u najvećem padu u jednom danu na Njujorškoj efektnoj berzi.²⁶

Prema analizama berzanskih institucija, kriza koja je izbila oktobra 1987. godine, bila je rezultat ogromne prodaje hartija od vrednosti prouzrokovanih programiranom trgovinom. Za ovakvu trgovinu karakteristično je to što kad cene pojedinih hartija od vrednosti padnu ispod određene granice, računar odmah izdaje nalog za njihovu prodaju. Krajnji rezultat ovakve trgovine bio je ostvarivanje dobiti na osnovu razlike između cena derivata i hartija od vrednosti koji stoje u osnovi derivata. S obzirom da je cena derivata bila potcenjena u odnosu na aktivu, ulagači su kupovali derivate, a prodavali aktivu, što je i dovelo do sloma na berzi. Te godine Federalne rezerve nisu ponovile grešku iz 1929. godine, već su ponudile rezerve bankarskom sektoru. Tržište je uz pomoć Federalnih rezervi prebrodilo ovu krizu koja je potrajala svega nekoliko nedelja, a potom nastavilo sa rastom i ulaganjima. Bilo je potrebno samo tri godine da bi indeks Dow Jones dostigao nivo pre sloma 1987. godine. Za razliku od krize iz 1929. godine, kada mu je bilo potrebno čak 35 godina da dostigne nivo koji je imao pre krize. Ova kriza rezultirala je usvajanje Insider Trading and Securities Fraud Act 1988. godine, kojim se predviđa strože kažnjavanje insajderske trgovine i prevarnih aktivnosti na finansijskom tržištu.²⁷

Kraj 20. veka obeležilo je još nekoliko potresa na svetskim berzama, ali to je bilo kratkog daha. Tokom 1990. usledio je slom japanskog tržišta kapitala, 1995. finansijska kriza u Latinskoj Americi, 1997. godine desila se kriza na berzama širom Azije, 1998. je propao spekulativni fond LCTM kao posledica krize u Rusiji, tokom 2000. godine urušena je naduvana vrednost internet akcija u SAD, a 2001. godine berze doživljavaju još jedan slom, nakon terorističkih napada na SAD.²⁸

3.4. Globalna finansijska kriza 2007. godine

Kriza 2007. godine započela je kao kriza hipotekarnog tržišta SAD-a. Započela je onog trenutka, kada kupci hartija od vrednosti zasnovanih na hipotekama, nisu mogli da ih unovče, da bi se količina tih bezvrednih hartija naglo povećala. Finansijske institucije su na osnovu

²⁶ J. Janjušević, 11.

²⁷ K. Đulić, Korporativno upravljanje u krizi, <http://www.ekof.bg.ac.rs>, 30.11.2016, 2.

²⁸ M. Latković, „Upravljanje rizicima: identifikacija, mjerenje i kontrola”, *Financijska teorija i praksa* 2/2002, 467.

hipotekarnih kredita emitovale hartije od vrednosti i prodavali ih na tržištu. Hartije od vrednosti su godinama imale odličnu prođu na tržištu, kupovali su ih različiti investitori: banke, penzioni i investicioni fondovi, opštine, gradovi, države itd.

Međutim, jedan od glavnih uzroka ove krize je politika koju su sprovodile Federalne rezerve. Nakon kratkotrajne recesija koja je zadesila SAD nakon terorističkih napada 2001. godine, Federalne rezerve su počele da vode umesto restriktivne, ekspanzivnu monetarnu politiku. To je omogućilo ekspanziju hipoteka, i na njima zasnovanih hartija od vrednosti. Ovakva kretanja bila su praćena ekspanzijom u građevinarstvu, posebno u izgradnji stambenih objekata, koja dostižu vrhunac u septembru 2006. godine, nakon čega dolazi do pada, koji prati i pad cena nekretnina. Krah na tržištu hipotekarnih kredita bio je prvi znak da će naduvani balon u SAD pući, a do izražaja će doći prezaduženost domaćinstava i preduzeća. Međutim, monetarne vlasti su reagovala tek od jeseni 2007. godine kada su uvideli da su recesiona kretanja sigurna. Zbog visoko iskorišćenih kapaciteta i pune zaposlenosti sredinom 2007. godine (stopa nezaposlenosti iznosila je 4,5%, što je niže od prirodne stope nezaposlenosti), monetarne vlasti su započele obaranje kamatne stope, uz ograničenje mogućeg rasta inflacije. Vrlo brzo nakon toga, monetarne vlasti su bile preokupirane borbom protiv izuzetno oštre recesije, preteće deflacije, ali i očuvanja finansijskog sistema.²⁹

Prvi alarmantan znak krize dogodio se u trenutku kada je jedna od najvećih hipotekarnih finansijskih institucija (*New Century Financial Corp* – NCFC), sasvim neočekivano objavila da je u prethodnom periodu poslovala sa mnogo većim gubitkom od očekivanog. Istovremeno, bila je najavljena revizija podataka o vrednosti aktive i poslovanja za prethodna tri kvartala 2006. godine. Među ulagačima je zavladała panika, osetili su da novac nije uložen u sigurne hartije od vrednosti, već sasvim bezvredne hartije. U narednim danima usledio je drastičan pad vrednosti akcija NCFC, da bi se okončalo neizbežnim bankrotstvom. Istim putem krenule su i *American Home Mortgage Investment Corp* avgusta 2007. godine, *Accredite Home Lenders Holding Co* oktobra 2007. godine. Tokom 2008. godine najveći pad su zabeležile akcije *Countrywide Financial Corp*, prvog kreditora na američkom tržištu, koji u svom posedu imao više od 1500 milijardi dolara hipotekarnih kredita. U 2007. godini akcije ove korporacije vredele su 45 dolara, a u 2008, prodavale su se za manje od 7 dolara.³⁰

Ovu krizu obeležio je kolaps jedne od najvećih američkih investicionih banaka *Bear Stearns*, marta 2008. godine, čija je vrednost

²⁹ A. Prašević (2011), 166.

³⁰ J. Janjušević, 5.

akcija opala za 49%. Vrednost akcija *Merrill Lynch* opala je za 47%, a *Citigroup* za 60%. Tri pomenute korporacije ostale su bez svojih menadžera uz izuzetno visoke otpremnine, što je izazvalo oštre debate. Jula meseca 2008. godine, *Indy Mac Bank*, banka sa najvećim štednim ulozima za okrug Los Anđelesa je propala.³¹ Sredinom septembra 2008. godine dogodio se kolaps investicione banke *Lehman Brothers*. Tada su mali akcionari koji su posedovali kratkoročne obveznice, koje je emitovala ova banka, izgubili sav novac. Bankrot ove investicione banke uticao je na LIBOR.³² Uz *Lehman Brothers*, neslavno su prošle i mnoge druge finansijske institucije i korporacije, poput *AIG*, korporacije *FHLMC* i *FNMA*, od milja nazvane “*Fredi Mek*” (*Freddie Mac*) i “*Fani Mej*” (*Fannie Mae*).

Posle velike i koordinirane ali nedovoljno uspešne intervencije centralnih banaka SAD-a i Evrope, u decembru 2008. godine, postalo je jasno da problem nije samo likvidnost na hipotekarnom delu finansijskog tržišta. Kriza se proširila na ceo finansijski sektor i na ostale sektore SAD pre svega zbog izazvane krize poverenja koja je privremeno dovela do obustavljanja većine tekućih kreditnih operacija. Kriza se prelila izvan granica SAD u Evropu, s obzirom da su evropske banke aktivno učestvovala na hipotekarnom tržištu SAD.³³

Otpočinjanjem globalne ekonomske krize tokom 2008. godine, reafirmisani su ciljevi centralnih banaka u promovisanju maksimalnog obima zaposlenosti i kontroli inflacije. Ovo je bio slučaj kako u SAD, kao vodećoj ekonomskoj sili, tako i u drugim zemljama. U SAD, u kojoj je kriza i pokrenuta, monetarna politika je bila izuzetno agresivna i ogledala se u obaranju kamatne stope, koja je na kraju oborena na najniži nivo od 0-0,25% u decembru 2008, kao i aktivnim merama za otklanjanje krize likvidnosti. Kongres je odobrio TARP program u cilju obezbeđivanja kapitala bankama, i stabilizaciji tržišta novca i kratkoročnih hartija od vrednosti, kako bi se izbegao kolaps finansijskog sektora. Finansijska kriza u SAD onemogućila je kreditiranje, uključujući različite vidove kredita domaćinstvima i privredi. To je izazvalo dodatno smanjenje agregatne tražnje, dodatno utičući na smanjenje zaposlenosti i povećanje nezaposlenosti, koja postaje problem broj jedan u SAD. Ekspanzivna monetarna politika, podjednako praćena ekspanzivnom fiskalnom politikom, dovela je do okončanja recesije u junu 2009. godine. Treba napomenuti da je ekspanzivna monetarna politika u SAD bila moguća zbog nepostojanja straha od inflacije, već naprotiv, straha od deflacije. Stoga su Federalne rezerve kao svoj cilj odredile nisku, ali pozitivnu

³¹ *Ibid.*

³² S. Lakić, 5.

³³ J. Janjušević, 6.

stopu inflacije. Nasuprot SAD, neke zemlje su bile ograničene u primeni ekspanzivne monetarne i fiskalne politike, zbog efekata na rast inflacije. Ovakvo iskustvo imale su zemlje u tranziciji, što je iskustvo i Srbije.³⁴

4. Krah Beogradske berze 2008. godine

U poslednjem kvartalu 2006. godine, Beogradska berza doživljava ubrzan rast. Rast je nastavljen i u prvom kvartalu 2007. godine, što je dovelo do pravog buma na Beogradskoj berzi. Početkom maja 2007. godine dosegnut je vrh, te su indeksi svih hartija od vrednosti vredeli najviše. U prva tri meseca 2007. godine indeks najlikvidnijih srpskih akcija Beleks 15 porastao je za čak 67,18%, ali kako to obično biva, nakon velikog buma, nailazi ciklus pada cena i indeksa. Međutim, prvobitni uzrok berzanske krize koja je pogodila Beogradsku berzu nije ekonomske, već političke prirode. Produblјivanje političke nestabilnosti, pre svega izazvane najavama o ocepļenju Kosova i Metohije, doneli su krajem 2007. godine osetni pad vrednosti akcija na Beogradskoj berzi.³⁵ Blagi rast hartija od vrednosti usledio je tokom februara 2008. godine, kada indeks Beleks 15 skače za preko 6%. Ubrzo je usledilo jednostrano proglašenje nezavisnosti Kosova i Metohije, što se posebno odrazilo na pad vrednosti akcija na Beogradskoj berzi. Berza je doživela reakciju investitora. Nedelju od 10. do 14. marta 2008. godine mogli bismo nazvati “crnom nedeljom” Beogradske berze, s obzirom da je te nedelje indeks Beleks opao za 16,85%, a najlošije su prošle najlikvidnije hartije berze. Vrlo je verovatno da su dodatni udar na berzu imali investicioni fondovi, koji imaju za cilj sprečavanje većih gubitaka za pojedinačne, sitne investitore. U strahu od daljeg pada vrednosti akcija, investitori su se odlučivali na povlačenje svojih uloga. S obzirom da fondovi imaju zakonsku obavezu isplate investitora, morali su u velikom iznosu, da pritisnu stranu ponude na tržištu, spuštajući vrednost akcija ispod realnog nivoa. Čak ni akcije onih kompanija koje su objavile sjajne rezultate u 2007. godini, nisu bile pošteđene, jer su fondovi najbrže mogli da prodaju najlikvidnije hartije od vrednosti.

Navedeni poremećaji na Beogradskoj berzi ukazuju da je potrebna stroža regulativa tržišta vrednosnih papira, koja se realizuje na državnom nivou, ali i od strane samoregulatornih organizacija. Kao predmet državne regulacije, domaće tržište hartija od vrednosti karakterišu brojne osobenosti: niska likvidnost i nestabilnost tržišta, visoki rizici, slaba potražnja i uprošćena struktura vrednosnih papira; manja transparentnost

³⁴ A. Prašević (2011), 170-171.

³⁵ <http://www.psinvest.rs>, 05.12.2011.

i efektivnost tržišta, visok nivo insajderskih informacija, manipulacija i špekulacija na tržištu; visoka koncentracija vlasništva, tj. blokova akcija u rukama malog broja pojedinaca; nekonkurentnost; značajno prisustvo stranih investitora, bez adekvatnog reciprociteta; neusaglašenost politike i mera različitih državnih organa, pritisci na Komisiju za hartije od vrednosti.³⁶

5. Zaključak

Iskustva iz prethodnih finansijskih kriza nametnula su obavezu da berze aktivno utiču na kretanja koja se ostvaruju na finansijskim tržištima. Finansijski krahovi koji se povremeno dešavaju na berzama prenose se na ostale delove tržišta, kao i na celokupnu privredu. U savremenim uslovima poslovanja, zahvaljujući ubrzanom razvoju informacionih sistema, povezanost između određenih tržišnih segmenata postaje sve čvršća, te se i krize gotovo istovremeno prenose sa jednog sektora na drugi. Stoga je neophodno da berze preduzimaju niz preventivnih mera i aktivnosti u cilju sprečavanja kriza, i/ili ublažavanja postojećih kriza, kako bi se stvorili uslovi za stabilnost finansijskih tržišta, kao i tržišta u celini. Finansijski krahovi uvek aktuelizuju pitanje ciljeva i načina vođenja ekonomske politike. Svojevremeno to je bio slučaj sa Velikom ekonomskom krizom 1929. godine, ali i sa aktuelnom globalnom recesijom koja je započela 2007. godine. Nakon Velike depresije u nauci su usledile najveće promene razvojem kejnzijanske ekonomske teorije i izdvajanja makroekonomije kao ekonomske discipline. Prema mišljenju kejnzijanaca, iako je monetarna politika neefikasna, ona je ipak neophodna u pokušaju prevazilaženja finansijskih kriza.³⁷

Kreatori ekonomske politike prilikom koncipiranja odgovarajućih mera državne intervencije na finansijskom tržištu, treba da uzmu u obzir i psihologiju investitora, s obzirom da investitori često ne odlučuju bez emocija, sledeći isključivo razum.

³⁶ R. Sovilj, *Pravni režim ograničenja rizika u poslovanju trgovaca hartijama od vrednosti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 37.

³⁷ A. Prašćević, (2011), 171.

Ranko Sovilj, Ph.D

Research Assistant, Institute of Social Science

Sanja Stojković-Zlatanović, Ph.D

Research Assistant, Institute of Social Science

IMPLICATIONS OF THE FINANCIAL CRISIS – COMPARATIVE ANALYSIS

Summary

With each new financial crisis, the issue of regulation and the effectiveness of the proposed measures and solutions aimed at combating the crisis. In this paper the author use comparative and historic method, analyzing the implications of the financial crisis on the capital market, as well as the market as a whole. In the introductory part of this paper, the author explains the uprising of the stock exchange crash, citing a number of factors that can lead to the stock market crash and the collapse of the financial market. The second part is dedicated an overview of the major stock exchange crashes in history, with special references to the implications produced by these crashes. In the last part of the paper, the author gives a brief overview of the operations on the Belgrade Stock Exchange, as well as the characteristics of the local financial market. In the conclusion the writer points to the importance of the stock exchange in the modern business environment, in order to prevent crisis, and/or mitigate the existing crisis.

Key words: financial crisis, speculative bubble, Great Depression, global recession, Belgrade Stock Exchange.

PRE-CRIME KONCEPT ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI - OBAVEZE DRŽAVE I RIZICI PO POVREDU LJUDSKIH PRAVA

Apstrakt

Pitanja nasilja u porodici su par excellence pitanja ljudskih prava. Vremenom se menjalo razumevanje nasilja u porodici – ono je kao fenomen sfere privatnog postalo fenomen sfere javnog sa jasnom dihotomnom “privatno/javnom” prirodom.² Takođe, promenila se i uloga države u svetlu zaštite ljudskih prava – od negativnih obaveza ka pozitivnim obavezama; od vertikalne odgovornosti ka horizontalnoj odgovornosti; od reagovanja na kršenje prava (ex post) ka reagovanju radi sprečavanja kršenja prava (ex ante). U kontekstu tih promena nasilje u porodici postaje pravno-političko pitanje sa naglaskom na prevenciju. Može se postaviti pitanje da li model prevencije, prihvaćen u Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici u vidu „pre-crime“ koncepta, zadovoljava standarde međunarodnog prava ljudskih prava i da li postoje rizici za povredu ljudskih prava naročito u delu koji se tiče „mogućeg učionoca krivičnog dela“ i njegovog „dovođenja“ u policijsku stanicu, a na osnovu procene o postojanju “neposredne opasnosti od nasilja u porodici“.

Ključne reči: *nasilje u porodici, prevencija, pre-crime, pozitivne obaveze, dužna pažnja*

Međunarodno pravo ljudskih prava je izvorno rodno neutralno, odnosno univerzalno. Kao takvo bilo je slepo za svaku vrstu rodno zasnovane povrede prava. Feminističke teorije su doprinele razvoju ljudskih prava u smislu priznavanja prava žena kao ljudskih prava, što je otvorilo vrata prvo za društveno, a potom i pravno prepoznavanje fenomena nasilja u porodici.

¹ Student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu; zamenik javnog tužioca u osnovnom javnom tužilaštvu; e-mail: svetlananenadic11@gmail.com.

² V. G. Gasmi, D. Petrović, „Globalni značaj novih evropskih standarda krivično-pravnog procesuiranja počilaca porodičnog i rodno zasnovanog nasilja“, *Kuturura polisa* 1/2015; V. Nikolić-Ristanović, M. Dokmanović, *Međunarodni standardi o nasilju u porodici i njihova primena na Zapadnom Balkanu*, Beograd 2008.

Do tog trenutka nasilje u porodici bilo je smešteno isključivo u domen privatnosti, "izvan obima tradicionalne interpretacije ljudskih prava".³ Danas je pitanje nasilja u porodici *par excellence* pitanje ljudskih prava,⁴ jer su prepoznate opasnosti po povrede ljudskih prava koje nastaju iz ovog fenomena, kao na primer: pravo na slobodu, pravo na zaštitu od nečovečnog postupanja i konačno – pravo na život. Međunarodno pravo ljudskih prava se u sukobu sa ovim fenomenom suočilo sa par inherentnih problema: javno/privatnom dihotomijom fenomena, činjenicom da su prava često u odnosu suprotstavljenosti i konačno problematičnom implementacijom prava i politika u cilju zaštite.⁵

Garantovana ljudska prava da bi bila ostvarena zahtevaju tri vrste obaveza države: obavezu poštovanja, obavezu zaštite i konačno, obavezu implementacije koja podrazumeva specifične pozitivne mere radi punog efekta prava.⁶ Evropski sud za ljudska prava⁷ je u svojoj bogatoj praksi navedenu podelu obaveza uprostio u dualistički koncept, tako da razlikuje negativne obaveze (*negative obligation*) države koje podrazumevaju obavezu suzdržavanja države od mešanja/upliva u ostvarivanje prava, i pozitivne obaveze (*positive obligations*) države⁸ koje podrazumevaju obavezu države da deluje – bude aktivna u ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava. Pozitivne obaveze proizilaze iz obaveze države definisane u članu 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,⁹ kao i standarda da prava ne treba da budu „teorijska i iluzorna, već praktična i delotvorna“.¹⁰ U odnosu na „privatno/javnu dihotomnu“¹¹ prirodu porodice, države imaju negativnu obavezu kada garantuju pravo na

³ R. J.A. McQuigg, *International Human Rights Law and Domestic Violence*, New York 2011., 1.

⁴ V. Z. Ponjavić, „Odgovornost države za nasilje u porodici prema Konvenciji o ljudskim pravima“, *Nasilje u porodici: zbornik radova sa naučnog skupa* (ur. S. Panov, M. Janjić Komar, M. Škulić), Beograd 2012.

⁵ V. R. J.A. McQuigg.

⁶ J.F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2007., 5.

⁷ U daljem tekstu ESLJP.

⁸ Obavezu „pozitivne akcije“ države ESLJP prvi put pominje u presudi *Airey v. Ireland* (App. no. 6289/73, 09.10.1979.) u stavu 25, koji se ticao pristupa pravdi. „Positive obligations“ države ESLJP prvi put pominje u presudi *Osman v. United Kingdom* (App. no.87/1997/871/1083, 28.10.1998.), koja se ticala prava na život, slično kao u slučaju *Velasquez Rodríguez v. Honduras* (vidi dole).

⁹ Član 1. Obaveza poštovanja ljudskih prava: „Visoke strane ugovornice jemče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene u Delu 1 ove Konvencije“. Konvencija u daljem tekstu: EKLJP

¹⁰ Koncept „teorijskih i iluzornih prava“ prvi put pomenut u predmetu *Artico v Italia* (App. no. 6694/74, 13.05.1980.), stav 33.

¹¹ B. Stedman, „The Leap from Theory to Practice: Snapshot of Women's Rights Through a Legal Lens“, *Merkourios, Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 29, 77/2013, 5.

privatnost i porodični život, a pozitivnu obavezu kada obezbeđuju zaštitu od nasilja u porodici.

Pozitivne obaveze je teško definisati, a još teže odrediti tipove mogućih aktivnosti države. U teoriji je poznata podela na nekoliko tipova pozitivnih obaveza: propisivanje pravnog okvira koji omogućava efikasnu zaštitu prava; obezbeđivanje informacija i saveta u vezi kršenja prava; reagovanje na kršenje prava, npr. vođenje efektivne istrage; obezbeđivanje pomoći pojedincima radi sprečavanja povrede prava; prevencija kršenja prava, čak i u slučaju da se prava krše od strane drugih pojedinaca.¹²

Poslednja obaveza – da prevenira i aktivno sankcioniše kršenje ljudskih prava čak i u slučaju kada se krše i od strane drugih pojedinaca (a ne države), naziva se horizontalnim dejstvom EKLJP - „*horizontal effect*“. Dakle, država više nije odgovorna samo za vertikalno kršenje prava – kada sama krši prava, već i za horizontalno kršenje prava – od pojedinca ka pojedincu. Ipak, horizontalno dejstvo će postojati samo ukoliko kršenje prava od strane pojedinca ima korene u „propustu ili tolerisanju države“.¹³

Države ostvaruju pozitivne obaveze primenom mera čija se efektivnost meri posebnim standardom pažnje koju je država dužna da pruži – *due diligence*.¹⁴ Ukoliko država nije postupala u skladu sa ovim standardom, ona postaje odgovorna za kršenje ljudskih prava izvršenih od strane pojedinaca.¹⁵ Koncept *due diligence* u odnosu na odgovornost države za akte pojedinaca prvi put je ustanovljen u slučaju Inter-američkog suda za ljudska prava *Velasquez Rodriguez v. Honduras* koji se ticao prisilnog nestanka.¹⁶ U praksi ESLJP razrađen je u odnosu na obavezu države da pruži zaštitu od nasilja u porodici u odlukama *Bevacqua and S v. Bulgaria*¹⁷ i *Opuz v. Turkey*.¹⁸

¹² K. Starmer, „Positive obligations under the Convention“, *Understanding Human Rights Principles* (ed. J. Jowell, J. Cooper), 2001., 159.

¹³ J.F. Akandji-Kombe, 14.

¹⁴ Pojam *due diligence* na srpski jezik se najčešće prevodi pojmovima „dužne pažnje“ ili „potpune posvećenosti“.

¹⁵ *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, G.A. Res 48/104, art 4(c).

¹⁶ V. L. Hasselbacher, „State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection“, *Northwestern Journal of International Human Rights* Vol. 8, 2/2010., 193.

¹⁷ *Bevacqua and S v. Bulgaria* (App. no. 71127/01, 12.06.2008.).

¹⁸ *Opuz v. Turkey* (App. no. 33401/02, 21.07.2007.). Slučaj *Opuz v. Turkey* je prvi slučaj u kome je ESLJP jasno elaborirao prirodu obaveza države u odnosu na slučajeve nasilja u porodici, ustanovljavajući okvir sačinjen od četiri ključne obaveze: zaštite, istrage, gonjenja i kažnjavanja. Takođe, u ovom predmetu ESLJP izričito ustanovljava standard *due diligence*. Vidi više u G. Khrystova, „State positive obligations and due diligence in Human rights and domestic violence perspective“, *European political and law discourse*, Vol. 1, 1/2014., 118.

Pozitivne obaveze, horizontalno dejstvo i *due diligence* su bazična linije na osnovu kojih se utvrđuje odgovornost države u pogledu kršenja ljudskih prava u slučajevima nasilja u porodici. Međutim, ova tri standarda, po svojoj prirodi, podrazumevaju i obavezu sprečavanja povređivanja prava - obavezu prevencije.¹⁹ Zavodljiva ideja da država mehanizmima kojim raspolaže, a što se najčešće svodi na pravo države na upotrebu sile, sprečava vršenje krivičnih dela i kršenje ljudskih prava, pri tom potpuno zanemarujući socio-ekonomske, kulturološke ili druge društvene korene takvog postupanja, postala je sastavni deo retorike brojnih političara koji građanima obećavaju sigurnost. Retorika je naročito darežljiva u obećanjima građanima na temu prevencije terorizma. Prevencija, kao jedan od brojnih postulata međunarodnog prava ljudskih prava, postala je, sa političkog aspekta, neretko jedini postulat. Prepoznajući prevenciju kao prioritet, zakonodavci rado posežu za normativnim rešenjima zasnovanim na modernom i zavodljivom *pre-crime* konceptu.

Kriminologija je pojam *pre-crime* preuzela iz književnosti i to kratke Science Fiction priče Filipa Dika „Suvišni izveštaj“.²⁰ Priča opisuje budućnost u kojoj postoje mutanti koji na osnovu natprirodnih moći mogu da „vide“ zločin koji treba da se desi. Na osnovu takvih predikcija, kreirane su posebne snage policije „Pre-crime“ zadužene da spreče/preduhitre izvršenje krivičnih dela i uhapse „učinioc“ neposredno pre „izvršenja“ i u odnosu na njih primenjuju represiju, kao da se zločin desio. Priča nudi filozofsku dilemu o predodređenosti i predvidosti. U zamišljenoj budućnosti više nema kriminala, ali zato postoje manipulacije predviđanjima i logička nemogućnost odbrane od optužbi, što sve vodi novoj, još većoj pretnji – pretnji po ljudsku slobodu.

Pre-crime je pojam koji se koristi u kriminologiji i označava trend savremenih krivičnopravnih sistema da se sve više fokusiraju na sprečavanje konkretnih „krivičnih dela“ koja još nisu izvršena i možda nikada i ne bi bila izvršena. *Pre-crime* koncept podrazumeva „intervenisanje u cilju kažnjavanja, ometanja, onemogućavanja ili ograničavanja onih za koje se smatra da predstavljaju buduću pretnju po izvršenje krivičnog dela“.²¹ *Pre-crime* nije sinonim prevenciji, „prevencija je ishod, dok je *pre-crime* strategija“.²²

Ovaj koncept u osnovi ima zaokret vremenske perspektive krivičnog prava od *ex post* logike ka *ex ante* logici. Krivično pravo

¹⁹ V. J. Goldscheid, D. J. Liebowitz, „Due Diligence and Gender Violence: Parsing its Power and its Perils“, *Cornell International Law Journal* 48/2015., 307.

²⁰ Kratka priča je objavljena prvi put 1956. godine i na osnovu nje je snimljen čuveni holivudski blokbuster istog naziva „Suvišni izveštaj“.

²¹ J. McCulloch, D. Wilson, *Pre-crime, Pre-emption, precaution and the future*, New York 2016., 1.

²² *Borders and Crime. Pre-crime, Mobility and Serious Harm in an Age of Globalisation* (ed. J. McCulloch and S. Pickering), Hampshire 2012., 7.

počiva na *ex post* logici koja podrazumeva delovanje nakon izvršenog krivičnog dela i to zaključivanjem na osnovu činjenica, a ne predviđanja, a ulogu prevencije ostvaruje na apstraktnom nivou. Sa druge strane, *pre-crime* u osnovi ima *ex ante* logiku koja podrazumeva zaključivanje i delovanje isključivo na osnovu predviđanja/pretpostavki, a ne činjenica, a prevencija se vrši na konkretnom/pojedinačnom nivou. „Usresređujući se na pretpostavljeni zločin koji treba da se desi i postupajući kao da se već desio, *pre-crime* transformiše vezu između krivičnog dela i kazne sa dubokim implikacijama na bezbednost, pravdu i društvo.“²³

Imajući u vidu da *pre-crime* koncept raspolaže pretpostavkama, a ne činjenicama *pre-crime* zakoni su „obično nejasni, dajući policiji, bezbednosnim službama i tužiocima široka prava diskrecije.“²⁴ Široka prava diskrecije u kontekstu pretpostavljanja budućih događaja pogoduju imaginaciji – zamišljanju budućih događaja. *Pre-crime* se „materijalizuje“ kroz preduzimanje mera radi sprečavanja imaginarnog događaja, u kom trenutku i sam imaginarni događaj poprima prirodu činjenica (materijalnog). U svetlu novih *pre-crime* zakona, kriminologija, kao „intelektualni izdanak *post-crime* društva mora se prilagoditi kako bi bila sposobna da odgovori na *pre-crime* izazove“.²⁵

Zakon o sprečavanju nasilja u porodici (ZSNP),²⁶ po prvi put u naš pravni sistem uvodi *pre-crime* koncept. Primarna preventivna orijentacija ovog zakona otišla je korak ispred preventivnih mehanizama koje poznaje krivično materijalno i procesno zakonodavstvo.²⁷ ZSNP je tradicionalnu *ex post* logiku zamenio novom *ex ante* logikom.

Novi *pre-crime* koncept zahtevao je prvenstveno izmenu odredbi koje se odnose na tradicionalne nadležnosti državnih organa, jer *pre-crime* aktivnosti zahtevaju šire nadležnosti od onih koje državni organi imaju u *post-crime* konceptu.²⁸

²³ J. McCulloch, D. Wilson, 1.

²⁴ *Ibid.*, 7.

²⁵ L. Zedner, „Pre-crime and post-criminology“, *Theoretical Criminology* 11(2)/2007., 261.

²⁶ Zakon o sprečavanju nasilja u porodici - ZSNP, *Sl. glasnik RS*, br. 94/2016.

²⁷ Više o zakonskim rešenjima protiv nasilja u porodici: *Nasilje u porodici: zbornik radova sa Naučnog skupa*, (ur. S. Panov, M. Janjić Komar, M. Škulić), Beograd 2012. i M. Škulić, N. Milošević *et al.*, *Nasilje u porodici*, Beograd 2009.

²⁸ Primarno je proširena nadležnost policije i javnog tužilaštva (v. član 7 ZSNP). Opravdano je postaviti pitanje ustavnosti ove odredbe po kojoj je nadležnost tužilaštva proširena na sprečavanje nasilja u porodici. Naime, javno tužilaštvo, shodno članu 156. Ustava predstavlja samostalan državni organ koji goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela u preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti. Dakle, ZSNP širi nadležnost javnog tužilaštva u oblast prevencije, iako tu nadležnost tužilaštvo po Ustavu nema.

Očigledna *pre-crime* koncepcija Zakona definisana je pojmom „sprečavanja nasilja u porodici“.²⁹ Primarno, ZSNP je fokusiran na delovanje u cilju otkrivanja i eliminisanja opasnosti od nasilja u porodici, do koga nužno ne mora da dođe. Ovaj koncept je naročito izražajan u pojmovima „neposredne opasnosti po nasilje u porodici“, „mogući učinilac“ i dovođenje „mogućeg učinioca“ u policijsku stanicu radi vođenja postupka.

Nadležnost državnih organa u pogledu otkrivanja opasnosti regulisana je institutom „neposredne opasnosti od nasilja u porodici“.³⁰ Procenu rizika neposredne opasnosti vrši policijski službenik, nakon čega može da izrekne hitnu meru za sprečavanje nasilja u porodici. Zakonodavac propisuje da se procena rizika zasniva na dostupnim obaveštenjima, pri tom ne navodeći o kakvim sve obaveštenjima se radi i u kom obliku se obaveštenja pribavljaju. Dalje, daje listu okolnosti o kojima policijski službenik treba naročito da vodi računa. Nije propisano kakav značaj imaju navedene okolnosti i kako ih treba ceniti. Nedovoljna preciznost Zakona u delu u kome propisuje elemente na osnovu kojih se donosi procena u skladu je sa duhom *pre-crime* zakona, koji su, kako smo već naveli, obično nejasni, dajući široka prava diskrecije. Ipak, ono što procenu rizika čini naročito problematičnom jeste činjenica da ZSNP ne propisuje bilo kakav oblik sumnje (čak ni indicije) koji je potreban da bi se izveo zaključak o postojanju neposredne opasnosti. Procena rizika bez zahtevanog stepena sumnje dozvoljava da zaključak o riziku pluta između činjenica i fikcije pri čemu je podjednako moguć i podjednako nemoguć, kako najgori, tako i najbolji zamišljeni scenario budućih događaja. Potpuno izbegavanje sumnje kao osnova za procenu rizika, odnosno nedorečenost Zakona u delu u kome propisuje način donošenja zaključka – procene, pogoduje *pre-crime* logici koja počiva na diskrecionoj proceni, zasnovanoj na predviđanjima i pretpostavkama, i nažalost često, imaginaciji.

Nakon procenjenog rizika o postojanju neposredne opasnosti, policijski službenik dostavlja procenu javnom tužiocu koji, potom, tu procenu rizika vrednuje. Ukoliko javni tužilac ustanovi neposrednu opasnost, dužan je da sudu podnese predlog za produženje hitne mere, koju prethodno izriče policijski službenik. Navedena odredba daje nova, nedovoljno jasna, ovlašćenja javnom tužiocu. Naime, nije jasno na

²⁹ ZSNP, čl. 3, st.1: „sprečavanje nasilja u porodici sastoji se od skupa mera kojima se otkriva da li preti neposredna opasnost od nasilja u porodici i skupa mera koje se primenjuju kada je neposredna opasnost otkrivena“.

³⁰ ZSNP čl. 3, st. 2 propisuje da neposredna opasnost postoji „kada iz ponašanja mogućeg učinioca i drugih okolnosti proizilazi da je on spreman da, u vremenu koje neposredno predstoji, po prvi put učini ili ponovi nasilje u porodici“ (u daljem tekstu korist ćemo termin „neposredna opasnost“).

osnovu čega javni tužilac vrednuje procenu rizika sačinjenu od strane policije. Ipak, iz Zakona jasno proizilazi da ni javni tužilac nema obavezu utvrđivanja stepena sumnje. Javni tužilac čak nema pravo ni da sam procenjuje rizik, već ima pravo samo da vrednuje već procenjen rizik, koji nije zasnovan ni na jednom obliku sumnje. Sa druge strane, javni tužilac prilikom vrednovanja procene ne raspolaže bilo kakvim novim podacima, sem onih koje su već izneti u proceni. Očigledno je da će u praksi svaka procena biti vrednovana pozitivno od strane javnog tužioca, jer ne postoje pravni, ni logički mehanizmi, kojim javni tužilac može da proveri ispravnost procene, s obzirom da ona počiva na pretpostavkama i predviđanjima i u celosti je diskrecione prirode. Ipak, zakonodavac podacima na osnovu kojih je sačinjena procena daje karakter dokaza u trenutku kada javni tužilac sudu dostavlja predlog za produženje hitne mere. Potpuno je nejasno kako podaci koji, sami po sebi i u međusobnoj vezi, nisu podobni da kreiraju ni najniži stepen sumnje, odjednom dobiju viši kvalitet - kvalitet dokaza koje javni tužilac iznosi pred sud. Prosto preimenovanje podataka u dokaze je u celosti u duhu *pre-crime* koncepta u kome se zločin „materijalizuje“.

Pojam „mogući učinilac“ ovim zakonom se prvi put se uvodi u naš pravni sistem. Na žalost, Zakon ne daje značenje ovog pojma, tako da se zaključak o značenju mora izvoditi tumačenjem. Zakonodavac značenje pojma „neposredne opasnosti“ definiše pojmom „mogući učinilac“.³¹ Svakako da iz prethodno navedene definicije možemo zaključiti da nema „neposredne opasnosti“ ako nema „mogućeg učinioca“. Sa druge strane, ako pojam „mogućeg učinioca“, izvodimo iz iste odredbe, možemo da zaključimo da je „mogući učinilac“ onaj za koga postoji sumnja da će svojim radnjama dovesti do „neposredne opasnosti“. Dakle, zakonodavac nam je ponudio logički apsurd definišući nepoznati pojam nepoznatim pojmom. Ipak, iz preostalih odredbi, a naročito odredbe kojom je definisana procena rizika proizilazi da zakonodavac imlicitno navodi na logiku da pre postojanja „neposredne opasnosti“ postoji „mogući učinilac“.

Da bi neko postao „mogući učinilac“ nije potrebno da postoji bilo koji stepen sumnje da će to lice preduzeti radnju nasilja u porodici,³² niti da će preduzeti radnju izvršenja nekog krivičnog dela ili drugog kažnjivog dela. Dakle, čak i bez postojanja bilo kakvih indicija, lice može biti smatrano „mogućim učiniocem“, nakon čega to lice može biti dovedeno i zadržano u policijskoj stanici. Dakle, „mogući učinilac“ postoji čak i pre procene rizika. I kao što se procena rizika ne zasniva na dokazima i ne zahteva

³¹ ZSNP, čl. 3, st. 2.

³² U smislu definicije nasilja u porodici iz ZSNP, čl. 3, st. 3.

bilo koji stepen sumnje, tako ni zaključak o „mogućem učiniocu“, kao prethodni korak, takođe ne zahteva bilo kakav stepen sumnje. Nepostojanje zaključka o sumnji u kombinaciji sa nepostojanjem definicije pojma „mogućeg učinioca“ pogoduje visokom stepenu pravne nesigurnosti u pogledu toga kako se postaje „mogući učinilac“ i šta to zapravo znači. Ono što je ipak izvesno jeste da „mogući učinilac“, nakon što stekne taj status, može da trpi posledice lišenja određenih prava kao i osumnjičeni u odnosu na koga postoje osnovi sumnje da je učinio krivično delo.³³ Naročito je interesantno da zakonodavac, slično prethodno navedenom preimenovanju podataka u dokaze, vrši preimenovanje „mogućeg učinioca“ u „učinioca“. Naime, pojam „mogući učinilac“ koristi se za faze postupka koje se tiču postupanja policijskih službenika pre i u toku procene rizika, a nakon pozitivno procenjenog rizika, u tekstu Zakona, „mogući učinilac“ postaje „učinilac“. Ukoliko nije reč o tehničkoj grešci, možemo da zaključimo da „mogući učinilac“, koji pluta u sferi probabiliteta u budućnosti, nakon pozitivne procene o postojanju „neposredne opasnosti“, postaje „učinilac“ koji čvrsto stoji u sferi izvesnosti, kao da se događaj već desio. Na ovaj način ZSNP, još jednom, pokazuje pravo lice *pre-crime* koncepta u kome se zločin „materijalizuje“.

Policijski službenik ima pravo da dovede „mogućeg učinioca“ u policiju radi vođenja postupka.³⁴ Zadržavanje „mogućeg učinioca“ je najilustrativniji primer *pre-crime* koncepta Zakona. Ovaj fenomen je izražen rečima Dikovog junaka: „U našem društvu više nema značajnog kriminala... ali su nam zato zatvori puni onih koji bi trebalo da postanu kriminalci.“³⁵

Pre analize instituta zadržavanja u ZSNP, neophodno je utvrditi da li se navedeno zadržavanje ima smatrati lišenjem slobode. Ukoliko predstavlja lišenje slobode, potrebno je utvrditi da li su licu lišenom slobode garantovana sva ustavna prava.

Sa teorijskog aspekta lišenje slobode bi se moglo definisati kao „mera preduzeta od strane javnih vlasti shodno kojoj se lice, protiv svoje volje, određeno vreme drži u ograničenom prostoru primenom sile ili pretnjom primenom sile usled napuštanja prostora.“³⁶ ESLJP u svojoj praksi koristi autonomni pojam lišenja slobode po kome se zakonitost lišenja slobode tumači tako da svako lišenje slobode mora biti u skladu sa domaćim zakonom i EKLJP i da lišenje slobode ne sme biti proizvoljno.

³³ Čl. 2, st.1, tač.1 Zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

³⁴ Shodno čl.14. zadržavanje može da traje najduže 8 časova.

³⁵ P.K. Dick, „The Minority Report“, *Selected stories of Philip K Dick*, New York 2013., 225. Kratka priča je prevedena na srpski pod naslovom „Suvišni izveštaj“.

³⁶ J.A. Frowein, W. Peukert, *Europäische MenschenRechtsKonvention: EMRK Kommentar*, 1980., navedeno prema: S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005., 412.

Takođe, zakonske odredbe u unutrašnjem pravu moraju da budu u duhu EKLJP, odnosno zakon mora da bude dostupan, predvidiv i siguran i da sadrži zaštitu od arbitrnosti. Zakonska sigurnost podrazumeva preciznost normi tako da ih svaki građanin uz adekvatnu pravnu pomoć može razumeti, kao i predvideti posledice određene radnje. Imajući u vidu nejasnost pojma „mogući učinilac“, kao i nepostojanje obaveze izvođenja zaključka o postojanju sumnje, možemo se zapitati da li ZSNP ispunjava uslove predvidivosti i sigurnosti i da li sadrži zaštitu od arbitrnosti, jer „lišenje slobode može da bude zakonito u okvirima domaćeg prava, ali ipak arbitrarno i stoga u suprotnosti sa EKLJP“. ³⁷

ESLJP prilikom odlučivanja o osnovanosti lišenja slobode posebno razmatra: „tip lišenja slobode, dužinu trajanja, efekte lišenja slobode i način implementacije u konkretnom slučaju.“ ³⁸ Tako, u slučaju *Ostendorf v. Germany* ³⁹ navodi da su „institucije Konvencije više puta zaključile da dovođenje lica u policijsku stanicu protiv njegove volje i zadržavanje predstavlja lišenje slobode, čak i ukoliko je trajalo relativno kratko“. ⁴⁰ Takođe, „činjenica da licu nisu stavljene lisice, ili da nije stavljen u ćeliju, odnosno nije fizički ograničen ne predstavlja odlučujući faktor postojanja lišenja slobode“. ⁴¹

Polazeći od stava ESLJP, kao i Zakonika o krivičnom postupku koji propisuje da se pod lišenjem slobode podrazumeva, između ostalog, i zadržavanje, ⁴² možemo da zaključimo da dovođenje i zadržavanje „mogućeg učinioca“ nesporno predstavlja lišenje slobode „mogućeg učinioca“, nezavisno od činjenice da je zadržavanje trajalo kratko - do 8 časova.

Ustav Republike Srbije propisuje prava lica lišenog slobode. ⁴³ Od svih prava koje Ustav garantuje licu lišenom slobode ZSNP propisuje samo

³⁷ Council of Europe, European Court of Human Rights, *Guide on Article 5 of the Convention, Right to liberty and security*, Strasbourg 2014., 9. Vidi slučaj *Creanga v. Romania* (App. no. 29226/03, 23.02.2012.), stav 84. i slučaj *A. and others v. the United Kingdom* (App. no. 3455/05, 19.02.2009.), stav 164.

³⁸ S. Trechsel, 413. Takođe, videti slučajeve: *Amuur v. France* (App. no. 19776/92, 25.06.1996.), stav 42; *Shamsa v. Poland* (App. no. 45355/99, 45357/99, 27.11.2003.), stav 44; *Guzzardi v. Italy* (App. no. 7367/76, 06.11.1980.), stav 92; *Engel and others v. Netherland* (App. no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976.), stav 59.

³⁹ *Ostendorf v. Germany* (App. no. 15598/08, 07.06.2013.).

⁴⁰ *Ibid.*, stav 64. U ovoj presudi, kao primer, navode se sledeći slučajevi: *Murray v. the United Kingdom* (App. no. 14310/88, 28.10.1994.) – odnosi se na slučaj zadržavanja u vojnom centru u period kraćem od tri sata; *Novotka v. Slovakia* (App. no. 47244/99, 04.11.2003.) – odnosi se na slučaj zadržavanja u policiji u trajanju od jednog sata; *Shimovolos v. Russia*, (App. no. 30194/09, 21.06.2011.) – odnosi se na slučaj zadržavanja u policiji radi saslušanja u trajanju od 45 minuta.

⁴¹ Council of Europe, European Court of Human Rights, 2014., 6. Videti slučaj *M.A. v. Cyprus* (App. no. 41872/10, 23.07.2013.), stav 193.

⁴² ZKP, čl. 2, st. 1, tač. 23: „lišenje slobode je hapšenje, zadržavanje, zabrana napuštanja stana, pritvor i boravak u ustanovi koje se, u skladu sa ovim zakonom, uračunava u pritvor“.

⁴³ Čl. 27. i 29. Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

pravo na kontakt i korišćenje usluga branioca i pravne pomoći. Takođe, ZSNP nemušto pominje i obavezu policije da „mogućeg učinioca“ pouči, ali nije jasno o kakvoj pouci se radi. Dakle, ZSNP ne pominje sledeća Ustavom zagarantovana prava lica lišenog slobode: pravo obaveštavanja o razlozima lišenja slobode istovremeno sa lišenjem slobode; pravo obaveštavanja na jeziku koji razume; pravo obaveštavanja o „optužbi“ koja mu se stavlja na teret; pravo lica lišenog slobode da o svom lišenju slobode obavesti lice po svom izboru; pravo žalbe sudu; pravo da ništa ne izjavljuje. Naročito je zabrinjavajuće što ZSNP ne propisuje formu odluke o zadržavanju i ne propisuje pravno sredstvo koje se može upotrebiti protiv takve odluke pred sudom. Kako je pravo na slobodu, sa stanovišta EKLJP najveća vrednost demokratskog društva, možemo da zaključimo da „nedostatak forme iz koje proizilazi datum, vreme i lokacija zadržavanja, ime zadržavnog lica i razlozi za zadržavanje jeste nekompatibilno sa smislom člana 5. Konvencije“.⁴⁴ Takođe, član 5. stav 4. EKLJP predstavlja habeas corpus odredbu, a ovom odredbom se licu lišenom slobode omogućava „aktivno traženje sudske kontrole odluke o lišenju slobode“.⁴⁵ Možemo da zaključimo da je u delu koji se tiče prava lica lišenog slobode ZSNP u suprotnosti sa Ustavom i EKLJP.

Ipak, nužno se nameće pitanje da li je, sa stanovišta ljudskih prava, dozvoljeno preventivno zadržavanje/pritvor, odnosno preventivno lišenje slobode? ESLJP se bavio ovim pitanjem u presudama i *M. v. Germany*⁴⁶ i *Ostendorf v. Germany*. Presuda *Ostendorf v. Germany* je značajnija sa stanovišta teme ovog rada.

Naime, protiv Nemačke je podneta predstavka od strane lica koje je tvrdilo da je povređeno njegovo pravo na slobodu iz člana 5. EKLJP. Naime, podnosilac predstavke u policiji registrovan kao navijač kategorije huligana i određenog dana je krenuo u grupi sa drugim navijačima u drugi grad, kako bi prisustvovao fudbalskoj utakmici. Policija je saznala za kretanje grupe i pretpostavljala je da je vođa grupe upravo podnosilac predstavke. Grupa je presretna od strane policije na glavnoj stanici, članovi grupe su identifikovani i utvrđeno je da su registrovani kao huligani spremni da vrše nasilja. Prilikom pretresa kod njih je pronađena oprema koja služi za tuču. Potom je grupa nastavila kretanje pod policijskim

⁴⁴ Council of Europe, European Court of Human Rights, 2014., 7. Vidi i slučaj *Kurt v. Turkey* (App. no. 24276/94, 25.05.1998.), stav 125. *Rakevich v. Russia*, (App. no. 58973/00, 28.10.2003.), stav 43.

⁴⁵ Council of Europe, European Court of Human Rights, 2014., 30. Vidi slučaj *Mooren v. Germany*, (App. no. 11364/03, 09.07.2009.), stav 106.

⁴⁶ *M v. Germany* (App. no. 19359/04, 10.05.2010.) U ovom slučaju ESLJP se fokusirao na pitanje preventivnog pritvora se fokusirao na pitanje preventivnog pritvora u odnosu na višestrukog povratnika opisujući praksu zemalja članica SE prema kojoj se preventivno lišenje slobode u odnosu na povratnike realizuje nakon izvršene kazne i najčešće u okviru same krivične ankije ili mere bezbednosti.

nadzorom. U jednom trenutku podnosilac predstavke je napustio grupu, nakon čega je pronađen i lišen slobode u trajanju od četiri sata, odnosno do okončanja fudbalske utakmice i oduzet mu je mobilni telefon. Policija je postupila na navedeni način iz razloga što je postojala pretpostavka da se podnovilac udaljio kako bi putem telefona ugovorio tuču sa navijačima drugog tima, što je bila uobičajna praksa. Podnosilac predstavke je dobio formalnu odluku o svom zadržavanju u odnosu na koju je koristio pravo žalbe, sve u skladu sa nemačkim propisima.⁴⁷

ESLjP je procenio da se u konkretnom slučaju nesporno radi o lišenju slobode, bez obzira koliko je kratko to lišenje trajalo.⁴⁸ Potom, opisanu situaciju podvodi pod pojedinačne osnove za lišenje slobode i navodi da član 5. st.1. tač.c. EKLjP⁴⁹ ne dozvoljava policiji „generalnu prevenciju usmerenu protiv individua ili kategorija individua koji se od strane državnih organa, ispravno ili pogrešno, smatraju kao opasni ili skloni nezakonitim radnjama“.⁵⁰ Sud smatra da član 5. st.1. tač.c. dozvoljava lišenje slobode samo u vezi sa konkretnim krivičnim postupkom.⁵¹ Ipak, ESLjP zaključuje da je opisano lišenje slobode ipak bilo u skladu sa članom 5. st.1. tač.b. EKLjP.⁵² Naime, iako se „obaveza lica da ne izvrši krivično delo u skorijoj budućnosti ne može smatrati dovoljno konkretnom obavezom“⁵³ za primenu ovog osnova, ESLjP je smatrao da navedeni osnov za lišenje slobode postoji iz razloga što je pre lišenja slobode podnosiocu predstavke bila izdata naredba da se ne izdvaja iz grupe navijača sa kojom je doputovao i koju grupu je pratila policija, kao i da je prethodno upozoren da će svako ko napusti grupu biti uhapšen.⁵⁴ Podnosilac predstavke je postupio suprotno policijskoj naredbi, što je bio dovoljan osnov za lišenje slobode. Takođe, ESLjP je zaključio da je opisano lišenje slobode bilo „ciljano kao isključivi doprinos obezbeđenju ostvarenja obaveze i da nije imalo kazneni karakter“.⁵⁵

⁴⁷ *Hessian Public Security and Order Act*, section 32§1 no. 2. „policija može zadržati lice ukoliko je to neophodno u cilju sprečavanja skorašnjeg izvršenja ili ponavljanja krivičnog ili kažnjivog dela koje je od znatne važnosti za opštu javnost“. Na navedenu odluku policije dozvoljena je žalba. Citirano prema presudi *Ostendorf v. Germany*.

⁴⁸ *Ostendorf v. Germany*, stav 64.

⁴⁹ „U slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršio krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju“.

⁵⁰ *Ostendorf v. Germany*, stav 66.

⁵¹ *Ibid.*, stav 68. Pojam „krivični postupak“ treba tumačiti u skladu sa autonomnim tumačenjem ovog pojma ESLJP.

⁵² „U slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode zbog neizvršenja zakonite sudske odluke ili radi obezbeđenja ispunjenja neke obaveze propisane zakonom“.

⁵³ *Ostendorf v. Germany*, stav 70.

⁵⁴ *Ibid.*, stav 95.

⁵⁵ *Ibid.*, stav 97.

Dakle, ESLJP na izazov preventivnog zadržavanja odgovara da je moguće ovakvo lišenje slobode samo ukoliko se lice oglušilo o prethodno izdatu zakonitu naredbu o nekom konkretnom postupanju. U svetlu odredbi ZSNP možemo da zaključimo da bi bilo ispravno razmišljati u pravcu izmeni odredbi i to tako što bi policijski službenik imao pravo da „mogućem učiniocu“ izda naredbu o određenom postupanju, npr. naredbu da napusti stan, odnosno da ne prilazi žrtvi i sl., pa tek ukoliko se „mogući učinilac“ o tu naredbu oglušiti, onda bi postojao pravni osnov za lišenje slobode.

Svetlana Nenadić, M.A.

PhD student at Faculty of Law, University of Belgrade

Deputy of Public Prosecutor; Elected member of State Prosecutorial Council

***PRE-CRIME* CONCEPT OF THE LAW ON DOMESTIC VIOLENCE PREVENTION – OBLIGATIONS OF THE STATE AND RISKS FOR THE HUMAN RIGHTS**

Summary

Lawmaker correctly identified domestic violence as a generator of numerous violations of human rights and gravely problem of our society by accepting responsibility and the obligations of the state in the private sphere. However, we can ask whether the *pre-crime* concept, for which lawmaker decided, is good enough, for two reasons: the inherent defects of the concept and high risk of human rights violations. *Pre-crime* concept is in deep contradiction with the foundations of the criminal law, which necessarily produces the implications on generally accepted understanding of justice. On the other hand, there are risks of application.⁵⁶ However, pre-crime concept is nothing else but state clame for „more state“.⁵⁷ Limits of state power in the filed of prevention, lie in the

⁵⁶ „if pre-crime cannot be said to have been successful in ensuring prevention... pre-crime has mobilized prejudice around indentity and intensified the politization of policing and law“. J. McCulloch and S. Pickering, 7.

⁵⁷ „... the invitation for greater State response is not paired with discussion about the appropriate limits of State action.“, J. Goldscheid, D. J. Liebowitz, 320.

democratic principles of the society⁵⁸. In the absence of proportionality, as one of preventive justice limits,⁵⁹ Law on Domestic Violence Prevention is more like risk management document, than legal act of a democratic society. By protecting one right, Law completely neglect all other rights, abstracting from the fact that rights do not exist in vacuo, but are always in mutual interdependence.

Keywords: domestic violence, prevention, pre-crime, positive obligations, due diligence.

⁵⁸ V. P. Ramsay, „Democratic Limits to Preventive Criminal Law“, *Prevention and The Limits of The Criminal Law* (ed. A. Ashworth, L. Zedner, P. Tomlin), Oxford 2013., 232.

⁵⁹ V. C. S. Steiker, „Proportionality as a Limit on Preventive Justice“, *Prevention and The Limits of The Criminal Law* (ed. A. Ashworth, L. Zedner, P. Tomlin), Oxford 2013., 194.

**ZAMKE USAGLAŠAVANJA DOMAĆIH PROPISA
SA PRAVNOM TEKOVINOM EVROPSKE UNIJE
(Kroz primjer neustavnosti jednog domaćeg pravnog instituta)**

Apstrakt

Autor u radu piše o jednoj temi o kojoj kod nas do sada nije pisano. Radi se o pojavi da se prilikom usaglašavanja domaćih propisa sa pravom Evropske unije to pravo dosta često nekritički preuzima, što dovodi do toga da se time ne samo onemogućava ostvarivanje određenih ljudskih prava, već se radi i o njihovom kršenju. Ovu tezu autor je u uvodnom dijelu potkrijepio i primjerom iz Republike Hrvatske. Nakon toga u centralnom dijelu rada ustavnopravnoj kritici podvrgnut je institut presude zbog propuštanja, s čim u vezi je ukazano na njegovu neustavnost i neracionalnost. Završni dio rada sadrži prijedloge autora o tome kako otkloniti ove nepravilnosti, čime se omogućava harmonija u domaćem pravnom poretku koja nije suprotna pravnoj tekovini Evropske unije.

Ključne riječi: *ustavnost, vladavina prava, neustavnost, transponovanje prava, harmonizacija prava, presuda zbog propuštanja.*

1. Uvodni dio

Prostor na kojem živimo već duže vrijeme se nalazi u procesu za koji se odomaćio izraz „pristupanje Evropskoj uniji“. Za ostvarenje tako postavljenog cilja Evropska unija je još 1993. godine uspostavila tzv. kriterijume iz Kopenhagena, koje moraju ispuniti države centralne i istočne Evrope kako bi postale članice ove asocijacije. Podsjećanja radi, treba reći da se radi o sljedećim kriterijumima:

- stabilnost institucija koja garantuje demokratiju, vladavinu prava, ljudska prava te poštivanje i zaštitu prava manjina;
- postojanje funkcionalne tržišne ekonomije sposobne da se suoči sa

¹ Sudija Okružnog suda u Banjaluci i vanredni profesor ustavnog prava na Pravnom fakultetu Univerziteta za poslovni inženjering i menadžment u Banjaluci, e-mail: milanblagojevic@hotmail.com

- kompetitivnim pritiskom i silama tržišta unutar Evropske unije;
- sposobnost da se preuzmu obaveze članstva, uključujući privrženost ciljevima političke, ekonomske i monetarne unije;
 - postojanje uslova za integraciju država kroz prilagođavanje njihovih administrativnih struktura koje omogućuju da legislativa Evropske zajednice, koja je prethodno transponovana u nacionalno zakonodavstvo, bude efektivno primjenjivana kroz odgovarajuće administrativne i pravosudne strukture.

Među navedenim kriterijumima dva su od posebne važnosti za temu ovog rada. Jedan od njih je vladavina prava, a drugi je transponovanje prava Evropske unije u domaći pravni sistem. Termin *transponovanje* upotrebljavam u smislu preuzimanja propisa, mada se on može objasniti i kao dio šireg pojma *harmonizacije* domaćeg prava sa pravom Evropske unije. S tim u vezi mogu se razlikovati tri metoda harmonizacije. Jedan je *transpozicija*, kojom se od riječi do riječi prenosi tekst propisa Evropske unije u domaće pravo. Drugi je *preformulacija*, a njome se preuzima suština obaveza koje proizlaze iz direktive. Treći metod je *upućivanje (referiranje)*, kojom se odredbe direktive mogu navesti u aneksu domaćeg propisa. No, ono što je zajedničko tim metodama jeste to što se u slučaju svake od njih radi o preuzimanju propisa Evropske unije. Dakle, ti propisi uzimaju se kao datost oko koje nema pogađanja, usljed čega se, u žurbi da tom sistemu što prije i što više izađemo u susret, iz njega sve nekritički prihvata. Iako se ne odnosi na naš prostor, primjer koji ću iznijeti u ovom uvodnom dijelu to najbolje potvrđuje, a kao posljedicu takvog nekritičkog pristupa imamo i problem kojem je posvećeno centralno mjesto u ovom radu.

Međutim, prije nego što pređem na sve to smatram potrebnim istaći kako se ovdje često zaboravlja način na koji je u ustavnopravnom pogledu stvoren pravni poredak Evropske unije, za koji se upotrebljava i sintagma *Acquis Communautaire*. Kako ćemo vidjeti, do toga je došlo na način koji ne odgovara slovu osnivačkih ugovora ove asocijacije, a u pozadini su dvije odluke Evropskog suda pravde. Jedna od njih je odluka u predmetu *Van Gend en Loos*, u predmetu broj 26/62 iz 1963. godine. Ona je od kritične važnosti za razvoj evropskog ustavnog prava, jer su njome uspostavljeni *načelo suprematije i načelo direktnog dejstva* prava Evropske unije, koja predstavljaju samu srž ustavnog prava Evropske unije². Druga odluka je ona donesena u predmetu *Costa v ENEL* (predmet broj 6/64 iz 1964. godine). Za tu odluku se u literaturi ističe da predstavlja jednu od tri situacije u kojima Evropski sud pravde vrši politički izbor.

² D. Chalmers, A. Tomkins, *European Union Public Law - Text and materials*, Cambridge University Press, 2007, 46.

Naime, u navedenom predmetu takođe se postavilo pitanje da li tadašnje komunitarno pravo ima primat nad pravom država članica, *o čemu nema odredaba u osnivačkim ugovorima tadašnje evropske asocijacije*. Stoga je sud i u tom predmetu na sebe preuzeo ulogu kreatora svojevrstnog ustavnog pravila koje je od tada ostalo sve do danas, prema kojem pravo Evropske unije ima primat nad nacionalnim pravom. Evropski sud pravde je taj svoj stav obrazložio tako što je u navedenoj odluci rekao da su države članice ograničile svoja suverena prava time što su formirale ovu asocijaciju i prenijele zakonodavnu nadležnost na njene institucije³.

Suprematija prava Evropske unije znači, dakle, da je to pravo iznad pravnih propisa država članica, dok načelo direktnog dejstva znači da se pravo Evropske unije može neposredno primjenjivati, to jest da se na njega mogu pozivati stranke u postupcima pred nacionalnim sudovima. Prema tome, do ovih načela došlo se kroz odluke pomenutog suda, a ne na osnovu osnivačkih ugovora⁴.

To su, dakle, temelji iz kojih niču situacije da države koje žele pristupiti ovoj asocijaciji svoje propise bespogovorno prilagođavaju njenom pravnom poretku. Do čega to sve može dovesti, svjedoči primjer iz procesa pristupanja Republike Hrvatske Evropskoj uniji koji ću kratko iznijeti u uvodnom dijelu, nakon čega ću preći na razmatranje centralne teme ovog rada. Dakle, u procesu svog pridruživanja Evropskoj uniji Hrvatska je, između ostalog, svoje zakonodavstvo o zaštiti kolektivnih interesa potrošača morala uskladiti sa Direktivom Vijeća EEZ broj 93/13 od 5. aprila 1993. Ta direktiva sadrži propise o ugovornim odredbama koje se protive načelu savjesnosti i poštenja, a koje su ugrađene u hrvatski pravni poredak Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača (*Narodne novine* broj 78/12). Prema članu 4. stav 2. Direktive, ugovorne odredbe ne podliježu ocjeni njihove saglasnosti sa načelom poštenja (kao jednim od osnovnih načela obligacionog prava) *ako su jasno i razumljivo sastavljene*. I upravo pozivanjem na takvo „rješenje“ koje je preneseno i u domaće zakonodavstvo, sudovi u Republici Hrvatskoj u sporovima povodom (ne)zakonitosti ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom u švajcarskom franku, odbijaju tužbene zahtjeve kojima se traži da se te ugovorne odredbe oglase ništavim jer su suprotne načelima savjesnosti i poštenja kao kogentnim pravnim pravilima. Za stav da se takvi zahtjevi imaju odbiti navodi se (uz pozivanje na pomenutu Direktivu i domaći zakon usklađen sa Direktivom): „...*da su ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli u švicarskim francima u ugovorima o kreditu sklapanim od tuženih banaka*

³ S. Weatherill, P. Beaumont, *EU LAW*, Penguin Books, London 1999³, 193-194. O navedenim odlukama Evropskog suda pravde vidjeti i u N. Misita, *Osnovi prava Evropske Unije*, Sarajevo, 2007², 371.

⁴ D. Chalmers, A. Tomkins, 46-47.

*u spornom razdoblju bile razumljive, zbog čega nema ni pretpostavki za ispitivanje njihove poštenosti, a time ni razloga za njihovom ništetnosti...*⁵.

Kako vidimo, problem koji postoji, kada je riječ o (ne)mogućnosti primjene načela poštenja u obligacionim odnosima u Republici Hrvatskoj, nije posljedica navedenih sudskih odluka, već ustavno neodrživih, bolje reći potpuno neracionalnih odredaba pomenutih domaćih zakona *i jedne direktive Evropske unije*. Ustavna neodrživost i neracionalnost takvih odredaba je gotovo očigledna po sebi, imajući u vidu da to što su neke odredbe u ugovoru stipulirane na jasan i razumljiv način ne znači nužno da su i u skladu sa načelima savjesnosti i poštenja, kao kogentnim pravnim propisima.

U tom smislu treba posmatrati i ono što slijedi u nastavku, a što predstavlja centralni dio ovog rada.

2. Neustavnost instituta presude zbog propuštanja

Za potpuniju sliku o ovom problemu potrebno je najprije reći kako je institut presude zbog propuštanja u naše zakonodavstvo uveden dobrim dijelom i u želji za oponašanjem nečega što postoji u nekim zemljama Evropske unije. Kad su to zemlje poput SR Njemačke ili Republike Austrije, onda ta želja postaje samo još veća, bez obzira što tamošnja rješenja o ovom institutu nisu pravno ispravna. O njihovoj neispravnosti biće riječi kasnije, kroz argumentaciju kojom ukazujem na sve neustavnosti i neracionalnosti instituta presude zbog propuštanja u domaćem pravu, koja argumentacija *mutatis mutandis* važi i za te inostrane institute. No, prije nego što izložim moju argumentaciju, kratko ću iznijeti ono što se u relevantnoj literaturi iznosi o presudi zbog propuštanja u Njemačkoj i Austriji.

Kada je riječ o Njemačkoj, ističe se da se presuda zbog propuštanja (u pisanom predpostupku) može donijeti „Ukoliko se tuženik drži pasivno, iako je bio upozoren na moguće posljedice pasivnosti i pozvan da se u određenom roku izjasni o svojoj spremnosti za odbranu, odnosno osporavanje tužbe“, s čim u vezi se ukazuje da se presuda zbog propuštanja u pisanom predpostupku „...ne donosi zbog propuštanja dostave odgovora na tužbu kao odbrambene radnje tuženika, nego zbog propuštanja tuženika da dostavi sudu prethodnu pisanu izjavu o svojoj namjeri da se brani od tužbe.“⁶

U slučaju Austrije kaže se (kurziv u citatu je moj): „Zakonski rok za dostavu odgovora na tužbu je 4 sedmice. Dostavu odgovora *sud nalaže*

⁵ Citirano prema presudi Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj Revt 249/14-2 od 9. aprila 2015. godine.

⁶ M. Cimirotić, *Presuda zbog propuštanja* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar 2014, 77 i 78.

*tuženiku odlukom protiv koje nije dopušten pravni lijek. Ako tuženik u ostavljenom roku ne dostavi odgovor na tužbu, sud će na prijedlog tužitelja donijeti presudu zbog propuštanja...*⁷. Upravo ovakve odredbe su, u bitnom, sadržane i u našim zakonima kojima je uređen građanski sudski postupak, o čijoj neustavnosti i neracionalnosti je riječ u nastavku.

Vrijeme od potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma do danas na polju zakonodavstva o sudskim postupcima u Bosni i Hercegovini ostaće upamćeno po brojnim novim „rješenjima” i institutima, kojih do tada nije bilo na ovim prostorima. Kada je riječ o tzv. „rješenjima” iz građanskog sudskog postupka, koja to nisu u stvarnosti i zbog čega tu riječ stavljam pod navodnike, ovdje ću navesti par njih. Tako je u grani građanskog procesnog prava uvedeno pravilo da žalbeni sud u postupku po žalbi ne pazi po službenoj dužnosti na sve povrede odredaba parničnog postupka koje su od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude, već samo na one koje su taksativno nabrojane u odgovarajućoj odredbi domaćih zakona o parničnom postupku. Time je izbačeno staro pravilo parničnog postupka, prema kojem drugostepeni sud po službenoj dužnosti pazi u žalbenom postupku na bitne povrede odredaba parničnog postupka, a to su sve one odredbe čija povreda utiče na zakonitost i pravilnost presude. Kao posljedicu navedene novotarije imamo sljedeće slučajeve. Članom 209. stav 2. tačka 1) Zakona o parničnom postupku Republike Srpske je propisano da je *povreda odredaba parničnog postupka uvijek od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude* ako je, između ostalog, u njenom donošenju učestvovao *sudija koji je po zakonu morao biti isključen ili izuzet*. Prema članu 209. stav 2. tačka 4) istog zakona *povreda odredaba parničnog postupka uvijek je od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude* ako je, *protivno odredbama tog zakona, sud zasnovao svoju odluku na nedopuštenim raspolaganjima stranaka*. Ova odredba mora se posmatrati i tumačiti u vezi sa članom 3. stav 2. Zakona o parničnom postupku, koji na imperativan način zabranjuje sudu (dakle, ne samo prvostepenom nego i žalbenom sudu) da uvaži raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti sa prinudnim propisima. Međutim, ništa od prethodno navedenog neće biti ispoštovano od strane žalbenog suda ukoliko stranka u svojoj žalbi ne pobija u tom pravcu presudu nižestepenog suda. Naime, prema članu 221. Zakona o parničnom postupku Republike Srpske žalbeni sud po službenoj dužnosti ne pazi na povredu kako odredbe iz člana 209. stav 2. tačka 1), tako ni odredbe iz člana 209. stav 2. tačka 4) u vezi sa članom 3. stav 2. tog zakona. Iz ovoga se može pouzdano zaključiti o unutrašnjim protivrječnostima koje sadrži ovaj zakon, budući da se u jednom njegovom dijelu najprije pravilno propiše da se određene njegove

⁷ *Ibid.*, 85 i 86.

odredbe moraju uvijek primijeniti (*jer su im dispozicije imperativnog karaktera*), nakon čega se sve to u istom zakonu derogira time što se kaže da žalbeni sud na povredu tih odredaba ne pazi po službenoj dužnosti, već samo ako stranka na to ukazuje žalbom. Nije teško zamisliti kako zbog ove protivrječnosti možemo imati (i imamo) slučajeve u kojima u postupku po žalbi bude potvrđena presuda zasnovana na nedopuštenim raspolaganjima stranaka (ili presuda donesena od strane sudije koji je morao biti izuzet ili isključen iz njenog donošenja), i to sve zbog toga što na takvu povredu žalbeni sud ne pazi po službenoj dužnosti, a nijedna od stranaka u njihovim žalbama nije pobijala nižestepenu presudu zbog toga (a i zašto bi, kad im takva raspolaganja odgovaraju), već je presuda žalbama stranaka pobijana iz nekih drugih drugih razloga.

Još jedan primjer protivrječnosti koji iznosim u nastavku je od posebne važnosti, s obzirom na predmet ovog rada. Riječ je o odnosu između odredaba člana 70. i člana 167. Zakona o parničnom postupku. Potonjom zakonskom odredbom je propisano da se stranka u parnici (tužilac i tuženi) ne mogu prinuditi na davanje iskaza. To zakonsko rješenje je pravilno i u skladu je sa ustavnim pravom pojedinca na slobodu izražavanja. Da bi se razumio sadržaj ovog ustavnog prava, podsjetiću na sadržaj jednog drugog ustavnog prava. Radi se o pravu na slobodu vjeroispovijesti, čiji sadržaj obuhvata i pravo svakog pojedinca da se ne izrazi (npr. prilikom popisa stanovništva) kojoj religiji pripada (pod uslovom da se ne radi o ateisti ili agnostiku). Ako je tako sa pravom na slobodu vjeroispovijesti, a jeste, onda drugačije ne može biti ni sa ustavnim pravom na slobodu izražavanja. Naime, sadržaj tog prava ne obuhvata samo pravo na *slobodu* mišljenja i javnog *izražavanja sopstvenih misli*, već i *pravo pojedinca da ne izrazi svoje misli*, u kom slučaju ne smije samo zbog toga snositi pravne posljedice (sankcije). Pri tome treba imati u vidu da ova sloboda, po prirodi stvari, ne može biti garantovana licima kao što su sudije ili službena lica u organima uprave kada odlučuju u sudskim postupcima, odnosno u upravnim stvarima. U suprotnom, došlo bi se u situaciju u kojoj bi, priznavanjem i ovim licima prava da ne izraze svoje misli, bio onemogućen rad ovih organa javne vlasti. No, ostavljajući po strani ove izuzetke, ostalim pojedincima je ustavom garantovano pravo na slobodu izražavanja misli u smislu na koji je prethodno ukazano.

Međutim, suprotno ovom ustavnom pravu, koje je propisano i Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Zakon o parničnom postupku u članu 70. propisuje *dužnost tuženog u parnici da*, najdocnije u roku od 30 dana po prijemu tužbe, *dostavi sudu pisani odgovor na tužbu*. To ne samo što je suprotno ustavnom pravu na slobodu izražavanja sopstvenih misli, koja podrazumijeva i pravo da se

te misli ne izraze (pa ni odgovorom na tužbu), već član 70. protivrječi i članu 167. Zakona o parničnom postupku. Sve kulminira time što je za slučaj izostanka odgovora na tužbu propisana pravna sankcija u vidu presude zbog propuštanja, čija neustavnost je predmet ovog rada. Da bi se što bolje prikazala neustavnost ovog instituta (mada se ta neustavnost zapaža i iz već rečenog), kao i posljedice do kojih taj institut dovodi u sudskoj praksi, nastavak rada je podijeljen u tri dijela. U prvom od njih ću dijahronim komparativnim metodom ukazati na sadržaj ovog instituta i razlike u odnosu na nekadašnji institut presude zbog izostanka. Zatim ću iznijeti nekoliko primjera iz moje sud(ij)ske prakse, jer oni ilustrativno pokazuju neustavnosti instituta presude zbog propuštanja kojima se ozbiljno krše ljudsko pravo na slobodu (ne)izražavanja misli i pravo na pravično suđenje. Završni dio rada sadrži moje viđenje u kom pravcu bi trebalo poraditi na uklanjanju ove neustavnosti.

3. Presuda zbog izostanka i presuda zbog propuštanja

Raniji Zakon o parničnom postupku („Službeni list SFRJ“, broj 4/77) u članu 332. sadržavao je odredbe o institutu *presude zbog izostanka*. Međutim, prije nego što izložim suštinu tog instituta, podsjetiću na to da je prema navedenom zakonu odgovor na tužbu bio radnja na koju je tuženi imao pravo (dakle, ne obavezu), što je u skladu sa navedenim ustavnim pravom na slobodu izražavanja misli. Ovaj zaključak se izvodi sistematskim tumačenjem čl. 284. i 285. ranijeg Zakona o parničnom postupku. Naime, članom 284. tog zakona bilo je propisano da *ako predsjednik vijeća smatra da se na osnovu tužbe može dalje postupati, zakazaće, po pravilu, pripremno ročište i narediće da se primjerak tužbe dostavi tuženom, a ako smatra da, s obzirom na navode u tužbi i na prirodu spora, nije potrebno održavanje pripremnog ročišta, predsjednik vijeća je mogao odmah zakazati glavnu raspravu*. Iz ovih odredaba proizlazi da odgovor na tužbu nije bio obavezna pravna radnja u postupku, ali kada se te odredbe dovedu u vezu sa članom 285. Zakona o parničnom postupku prosto se nameće zaključak da zbog izostanka odgovora na tužbu tuženi nije mogao trpjeti ni bilo kakve pravne posljedice (sankcije). Naime, članom 285. ranijeg zakona bilo je propisano da *prije zakazivanja pripremnog ročišta predsjednik vijeća može zatražiti od tuženog da podnese odgovor na tužbu, ako bi zbog složenosti spora ili zbog većeg broja zahtjeva stavljenih u tužbi bilo cjelishodno da se tuženi u pisanom obliku izjasni o navodima iz tužbe*. U tom slučaju je tuženi imao pravo da izjavi odgovor na tužbu, a ako to ne učini predsjednik vijeća je bio dužan da *zakaze pripremno ročište ili ročište za glavnu raspravu* (član 285. stav 4. ranijeg zakona). Imajući u vidu ova ustavno valjana rješenja,

ne čudi što je članom 332. tog zakona bilo propisano da se presuda zbog izostanka može donijeti u sljedećim slučajevima: *ako tuženi ne dođe na pripremno ročište do njegovog zaključenja, ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, ili ako dođe na ova ročišta ali neće da se upusti u raspravljanje ili se udalji sa ročišta a ne ospori tužbeni zahtjev*. Međutim, u svakom od tih slučajeva sud je mogao donijeti presudu zbog izostanka ako su kumulativno bili ispunjeni sljedeći uslovi:

- 1) ako je tuženi bio uredno pozvan;
- 2) ako tužilac predloži donošenje presude zbog izostanka;
- 3) ako tuženi nije podneskom osporio tužbeni zahtjev;
- 4) ako osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi;
- 5) ako činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podnio ili sa činjenicama koje su opštepoznate;
- 6) ako ne postoje opštepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženog spriječili opravdani razlozi da dođe na ročište.

Dakle, to su slučajevi i uslovi pod kojima je prema ranijem zakonu sud mogao donijeti presudu zbog izostanka, što ukazuje na to da *nije postojala mogućnost donošenja takve presude kao sankcije zato što tuženi nije izjavio odgovor na tužbu*. Među navedenim uslovima posebnu pažnju treba obratiti na uslov prema kojem nije bilo mjesta donošenju ove presude *ako su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev u suprotnosti sa dokazima* koje je sam tužilac podnio. Na ovo skrećem pažnju zbog toga što sadašnji institut presude zbog propuštanja u tom pogledu sadrži sasvim drugačiji uslov, koji i porađa probleme u sudskoj praksi. Da bi se to uočilo, neophodno je izložiti suštinu „rješenja“ sadržanih u članu 182. sadašnjeg Zakon o parničnom postupku. Prema tom članu, kad tuženi kome je uredno dostavljena tužba u kojoj je tužilac predložio donošenje presude zbog propuštanja, ne dostavi pisani odgovor na tužbu u zakonskom roku, sud će donijeti presudu kojom se usvaja tužbeni zahtjev, *osim ako je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan*. Prema istom članu, tužbeni zahtjev je očigledno neosnovan ako je protivan činjenicama navedenim u tužbi ili ako su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev u *očiglednoj protivrječnosti* sa dokazima koje je predložio tužilac ili sa činjenicama koje su opštepoznate. Kako vidimo, zakonodavac kod ovog instituta insistira na *očiglednoj protivrječnosti* između činjeničnih navoda i dokaza iz tužbe, što omogućava da se ova presuda donese s pozivanjem da navedena protivrječnost u konkretnom slučaju *nije bila očigledna*. Ovaj problem, bolje reći neustavnost ovakvog

zakonskog „rješenja“ primjećuje se tek u neustavnoj sudskoj praksi, koja će biti izložena u narednom dijelu rada.

Međutim, prije toga je neophodno istaći dvije činjenice. Prva od njih se zapaža upoređivanjem rješenja sadržanog u ranijem zakonu u vezi sa presudom zbog izostanka sa „rješenjem“ iz sadašnjeg Zakona o parničnom postupku. Imajući u vidu sve što je s tim u vezi izloženo u prethodnim redovima, nije teško zaključiti da prema ranijem zakonu sam izostanak odgovora na tužbu nije povlačio pravne posljedice za tuženog, a posebno se samo zbog toga nije mogla donijeti presuda zbog izostanka. Takvo rješenje je ne samo bilo u skladu sa ustavnim pravom na slobodu (ne)izražavanja misli, koje je podrazumijevalo da se zbog samog neizražavanja misli (a to je i neizjavljivanje odgovora na tužbu) ne mogu snositi pravne posljedice (sankcije), već je takvo rješenje bilo u skladu i sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i sloboda. S tim u vezi od važnosti je odredba člana 6. stav 1. Konvencije, koja u relevantnom dijelu u verziji na engleskom jeziku glasi: „In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public *hearing* within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.“

U citiranom tekstu s razlogom sam apostrofirao riječ „*hearing*“, jer ona u engleskom jeziku nema samo značenje „rasprave“, kako se kod nas uglavnom prevodi ta odredba, već i značenje „*saslušanja*“, a ono opet podrazumijeva neposredni kontakt između suda i stranaka, naročito pred sudovima prvog stepena.

S obzirom na takvo značenje ove riječi, ne čudi što se u odgovarajućoj stručnoj literaturi s tim u vezi ukazuje da u *nekrivičnim predmetima* pravo stranke u postupku da prisustvuje usmenom saslušanju (*oral hearing*) važi za slučajeve u kojima je lični karakter ili način života stranke od važnosti za odluku suda, a da će u drugim slučajevima biti dovoljno da je na usmenom saslušanju stranka zastupana od pravnika kao njenog punomoćnika⁸. Drugim riječima, bilo da se radi o slučajevima u kojima je lični karakter ili način života stranke od važnosti za odluku suda ili se radi o drugim slučajevima, potrebno je zbog adverzarnosti sudskog postupka (u koji spada i parnični postupak) omogućiti prisustvo stranke usmenom saslušanju i raspravi, s tim što će u prvom slučaju biti neophodno lično prisustvo stranke, dok će u drugom slučaju standard pravičnog suđenja biti zadovoljen i ako je na raspravi stranka zastupana od pravnika kao njenog punomoćnika. U literaturi se s tim u vezi navodi da se u građanskim predmetima može odustati od prava na prisustvovanje vlastitom suđenju,

⁸ O ovome vidjeti više u D.J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London-Dublin-Edinburgh 1995, 204, 218.

ali *pod uslovom da je taj odustanak eksplicitan*, a kao potvrdu tog shvatanja poziva se na presudu Evropskog suda za ljudska prava od 21.9.1993. u predmetu *Zumtobel v Austria*⁹.

Ovo pravo stoga ne može biti predmet ograničenja ni u smislu člana 10. stav 2. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i sloboda, jer je poštovanje ustavnog prava na slobodu izražavanja misli standard demokratskog društva kojim se ne povređuje (niti se objektivno može povrijediti) ijedna od vrijednosti iz člana 10. stav 2. Konvencije (nacionalna i javna bezbjednost, teritorijalni integritet, zdravlje ili moral, sprečavanje nereda ili zločina, ugled ili prava drugih, povjerljive informacije, a ni autoritet i nepristrasnost sudstva).

Dakle, i ovi razlozi ukazuju na neustavnost instituta presude zbog propuštanja, jer se njime na neustavan način povređuje pravo tuženog na pravično suđenje. Do kakvih sve povreda ovog prava dolazi u praksi, pokazuju dva primjera koje ću iznijeti u narednom dijelu rada. Iz razumljivih razloga izostaviću službene brojeve sudskih predmeta i nazive stranaka.

4. Primjeri iz sud(ij)ske prakse

Ono što je zajedničko primjerima koji slijede je to da u svakom od njih tuženi nisu izjavili odgovore na tužbe, pa je prvostepeni sud u svakom od tih slučajeva donio presude zbog propuštanja kojima je usvojio tužbene zahtjeve.

U prvom slučaju usvojen je tužbeni zahtjev pa je tuženi obavezan da tužiocu plati iznos od 764 KM (koji čine više pojedinačnih iznosa za telekomunikacione usluge), sa zakonskom zateznom kamatom. U postupku po žalbi tuženi je osnovano ukazivao na to da jedan od više iznosa po osnovu telekomunikacionih usluga (iznos od 165 KM) tuženi nije dokazao dokazima priloženim uz tužbu, jer za taj iznos uz tužbu nije dostavljen račun telekomunikacionih usluga, već izvod otvorenih stavki u kojem stoji iznos od 165 KM, ali se iz tog izvoda ne može utvrditi po kom osnovu tužilac potražuje taj iznos. Kada se postavi ovakvo pitanje pred žalbenim sudom, argumentacija sudija koje donesu većinsku odluku (preglasavanjem) da se žalba tuženog odbije svodi se na to da bez obzira što nema odgovarajućeg računa za pomenuti iznos, takav tužbeni zahtjev u dijelu koji se odnosi na potraživanih 165 KM *nije očigledno neosnovan*. Pri tome se pozivaju na odredbu člana 182. Zakona o parničnom postupku, u kojoj zaista stoji da se presuda zbog propuštanja ne može donijeti *ako*

⁹ C. Harland, R. Roche, E. Strauss, *A Commentary to the European Convention on Human Rights, as applied in Bosnia and Herzegovina and at Strasbourg*, Sarajevo 2003, 141.

je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan. Međutim, argumentacija koja slijedi u nastavku ukazuje ne samo na neodrživost takvih odluka žalbenih sudova već, što je važnije, na neodrživost takve zakonske odredbe koja omogućava ozbiljno kršenje ljudskih prava (u konkretnom slučaju prava na pravično suđenje i prava na imovinu). Dakle, argumentacija koju iznosim za ovaj slučaj glasi:

„Predmetnom tužbom tužilac je, između ostalog, navodio da mu tuženi *po osnovu korištenja telekomunikacionih usluga* duguje „za mjesec decembar 2013. iznos od 165,00 KM sa datumom dospelosti na dan 9.1.2014. godine...” te za korištenje istih usluga „... za mjesec decembar 2013. iznos od 49,34 KM sa datumom dospelosti na dan 20.1.2014. godine...”. U dijelu koji se odnosi na iznos od 165 KM tužilac, za razliku od svih ostalih potraživanih iznosa, nije odgovarajućim računom za korištenje telekomunikacionih usluga dokazao to svoje potraživanje. Naime, za sve ostale pojedinačne iznose iz tužbe tužilac je dostavio dokaze u vidu odgovarajućih računa za telekomunikacione usluge po odgovarajućim mjesecima. Međutim, za potraživani iznos od 165 KM, za koji se u tužbi takođe navodi da se odnosi na korištenje telekomunikacionih usluga za mjesec decembar 2013. godine, tužilac nije dostavio uz tužbu odgovarajući račun za telekomunikacione usluge. Umjesto toga, uz tužbu je priložen izvod otvorenih stavki na iznos od 165 KM, ali to nije račun za telekomunikacione usluge u smislu na koji je prethodno ukazano *нити се из тог извода може утврдити на који период се односи и за шта се (по ком основу) потражује тај износ*. Drugim riječima, iz ovog dokaza se ne vidi da li tužilac iznos od 165 KM potražuje za izvršene telekomunikacione usluge tuženom ili pak taj iznos potražuje po nekom drugom osnovu. U slučaju da i taj iznos potražuje za izvršene telekomunikacione usluge (a to se iz pomenutog izvoda ne može utvrditi), onda je taj dokaz (izvod otvorenih stavki) u protivrječnosti sa navodima iz tužbe da za isti mjesec (decembar 2013. godine) tužilac potražuje od tuženog po istom osnovu (za izvršene telekomunikacione usluge) dva različita iznosa, od kojih jedan glasi na 165 KM, a drugi na iznos od 49,34 KM, s tim što samo za ovaj drugi iznos postoji odgovarajući račun tužioca za telekomunikacione usluge u iznosu od 49,34 KM, kojem računu kao dokazu protivrječi navedeni izvod otvorenih stavki koji glasi na iznos od 165 KM. Stoga se osnovano žalbom tuženog ukazuje na to da u navedenom dijelu, koji se odnosi na potraživani iznos od 165 KM, tužilac u tužbi nije učinio osnovanim taj dio njegovog zahtjeva. Sve to ukazuje da se nije mogla donijeti presuda zbog propuštanja.“

U narednom primjeru tuženi je još drastičnije oštećen sudskom odlukom, jer je obavezan da tužiocu plati iznos od 2.047 KM. I u ovom slučaju većina sudija članova žalbenog vijeća je smatrala da dokazi tužioca koji su međusobno protivrječni ne ukazuju na očiglednu neosnovanost tužbenog zahtjeva. Naime, većini sudija članova žalbenog vijeća bilo je dovoljno što se iznos od 2.047 KM pojavljuje u jednom od dokaza dostavljenih uz tužbu, pa zbog toga drugi dokaz tužioca, *koji je sadržavao manji iznos*, nije ukazivao da je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan. Međutim, koliko je neosnovana ova argumentacija, a time posredno i zakonska odredba prema kojoj se presuda zbog propuštanja ne može donijeti *ako je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan*, ukazuju sljedeći razlozi iz izdvojenog neslažućeg mišljenja koje iznosim u nastavku:

„Žalbom tuženog između ostalog se ističe da nisu tačni podaci iz kartice potrošača na kojoj tužilac temelji svoj tužbeni zahtjev. S tim u vezi ukazujem na to da je tužilac uz tužbu podnio i kao dokaze izveo isprave koje su međusobno protivrječne u pogledu visine njegovog potraživanja.

Tužilac tužbeni zahtjev opredjeljuje na glavni iznos od 2.047,41 KM, što odgovara njegovoj kartici potrošača štampanoj 09.03.2015. godine (posljednja 10. strana te kartice). Međutim, tužilac je uz tužbu dostavio i kao dokaz izveo i karticu potrošača po reprogramu, iz koje proizlazi da mu tuženi ima obavezu uplatiti 968,75 KM za isporučenu električnu energiju, a ne 2.047,41 KM.

Očigledno je, dakle, da su pomenuti dokazi koje je tužilac priložio uz tužbu međusobno protivrječni u pogledu iznosa tužiočevog potraživanja prema tuženom, a koja protivrječnost je morala biti otklonjena samo na glavnoj raspravi.“

5. Zaključna razmatranja

Vjerujem da su prethodna dva primjera bila dovoljno ilustrativna da ukažu ne samo na pravnu i moralnu neodrživost dominirajuće sudske prakse koja se razvila kod nas, već i na ustavnu i moralnu neodrživost instituta presude zbog propuštanja, s čim u vezi treba imati u vidu ne samo te primjere nego i sve ostale razloge iznijete u radu. Stvar postaje još složenija u onim slučajevima u kojima se tužba tuženom dostavlja na odgovor putem oglasne table suda i u dnevnim novinama, nakon čega se i tada donose presude zbog propuštanja. U takvim slučajevima, dakle, ove

presude i ne stignu do žalbenog suda, jer ih prvostepeni sudovi tuženom dostavljaju takođe putem svoje oglasne table, a potom utvrđuju njihovu pravnosnažnost po proteku roka za žalbu, koji za tuženog teče od dana stavljanja takve presude na oglasnu tablu suda. Jednostavnije kazano, u takvim slučajevima ovakve presude postaju pravnosnažne, pa tužioci na osnovu njih podnose prijedloge za izvršenje u sudskom izvršnom postupku, nakon čega sudovi u tom postupku prinudno izvršavaju presude, bez obzira na to što su očigledno neustavne zbog neustavnosti instituta presude zbog propuštanja. Stoga sam ovim radom nastojao da ukažem na svu pravnu i moralnu neodrživost ne samo sudske prakse, već prije svega na istu takvu neodrživost presude zbog propuštanja kao instituta koji omogućuje takvo neustavno postupanje domaćih sudova.

Svakako da se sada, barem od onih koji će se složiti sa mojom argumentacijom, sasvim opravdano postavlja pitanje kako sve ovo odstraniti iz zakonodavstva i prakse, na jednoj, te kako omogućiti efikasno odvijanje sudskih postupaka u ovakvim predmetima na drugoj strani. Jedan od načina je svakako taj da odgovarajući ustavni sudovi kod nas oglase neustavnim kako zakonske odredbe o presudi zbog propuštanja, tako i one odredbe važećih zakona o parničnom postupku koji propisuju dužnost tuženog da izjavi odgovor na tužbu. Međutim, s obzirom na činjenicu da te odredbe neustavno perzistiraju već mnogo godina, bez odgovarajuće reakcije ustavnih sudova, za očekivati je da ih ti sudovi ni u budućnosti neće kasirati. Stoga ostaje na domaćim zakonodavcima da odgovarajućim izmjenama i dopunama u ovdašnjim zakonima o parničnom postupku brišu te odredbe i tako onemogućuje njihovo važenje u budućnosti, a da se umjesto njih u zakone vrati institut presude zbog izostanka kako je bio riješen u ranijem Zakonu o parničnom postupku bivše SFRJ. Time se omogućava harmonija u domaćem pravnom poretku, koja nije suprotna pravnoj tekovini Evropske unije.

Prof. Milan Blagojević, PhD

Judge of the District court of Banjaluka

Associate Professor at Faculty of Law, University of Business and Management Engineering Banja Luka

**NOOSES OF HARMONIZATION OF DOMESTIC
REGULATIONS
WITH LEGAL HERITAGE OF EUROPEAN UNION
(Through example of unconstitutionality of one domestic legal
institute)**

Summary

In this paper the author writes on one topic which is not written about so far at us. It is word on appearance that during harmonization of domestic regulations with the law of European Union, law of the EU is very often uncritically transposed into domestic legal order. As a consequence, i.e. due to that it is not posible to realise some human rihgts, and in practice it leads to the violating of these rights as well. This thesis is corroborated by example from Republic of Croatia. In central part of the paper domestic legal institute of default judgement is subjected to the constitutional-legal critique in a way which points out unconstitutionality and irrationality of that institute. In the final part the author has given proposals how to remove such irregularities in a way which enables harmony in domestic legal order and it is not contrary to the legal heritage of European Union.

Keywords: constitutionality, rule of law, unconstitutionality, transposition of law, harmonization of law, default judgement.

PRISTRASNOSTI KAO RAZLOG ZA IZUZEĆE SUDIJA U POSTUPKU PRED MEĐUNARODNIM KRIVIČNIM SUDOM ZA BIVŠU JUGOSLAVIJU

Apstrakt

Ovaj rad se bavi analizom i prezentacijom saznanja koja se odnose na načelo nezavisnosti i nepristrasnosti sudija i mogućnost izuzeća sudija po osnovu pristrasnosti u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju, sa osvrtom na praksu. Posebo je u tom smislu ukazano na pravo na pravično suđenje koje predstavlja osnovno ljudsko pravo optuženog, a kako bi se isto ostvarilo optuženi ima pravo da mu bude suđeno pred nezavisnim i nepristrasnim sudom. Izuzeće sudije predstavlja sredstvo kojim se sprečava pristrasno odlučivanje sudije u konkretnom predmetu. U tom pogledu relevantni su konkretni razlozi izuzeća sudija, kao i stepen osetljivosti u odnosu na njih odnosno visina zahtevanog praga izuzeća, pri čemu se mora imati u vidu i institucionalana nezavisnost suda, koja je po prirodi stvari povezana sa nezavisnošću sudije kao pojedinca. Nakon navedene analize ocenjuje se da li se da li je praksa izuzeća u postupku pred MKTJ u skladu sa proklamovanim načelom nezavisnosti i nepristrasnosti, kao i međunarodnim standardima koji se žele postići.

Ključne reči: nepristrasnost i nezavisnost sudija, diskvalifikacija, izuzeće, isključenje, međunarodni krivični postupak.

1. Uvodna razmatranja

U međunarodnim krivičnim postupcima ne postoje opšta pravila, s obzirom da međunarodni krivični sudovi imaju svoje pravilnike koji regulišu pravila postupka, međutim može se reći da važe određena opšta pravna načela koja se mogu primeniti u njima. Reč je o načelima kao što su pretpostavka nevinosti, pravo optuženih lica na nezavisno i nepristrasno sudstvo, načelo pravičnog i ekspeditivnog postupka i druga

¹ Diplomirani pravnik-master, korisnik početne obuke u Pravosudjoj akademiji, e-mail: dejo1983@gmail.com.

„Ona diktiraju način na koji se krivični postupci moraju odvijati, te tako zagarantovati osnovna prava na koja se njihovi korisnici mogu pozvati pred sudom, ako je to potrebno, žaleći se na odluke koje narušavaju ta prava. Načela takođe mogu poslužiti i kao koristan instrument za razumno razjašnjavanje procesnih pravila, kad god ona nisu jasna, ili su podesna za oprečna tumačenja.“²

Kao što je navedeno jedno od načela je i načelo nezavisnosti i nepristrasnosti sudija, koje predstavlja primarni okvir prava na pravično suđenje, koje je jedno od osnovnih ljudskih prava optuženog. Postoji više načina i sredstava za očuvanje ovog načela, kao i ostvarivanje prava na fer suđenje, nesumnjivo je da je jedno od njih izuzeće sudija. „Izuzeće sudije nije samo stvar učesnika u postupku i njihovih interesa. Krivični postupak mora biti takav da obezbeđuje pravni red i mir. Jedan od osnovnih njegovih elemenata je poverenje u pravosudni sistem. Nepristrasnost i izuzeće, naročito u slučajevima kada je ono dovedeno u pitanje, osnovni je uslov postojanja ili nepostojanja takvog poverenja.“³

2. Načelo nezavisnosti i nepristrasnosti i diskvalifikacija sudija

Statut Međunarodnog suda za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine (Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, u daljem tekstu MKTJ) odredbama člana 21 jemči određena prava optuženom, između ostalog i pravo na pravično i ekspeditivno suđenje, dok član 13, pod nazivom kvalifikacije sudija, predviđa između ostalog da „stalne sudije i sudije *ad litem* moraju biti nepristrane i čestite osobe visokih moralnih kvaliteta koje poseduju kvalifikacije potrebne za izbor na najviše pravosudne funkcije u zemlji iz koje dolaze.“

Osnovno ljudsko pravo optuženog je pravo na pravično suđenje, kako bi se isto ostvarilo optuženi ima pravo da mu bude suđeno pred nezavisnim i nepristrasnim sudom. „Primarni okvir uživanja prava na pravično suđenje jeste u njenom sprovođenju od strane nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog suda, koji je obrazovan na osnovu zakona. Time se onemogućuje proizvoljnost i pristrasnost pri odlučivanju od strane nekog političkog i upravnog tela, pa o nekom spornom pitanju odlučuje organ koji je unapred osnovan, i koji je stručan da presudi u određenoj stvari“.⁴

² A. Cassese, *International criminal law*, Oxford University Press, 2003, 459.

³ L. Breneselović, „Izuzeće sudije u krivičnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2007, 174.

⁴ M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 169.

Međutim, u vezi primene ljudskih prava u postupku pred MKTJ treba imati u vidu da je Pretresno veće u slučaju „Tužilac protiv Tadića“ zauzelo stav, za koji se pokazalo da predstavlja opšti način pristupanja ljudskim pravima, da nije vezano univerzalnim načelima o zaštiti ljudskih prava na način na koji ih tumače druga tela koja se bave zaštitom ljudska prava, a zbog specifične strukture Tribunala, kao i prirode predmeta, te da navedena načela nisu primenjiva na isti način u unutrašnjim pravima, imajući u vidu srodnost MKTJ vojnim sudovima. „Opšti pristup tumačenja ljudskih prava za koji se opredelio MKTJ posebno zabrinjava ako se posmatra sa pozicije očekivanja da MKTJ dosledno primenjuje međunarodno priznate standarde ljudskih prava.“⁵ „Pravičnost suđenja i zaštita ljudskih prava u postupcima pred MKTJ mogu se razmatrati samo u svetlu međunarodno priznatih normi i standarda ljudskih prava“.⁶ Postoji više garancija kojima se obezbeđuje nezavisnost i nepristrasnost sudija, to su pre svega kriterijumi i način na koji se sudije biraju, zatim moralna kompetentnost, nezavisnost od političkih uticaja, zabrana primanja instrukcija, zabrana povezanosti sa interesima stranaka u predmetu, kao i sredstva i mehanizmi nadzora, kao što su izuzeće sa suđenja ili čak i udaljenje iz suda u određenim slučajevima.

„Danas je teško govoriti o postojanju univerzalnih i uspešnih formula o načinu izbora sudija, o formiranju pravosudnog saveta i o drugim segmentima organizacije i funkcionisanja sudske vlasti. Zato bi bilo svrsishodnije formirati „minimalna“ pravila na univerzalnom planu, koja bi činila srž vladavine prava i obezbedila nezavisnost sudstva *in abstracto*.“⁷ Nezavisnost, prema nekim autorima, a što je i najčešći način određivanja njenih pojava oblika, ima svoja dva vida i to *de iure* nezavisnost odnosno institucionalni okvir, koja obuhvata supstancijalnu i personalnu nezavisnost i *de facto* nezavisnost odnosno bihevioralni vid ili nezavisnost u ponašanju i postupanju nosioca sudijske funkcije. „Nepristrasnosti je i suštinska organizaciona komponenta svake legitimne pravosudne institucije i osnovno pravo lica pred takvom ustanovom.“⁸

U pogledu načela nezavisnosti i nepristrasnosti sudova i sudija veliki značaj imaju pravila sudijske etike odnosno kodeks iste. „Sudija treba da obavlja svoju ulogu ispoljavajući mudrost, lojalnost, čovečnost,

⁵ A. Gajić, „Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju – iz perspektive ljudskih prava“, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu* 4/2009, 142.

⁶ *Ibid.*, 140.

⁷ I. Pejić, „Konstitucionalizacija sudske nezavisnosti: uporedno i iskustvo Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 1/ 2007, 159.

⁸ H. Abtahi, O. Ogwuma, R. Young, „The Composition of Judicial Benches, Disqualification and Excusal of Judges at the International Criminal Court“, *Journal of International Criminal Justice*, 2/2013, 380.

hrabrost, ozbiljnost i smotrenost, uz istovremeno umeće da sasluša druge, komunicira s njima i bude radan. Ti zahtevi nisu specifični samo za sudiju već su suštinski značajni da bi se moglo jemčiti pravo svakog čoveka da ima sudiju.⁹ Međunarodni standardi sudijske etike predviđeni su brojnim međunarodnim dokumentima od kojih su najvažniji Osnovni principi Ujedinjenih nacija o nezavisnosti pravosuđa (1985), Evropska statutarna povelja za sudije (1998), Bangalorski principi ponašanja sudija (2002) i Komentari (2007), Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope CM/Rec (2010), Mišljenje br. 4 Konsultativnog veća evropskih sudija (2003), Evropska mreža sudskih saveta (ENCJ): Izveštaj o sudijskoj etici 2009-2010, Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije (UNCAC). „Primarna svrha je da pruži pozitivan model ponašanja, a ne skup zabrana.“¹⁰ Može se reći da je suština navedenih standarda garancija i zaštita osnovnih ljudskih prava.

Kada je reč o nepristrasnosti i nezavisnosti sudija, treba imati u vidu i institucionalnu nezavisnost suda, budući da su ova dva vida nezavisnosti međusobno povezana po prirodi stvari, s tim što se u praksi ne moraju uvek poklapati. U pogledu nezavisnosti i objektivnosti ad hoc međunarodnih krivičnih sudova uopšte, mogu se istaći određeni prigovori. Tako se obično ističu zamerke u odnosu na sudove u Nirnbergu i Tokiju, da to nisu bili nezavisni međunarodni sudovi u pravom smislu te reči, već da je reč o vojnim sudskim telima koji su organizovani od strane sila pobednica, a ne celokupne međunarodne zajednice, da je suđeno malom broju okrivljenih, kao i u vezi kažnjavanja za pripadnost organizaciji, pri čemu se ne treba potceniti njihov značaj, pogotovu u pogledu formulisanja određenih pravila i načela međunarodnog krivičnog prava.

U odnosu na Međunarodne krivične tribunale za bivšu Jugoslaviju i Ruandu ističu se ozbiljni prigovori u teoriji i praksi, počevši od same legalnosti pre svega MKTJ, budući da nije ustanovljen zaključenjem međunarodnog ugovora, već je osnovan od strane nenadležnog organa i to širokim tumačenjem termina „mera“, pod koji je podveden i krivični sud, s obzirom na to da su tribunali osnovani kao pomoćna tela Saveta bezbednosti UN, na osnovu glave VII Povelje UN. Takođe se ističe prigovor selektivne pravde, te da se nadležnost navedenih tribunala odnosi na zločine učinjene u pojedinim zemljama, a ne na zločine učinjene bilo gde u svetu, da u tribunalu nisu potpuno odvojene funkcije tužioca od sudske funkcije (ista zgrada i administracija) itd. „Prema tome, mada su tribunali realnost koju su bile prinuđene da prihvate i države koje su ih u

⁹ Evropska mreža Saveta za Izveštaj o etici u pravosuđu, *Kvaliteti i vrline sudije*, 11.

¹⁰ J. Hamilton, Q. Reed, L. Lalić, Obuka sudija i tužilaca Republike Srbije u oblasti etike i prevencije i otkrivanja korupcije: ocena stanja i preporuke, 2015, <http://www.pars.rs/files/Materijali11.pdf>, 28.

početku osporavale, način i postupak njihovog osnivanja su u najmanju ruku oduvek bili sporni.¹¹ „Konačno, ne može sud biti formiran u obliku bilo čijeg pomoćnog organa, pa ni pomoćnog organa Saveta bezbednosti, jer je to takođe u potpunoj suprotnosti sa svrhom postojanja suda i suštinom njegovog delovanja, a time se takav organ već na prvi pogled i na jednom terminološkom nivou, moralno diskvalifikuje u odnosu na zahtevanu nezavisnost i samostalnost u vršenju sudske funkcije, na šta u ovom slučaju nema nikakvog relevantnog uticaja ni činjenica da on ne primenjuje materijalno pravo doneto od strane Saveta bezbednosti koji ga je osnovao.“¹² Ali postoje i drugačija viđenja, npr. Antonio Kaseze je u odgovoru na kritike naveo da ustanovljavanje *ad hoc* tribunala „dokazuje svoju korisnost sve dok se ne uspostavi međunarodni krivični sud univerzalne nadležnosti.”

Što s tiče stalnog Međunarodnog krivičnog suda njegova legalnost je nesporna, tako da ostaje da sud u praksi dokaže svoju nepristrasnost i nezavisnost „za šta su u velikoj meri stvoreni potrebni formalni uslovi, ali će dalji razvoj događaja u velikoj meri zavisiti i od faktičkih uslova i to pre svega onih koji se odnose na stav moćnih međunarodno-političkih faktora u odnosu na stalni Međunarodni krivični sud.“¹³ Osnovna zamerka koja se ističe u pogledu nezavisnosti i autoriteta ovog međunarodnog suda odnosi se na to da isti nije prihvaćen od strane velikih svetskih sila, tako Rusija nije ratifikovala Statut, dok neke kao SAD, Kina i Indija nisu ni potpisale Statut, kao i da su u dosadašnjoj praksi ispitivani samo slučajevi u Africi.

3. Izuzeće sudija kao sredstvo diskvalifikacije sudije u postupku pred MKTJ

„Izuzeće sudije je institut kojim se u konkretnom slučaju sprečava da odluku donese sudija čija je nepristrasnost u manjoj ili većoj meri dovedena u sumnju.“¹⁴ Navedeno načelo nezavisnosti i nepristrasnosti ugrađeno je u član 15 Pravilnika o postupku i dokazima, koji predviđa da sudija koji ima lični interes u predmetu ili koji s tim predmetom ima ili je imao ikakve veze koja bi mogla uticati na njegovu nepristrasnost ne sme da učestvuje u prvostepenom ili žalbenom postupku u tom predmetu. Kada je nepristrasnost sudije u sumnji, odgovarajuće pravno sredstvo bila

¹¹ B. Krivokapić, „Nešto drugačiji pogled na međunarodne krivične sudove“, u: *Haški tribunal između politike i prava* (ur. J. Čirić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2013, 29.

¹² M. Škulić, „Jedan pogled na Haški tribunal i njegovo mesto u istoriji“, u: *Haški tribunal između politike i prava* (ur. J. Čirić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2013, 60.

¹³ *Ibid.*, 77.

¹⁴ L. Breneselović, 174.

bi diskvalifikacija predmetnog sudije iz daljeg postupka. „Diskvalifikacija ima etičku i procesnu dimenziju.“¹⁵

U unutrašnjim pravnim porecima moguće je razlikovati obavezno izuzeće, koje podrazumeva neoborivu pretpostavku pristrasnosti i taksativno nabrojane razloge koji uvek dovode do izuzeća i fakultativno izuzeće koje označava postojanje okolnosti koje izazivaju sumnju u sudijsku nepristrasnost uopštenim navođenjem, a koje mogu ukazivati da je u konkretnom slučaju nepristrasnost dovedena u pitanje. Kao što je navedeno, prema pravilima Tribunala sudija može biti izuzet ukoliko se utvrdi da je pristrasan, međutim očigledno je da navedeni Pravilnik MKTJ na dosta neodređen način propisuje razloge za izuzeće. U praksi se postavnja pitanje koje su situacije koje bi mogle uticati na nepristrasnost sudije, kao i pitanje stepena sumnje koja može da izazove nepristrasnost sudije tj. pitanje praga izuzeća. „Izuzeće sudije je na prvi pogled jednostavan institut. To je zbog toga što se odlukom da se neki sudija izuzme ničije pravo ne može povrediti, a, s druge strane, takvom odlukom se realizuje pravo okrivljenog na fer suđenje. Otud su najteži problemi oko izuzeća praktično vezani za pitanje kada sudija ne treba da bude izuzet, a ne kada se može izuzeti. Najlakše bi bilo izuzeti sudiju uvek kada zahtev za njegovo izuzeće postoji. Najlakše, ali ne i ispravno.“¹⁶

U praksi MKTJ pitanje izuzeća zbog moguće pristrasnosti sudija pokretano je u više slučajeva, u kojima su zahtevi za izuzeće odbijani. Tako je na primer kolegijum smatrao da izbor sudije Odio Benito za drugog potpredsednika vlade Kostarike nije razlog za njeno izuzeće, a s obzirom da je ona obećala da neće prihvatiti nikakvu funkciju u Vladi Kostarike, sve dok joj ne istekne sudijski mandat, što je potvrdio i predsednik Kostarike. U slučaju Furundžija, žalilac je tražio izuzeće sudije Mumba, a iz razloga što je ona pre izbora za sudiju MKTJ bila delegat svoje Vlade u Komisiji UN za položaj žena, gde su vođene rasprave o definiciji silovanja, što je predstavljalo krivično delo koje se u konkretnom slučaju stavljalo na teret optuženom. Takođe je istaknuto da se ista susretala sa osobama koje su umešane u suđenje odnosno sa autorima pisma amicus curiae podnesenog tokom suđenja i sa tužiocem. Žalbeno veće je cenilo da se radilo o beznačajnim vezama sudije sa navedenim osobama, a da članstvo u navedenom telu UN i briga za zaštitu prava žena, nisu stvorile u njoj predrasude.

U pogledu diskvalifikacije sudija, treba imati u vidu da nacionalna pripadnost i državljanstvo određenog sudije može biti od uticaja na pristrasnost u konkretnom slučaju. Slično pitanje se postavlja i u vezi

¹⁵ C. Gardner Geyh, *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*, Federal Judicial Center, 2010², 2.

¹⁶ L. Breneselović, 173.

veroispovesti određenog sudije. Međutim kada je reč o MKTJ i MKTR situacija je u tom pogledu specifična u odnosu na druge međunarodne sudove, imajući u vidu da je imenovanje sudija pod kontrolom država, a s obzirom na to da ne prihvataju stav da nacionalna pripadnost i državljanstvo sudije može biti od uticaja na nepristrasnost. U tom smislu indikativne su odluke po zahtevu za izuzeće sudija u slučajevima Tužilac protiv Šešelja, u kojima je sud bio mišljenja da nacionalnost i veroispovest sudija moraju biti irelevantne kada je reč o njihovoj sposobnosti da nepristrasno sude u predmetu, te da moraju da zanemare eventualnu pripadnost nekoj grupi, zasnovanu na verskoj, etičkoj, polnoj ili nekoj drugoj odlici, karakteristici ili temelju. Slična situacija je nastala u slučaju Mladić kada je odbrana tražila diskvalifikaciju sudije Alfonsa Oria, između ostalog i iz razloga što je optužnica uglavnom fokusirana na dešavanja u Srebrenici, imajući u vidu neuspeh holandskih mirovnih snaga u zaštiti civila na tom području i činjenicu da je navedeni sudija po nacionalnosti Holanđanin, te da se nalazi u sukobu interesa, zahtev je odbijen kao neosnovan, a odbrana nije dokazala tvrdnju da je sudija ostavio utisak pristrasnosti.

„Za razliku od MKT-a, mnogi drugi međunarodni sudovi priznaju da je verovatno da će nacionalnost sudije imati uticaja na njegovo ili njeno odlučivanje i predviđaju mere za sprečavanje ove pojave.“¹⁷ U tom smislu Međunarodni sud pravde Međunarodni sud za pravo mora, Evropski sud za ljudska prava, Inter američki sud za ljudska prava i Afrički sud za ljudska prava i prava naroda uvažavaju navedenu činjenicu i predviđaju odgovarajuća rešenja u takvim situacijama (npr. institut *ad hoc* sudije). „Sudije Stalnog MKS podležu Kodeksu etičkog ponašanja koje dalje određuje njihove obaveze nezavisnosti i nepristrasnosti.“¹⁸ Međutim kada je reč o Stalnom MKS takođe se ističe se kao sporno učešće sudija određene nacionalne pripadnosti u nekim slučajevima (*Prosecutor v. Kony*, *Prosecutor v. Nourain & Jamus*). Nacionalana pripadnost sudije može uticati na pristrasnost u određenim slučajevima, naravno ne po automatizmu, ali treba razmotriti mogućnost izuzeća kada se radi o slučajevima sudija koji su sunarodnici okrivljenih i u kojima države čiji su oni državljani imaju neke interese.

U dosadašnjoj praksi MKTJ slučaj izuzeća sudije Harhofa, Odlukom po zahtevu odbrane za izuzeće sudije u slučaju Tužilac protiv Šešelja, je bez presedana, s obzirom da je do diskvalifikacije navedenog sudije došlo neposredno pre izricanja presude, tako što je tročlano veće utvrdilo da je privatni mejl sudije, a koji se pojavio u medijima, predstavljao ispoljavanje pristrasnosti. Sadržina pisma se odnosi na kritiku, upućenu

¹⁷ M. Marković, „International criminal trials and the disqualification of judges on the basis of nationality“, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 13, 1/2014, 73.

¹⁸ *Ibid.*, 3.

od strane navedenog sudije, više presuda žalbenog veća i pretresnih veća kojima je, prema njegovom mišljenju, razvodnjena doktrina udruženog zločinačkog poduhvata u odnosu na već ustaljenu praksu da vojni komandanti budu osuđeni za zločine koje su počinili njihovi potčinjeni, te da je do promene doktrine došlo usled pritiska predsednika suda na njegove kolege prilikom većanja, dodajući da je usled poslednjih presuda doveden „u duboku profesionalnu i moralnu dilemu“¹⁹.

Sudsko veće je u svojoj odluci primenilo čl. 15 Pravilnika o postupku i dokazima i istaklo određene stavove i kriterijume po pitanju izuzeća, pozivajući se na prethodnu praksu. Tako je navedeno da sudija nije nepristrasan ako se pokaže da postoji stvarna pristrasnost, te da neprihvatljiv utisak nepristrasnosti postoji ako je sudija strana u postupku, ako ima finansijski ili imovinski interes u ishodu predmeta ili ako će odluka sudije dovesti do unapređenja nekog poduhvata u kojem sudija učestvuje zajedno sa jednom od stranaka, te da se u tim okolnostima sudija automatski izuzima, a kao fakultativano postojanje „okolnosti koje bi kod razumnog i valjano informisanog posmatrača izazvale razumnu bojazan od pristrasnosti“.

Kad je reč o okolnostima koje mogu dovesti do izuzeća, navedeno je da sudija ne samo da mora biti subjektivno nepristrasan, nego da u datim okolnostima ne sme postojati ništa što bi moglo da objektivno stvori utisak pristrasnosti, kao i da postoji pretpostavka nepristrasnosti sudija koju nije lako pobiti. Shodno čemu se sudija ne može izuzeti na osnovu uopštenih ili apstraktnih navoda koji nisu dovoljno potkrepljeni da pobiju pretpostavku nepristrasnosti „Veće smatra da se optuženi ne mora konkretno pomenuti da bi se potkrepio zaključak o postojanju neprihvatljivog utiska o pristrasnosti.“²⁰ Sudija Liu je, međutim, u izdvojenom mišljenju zauzeo suprotan stav o istom pitanju napominjući, između ostalog, da je za izuzeće i pobijanje pretpostavke nepristrasnosti nekog sudije potrebno preći visok prag, uz strože tumačenje navedenih kriterijuma. Očigledno je da se situacija koja je nastala usled izuzeća sudije, a u kojoj je utvrđena pristrasnost, može odraziti na druge slučajeve, kao i na narušavanje ugleda i poverenja u rad samog MKSJ, pogotovu imajući u vidu već postojeće prigovore isticane u pogledu istog.

¹⁹ <http://pescanik.net/pismo-sudije-harhofa/>, 04.05.2016.

²⁰ Odluka po zahtevu odbrane za izuzeće sudije Frederika Harhofa i izveštaj potpredsedniku, Međunarodni sud za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine, Predmet br. IT-03-67-T, datum: 28. avgust 2013, <http://www.icty.org/x/cases/seselj/tdec/bcs/130828.pdf>, 4.

4. Zaključna razmatranja

Analizom ovog rada mogu se izvesti određeni zaključci u vezi načela nezavisnosti i nepristrasnosti sudija, onako kako je ono regulisano Statutom MKSJ, ali i o međunarodnim standardima u tom pogledu.

Posebo je istaknuto pravo na pravično suđenje, koje, na današnjem civilizacijskom stupnju razvoja ljudskih prava, predstavlja osnovno ljudsko pravo optuženog, a kako bi se isto ostvarilo optuženi ima pravo da mu bude suđeno pred nezavisnim i nepristrasnim sudom. U tom pogledu je relevantna i institucionalna nezavisnost suda, koja je po prirodi stvari povezana sa nezavisnošću sudije kao pojedinca. Kako izuzeće sudije ima pored procesne i etičku dimenziju, isto ne predstavlja samo stvar i interes učesnika u postupku, već odražava i poverenje u samu pravosudnu instituciju.

Imajući u vidu napred navedeno načelo, nesumnjivo je da isto treba praktično očuvati, čime se ostvaruje i pravo na pravično suđenje, te se može zaključiti da je institut izuzeća sredstvo koje optuženima stoji na raspolaganju u slučajevima kada je nepristrasnost i nezavisnost sudija dovedena u sumnju, a što praktično može dovesti do diskvalifikacije sudija za koga je utvrđeno da postupava pristrasno u konkretnom predmetu. Navedeno načelo integrisano je u član 15 Pravilnika o postupku i dokazima MKTJ, a isto je razrađivano dalje u praksi. Praksa pokazuje da se za obaranje pretpostavke nepristrasnosti sudija zahteva visok prag, a s obzirom da istu nije lako pobiti. Takođe se ne prihvata mogućnost da nacionalna pripadnost, državljanstvo i veroispovest sudije može biti od uticaja na nepristrasnost, a koje okolnosti mnogi drugi međunarodni sudovi priznaju kao relevantne za sudijsko odlučivanje. Pri tome treba naročito uzeti u obzir činjenica da sudije u vršenju svoje funkcije deluju kao predstavnici međunarodne zajednice, kao i značaj krivičnih dela za koja se pred njima sudi, te da je sama materija iz tih razloga veoma osetljiva, kao i postojanje određenih kontroverzi u pogledu tribunala, pogotovu što je MKTJ smatran političkim od svog osnivanja. Praksa MKTJ ima nesumnjiv uticaj na razvoj međunarodnog krivičnog prava i može poslužiti kao pozitivan, ali i kao negativan primer za druge međunarodne sudove, pre svega Stalni MKS, a što bi trebalo ceniti prema pravičnosti postupka i međunarodnim priznatim standardima u oblasti ljudskih prava.

S obzirom da bi pravičnom postupku više priličilo da se svaka sumnja u nepristrasnost sudije uzme u obzir pri odlučivanju o izuzeću, te da se u tom smislu zahteva i niži prag za izuzeće sudije odn. viši stepen osetljivosti u odnosu na razloge za diskvalifikaciju. Time bi se postiglo i izbegavanje pristrasnih postupaka koji ne garantuju optuženima pravo

na pravično suđenje. Pored toga treba proširiti i krug potencijalnih razloga za izuzeće, te uzeti u obzir pored samih okolnosti vezanih za konkretnog sudiju, kao što su državljanstvo i nacionalna pripadnost i situacije u kojima njihove matične države imaju određene interese, koje ne bi automatski dovele do izuzeća, ali bi bile cenjene u svetlu okolnosti konkretnog slučaja. Kako bi se ostvarila međunarodna krivična pravda sudije moraju zaista predstavljati međunarodnu zajednicu, a ne zastupati interese svojih država.

Dejan Milovanović, M.A.

Judicial Academy, Serbia, Belgrade

PARTIALITY AS A BASIS OF JUDICIAL DISQUALIFICATION AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA

Summary

This article analyzes principle of independence and impartiality of judges and the possibility of disqualification of judges on the basis of partiality at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, with an emphasis on practice. The article also pointed that the fair trial is a basic human right of the accused, the accused has the right to be tried by an independent and impartial court. Disqualification of a judge prevents partial and biased judges deciding in a particular case. The exclusion of judges implies the relevant, specific reasons for disqualification of judges, especially is important the required threshold of exemption. The institutional independence of the court is also important and associated with independence of individual judge. The practice of judicial exception in proceeding at the ICTY must be compared and evaluated with the stated principles and international standards of judicial independence and impartiality.

Key words: impartiality and independence of judges, disqualification, exclusion, exemption, international criminal proceeding.

NEIZVRŠENJE PRAVOSNAŽNIH SUDSKIH ODLUKA KOJIMA JE DOSUĐENA RATNA ŠTETA U REPUBLICI SRPSKOJ

Apstrakt

Neizvršenje sudske odluke, pored toga što je krivičnim zakonodavstvom Republike Srpske propisano kao krivično djelo, prvenstveno prouzrokuje materijalnu i nematerijalnu štetu strani kojoj je neko pravo dosuđeno takvom odlukom. Problematika ovog rada jesu pravosnažne i izvršne sudske odluke donesene protiv Republike Srpske, koja pored zakonskih i ustavnih odredbi, zatim odluka Ustavnog suda Republike Srpske, Ustavnog suda BiH i Evropskog suda za ljudska prava i dalje odgađa izvršenje, tačnije ne izvršava takve odluke koje se odnose na naknadu materijalne i nematerijalne štete nastale u periodu ratnih dejstava. Ovakvim pristupom oštećeni koji su pretrpeli nematerijalnu i materijalnu štetu tokom ratnih dejstava, trpe i štetu zbog neizvršenja sudskih odluka, te štetu zbog povrede osnovnih ustavnih prava zagarantovanih Ustavom BiH i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u prvom redu prava na pravično suđenje i prava na imovinu.

Ključne riječi: *naknada štete, neizvršenje sudske odluke, povreda ljudskih prava i sloboda.*

1. Uvod

Institut naknade štete, definisan i propisan Zakonom o obligacionim odnosima Republike Srpske, iako predstavlja institut privatnog prava, u sporovima sa državom svakako dolazi u kontakt i sa javnim pravom, prvenstveno ustavnim pravom, iz razloga što se svako kršenje osnovnih ljudskih prava i sloboda može smatrati i oblikom učinjene štete. Ovakvu vrstu naknade pojedinac, umjesto tužbe za naknadu štete pred redovnim sudovima, ostvaruje pred sudovima koji se bave zaštitom ovih prava, te od

¹ Diplomirani pravnik, stručni saradnik za pravne poslove u advokatskoj kancelariji advokata Zorana Kisina, e-mail: advokat.kisin@gmail.com

njih u takvim postupcima potražuju i naknadu materijalne i nematerijalne štete. Nakon završetka ratnih dejstava u Republici Srpskoj, kao novonastalom ustavnopravnom entitetu- državi, postojala je svojevrsna haotična pravna situacija oličena u nedovoljnoj saradnji tri grane vlasti.. Jednostavnije rečeno, zatekla se situacija u kojoj su oštećeni iz minulog rata mahom ustajali za zahtjevima za obeštećenje nadležnom organu uprave, tadašnjem Vojnom Pravobranilaštvu, i sa tužbama nadležnim sudovima radi naknade materijalne i nematerijalne štete koju su pretrpili u minulom ratu. Pravo na osnovu kojeg su pokretali ove postupke crpili su iz Zakona o obligacionim odnosima², a tadašnja zakonodavna vlast nije nikakvim *lex specialis* propisima ograničila to pravo.

U članu II/2. Ustava BiH regulisano je da će se Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljnjem tekstu: EKLJP; Konvencija) i njeni protokoli „direktno primjenjivati u Bosni i Hercegovini” i da će imati „prioritet nad svim ostalim zakonima”. Ovakvu ustavnopravnu formulaciju Ustavni sud BiH je protumačio na način da je ovaj akt dio formalnog (svakako i materijalnog) ustavnog prava. Prema tome, nezavisno od njenog međunarodnog aspekta, EKLJP i njeni dodatni protokoli, kao dio formalnog i materijalnog ustavnog prava BiH, primjenjivali su se već od 14. decembra 1995. godine, kada je Ustav BiH stupio na snagu. Kada se kaže „i njeni protokoli”, misli se na one protokole koji su bili na snazi u međunarodnom smislu kada je Ustav BiH stupio na snagu s tim što protokoli koji stupe na snagu u međuvremenu automatski postaju i dio Ustava BiH. Prema tome, Konvencija je bila dio Ustava BiH bez obzira na to što sama država nije bila članica Vijeća Evrope i institucionalnog sistema koji je uspostavljen Konvencijom. Samim tim, ovaj dokument ima dualnu pravnu prirodu u pravnom sistemu BiH: Konvencija djeluje i kao ustavnopravni akt i kao međunarodni pravni akt.

Kad je riječ o međunarodnom aspektu, BiH je potpisala EKLJP 24. aprila 2002. godine, a ratifikovala je 12. jula 2002. godine, uključujući Protokol (prvi), a potom i ostale protokole.³

Imajući u vidu brojne parnične postupke pokrenute u skladu sa relevantnim Zakonom o obligacionim odnosima, Republika Srpska je 29. novembra 2005. godine izradila generalni plan za naknadu ratne štete i obustavila neriješene parnične postupke. Naknada dodijeljena prema ovom planu vrši se isplatom vladinih obveznica, koje će se plaćati u 10 godišnjih rata. Na ove obveznice obračunava se kamata po stopi od 1,5% godišnje i one se mogu prodavati na berzi (njihova trenutna cijena na

² Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni glasnik Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije* br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list Republike Srpske* br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

³ N. Ademović, J. Marko, G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, 2012, 15.

berzi iznosi oko 45% od njihove nominalne vrijednosti).

Oko 9.000 presuda domaćih sudova kojima se Republici Srpskoj nalaže da isplati ratne štete) postalo je pravnosnažno do 29. novembra 2005. godine. Nakon obustave takvih parničnih postupaka u trajanju od nekoliko godina po Zakonu o ratnoj šteti iz 2005. godine⁴, jedan broj novih presuda je donesen u periodu od 2010. godine. Kako su u skladu sa članom 376. stav 1. Zakona o obligacijama i ustaljenoj domaćoj sudskoj praksi, takva potraživanja na dan 19. juna 1999. zastarjela (tj. tri godine od prestanka ratnog stanja), ukupan broj novih presuda, ne bi trebao prelaziti 2.800. Hiljade slučajeva koji su bili pokrenuti nakon tog datuma i obustavljeni u periodu između 2005. i 2010. godine, bili bi na kraju odbijeni zbog nastupanja zastare. Prema Zakonu o unutrašnjem dugu Republike Srpske⁵ samo isplata troškova postupka dosuđenih po predmetnim presudama domaćih sudova se može vršiti u gotovini, dok se glavni dug i zatezne kamate na taj dug isplaćuju u vladinim obveznicama na koje se obračunava godišnja kamata od 1.5%. Do sada je izvršeno deset emisija obveznica zaključno sa 2015. godinom. Ukoliko neko ne može ili ne želi da čeka do dospijeca tih obveznica, može ih prodati na berzi vrijednosnih papira.. Kako bi takve obveznice postale atraktivnije, Republika Srpska je donijela odluku da se takve obveznice mogu koristiti za plaćanje neposrednog poreza akumuliranog do 31. decembra 2007. godine.

Kratkim pregledom istorijata pozitivno-pravnih propisa vezanih sa pomenutu problematiku odgađanja izvršenja pravnosnažnih sudskih presuda i pravnosnažnih upravnih poravnjanja zaključujemo da je Republika Srpska u proteklom periodu donijela niz pozitivno-pravnih propisa koji regulišu ovu materiju. Prvo je donesen Zakon o odlaganju, koji nije bio dovoljno precizan u vezi sa pitanjem na koja se sve potraživanja odlaganje odnosi. Zbog toga je donesen Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o odlaganju, a izmijenjen je i Zakon o izvršenom postupku. Nakon toga usvojeni su Odluka o strateškom planu za izmirenje unutrašnjih potraživanja od strane Vlade Republike Srpske, Zakon o privremenom odlaganju (2003. godine) i Zakon o unutrašnjem dugu (2004. godine), te potom Zakon o utvrđenju izmirenja unutrašnjeg duga, izmjene istog zakona i dr. Autor se neće detaljno baviti svakim od ovih zakona ponaosob iz razloga što svi ovi propisi imaju isti cilj oličen u odlaganju ili neizvršenju unutrašnjeg duga Republike Srpske radi zaštite i očuvanja makroekonomske stabilnosti i fiskalne održivosti države. U narednim odeljcima ćemo produbljivanje

⁴ Zakon o ostvarivanju prava na naknadu materijalne i nematerijalne štete nastale u periodu ratnih dejstava od 20. maja 1992. do 19. juna 1996. godine, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 103/05, 1/09, 49/09 i 118/09.

⁵ Zakon o utvrđivanju i načinu izmirenja unutrašnjeg duga Republike Srpske (Prečišćeni tekst), *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 7/10.

razmotriti da li se takav cilj može smatrati legitimnim i opravdanim za mešanje države u osnovna ljudska prava.

2. Neizvršavanje sudskih odluka i prava oštećenih

Svako miješanje države u prava pojedinaca zagwarantovanih Ustavom i Konvencijom mora da bude predviđeno zakonom, mora da služi legitimnom cilju i mora da uspostavlja pravičnu ravnotežu između javnog ili opšteg interesa i pojedinačnih prava. Drugim riječima, opravdano miješanje ne može da se nametne samo zakonskom odredbom koja ispunjava kriterijum zakonitosti i služi legitimnom cilju u javnom interesu, nego mora, takođe, da održava razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji treba da se ostvari. Miješanje u prava pojedinaca ne smije da ide dalje od potrebnog da bi se postigao legitiman cilj, a nosioci imovinskih prava ne smiju da budu podvrgnuti proizvoljnom tretmanu i od njih ne smije da se traži da snose prevelik teret da bi bio ostvaren legitiman cilj.⁶

2.1. Pravni okvir

Republika Srpska je 2002. godine donijela Zakon o odlaganju kojim je propisano da će se taj zakon primjenjivati dok se ne donese zakon kojim će se regulisati način izmirenja obaveza koje su nastale po osnovu sudskih odluka koje su donesene do dana kada je ovaj zakon stupio na snagu. Nakon toga je 2003. godine donesen i Zakon o privremenom odlaganju, u koji su, između ostalog, uključena i potraživanja po osnovu ratne štete. Takođe, članom 3. ovog zakona je propisano da će se on primjenjivati dok se ne donesu posebni propisi kojima će se regulisati način izmirenja potraživanja po osnovu unutrašnjeg duga, a najkasnije do 31. decembra 2004. godine. Zakon o unutrašnjem dugu stupio je na snagu 23. jula 2004. godine. Ovim zakonom je, kako je i ranije rečeno, ratna šteta priznata kao unutrašnji dug Republike Srpske. Zakon je takođe odredio da potraživanja na osnovu ratne štete, koja su priznata pravnosnažnim sudskim presudama, moraju da se verifikuju, a da će se nakon verifikacije obaveze po tom osnovu izmiriti emisijom obveznica Vlade Republike Srpske sa rokom dospijevanja prvobitno do 50 godina, kasnijim izmjenama do 14 godina, da bi ponovo taj rok povećan na 20 godina, bez kamate i isplatom u deset jednakih godišnjih rata, počev devet godina prije krajnjeg datuma dospijevanja. Ovim zakonom je takođe

⁶ Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 83/03, od 22. septembra 2004. godine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, broj 60/04.

propisano da se dosuđene kamate otpisuju i da ne predstavljaju obavezu tužene (član 20.), što je takođe kasnijim propisima izmjenjeno. Zakon o ratnoj šteti je stupio na snagu 29. novembra 2005. godine, a donesen je na osnovu člana 18. Zakona o unutrašnjem dugu. Ovaj zakon je dalje razradio šta se sve smatra „ratnom štetom“, mada suštinski nije promijenio pojam ratne štete, kako je već obrazloženo. Takođe, Zakon o ratnoj šteti je propisao i način na koji se utvrđuje ta šteta u slučajevima u kojima postupci za naknadu te štete nisu pravnosnažno okončani, propisujući da će se naknada „ratne štete“ obaviti isplatom obveznica Republike Srpske, a u skladu sa Zakonom o unutrašnjem dugu. Takođe, ovaj zakon je propisao da se kamate na naknadu materijalne i nematerijalne štete otpisuju u skladu sa članom 20. Zakona o unutrašnjem dugu (član 2. stav 4. i član 3. stav 2. Zakona o ratnoj šteti). Međutim, za razliku od Zakona o unutrašnjem dugu, koji se nije bavio pitanjem troškova postupka u pravosnažno okončanim predmetima, Zakon o ratnoj šteti je propisao da će se u tim predmetima troškovi postupka, uključujući i troškove izvršnog postupka, isplatiti zajedno sa glavnicom, preko obveznica (član 21.).

2.2. Nezavisnost suda i isplata i otpis dosuđenih kamata

Kao što je prethodno rečeno, prvobitnim zakonskim rješenjima kamate na dosuđene iznose bile su otpisane i povjerioci nisu imali pravo na naplatu kamate. Međutim, pod pritiskom odluka Ustavnog suda BiH, Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda RS, u ovom dijelu zakonska regulativa je naknadno izmjenjena. Evidentno je da se zakonodavna vlast putem donošenja neustavnih zakonskih odredbi, te izvršna vlast kroz Ministarstvo finansija RS koje nije izvršavalo donesena rješenja o izvršenju nadležnih sudova umiješala u nezavisno pravosuđe. Međutim da li je i u kojoj mjeri opravdan ovakav vid postupanja države, te da li su pojedinci trpili novu štetu koja prevazilazi javni interes i fiskalnu održivost Republike Srpske, predstavlja i danas aktuelno pravno pitanje u kojem se čak ni Ustavni sud i Evropski sud za ljudska prava nisu usaglasili i nisu stvorili jedinstvenu praksu. Nezavisnost suda u kontekstu čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima znači biti nezavisan od izvršnih organa vlasti i strana u postupku.⁷ Izvršni organi vlasti moraju se pobrinuti da se ne miješaju u sudske postupke. Pravo na nezavisan sud, koje je zagarantovano čl. 6. Konvencije, sadrži jedan objektivni zahtjev što, prema tumačenju Evropske konvencije i Evropskog suda za ljudska prava, znači da sudovi moraju biti nezavisni i od izvršnih organa vlasti i

⁷ D. J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European convention on human rights*, Butterworths 1995, 57.

od strana u postupku, ne samo u vezi sa sprovođenjem glavne rasprave već i u vrijeme izvršenja odluka koje donose sudovi.⁸

Naime, član 20. Zakona o unutrašnjem dugu explicite je propisivao da se dosuđene zatezne kamate otpisuju u cijelosti i da ne predstavljaju obavezu Republike Srpske, a isto rješenje je, kako je već rečeno, bilo predviđeno i u Zakonu o ratnoj šteti. Dakle, zbog ovakvih propisa oštećeni su u prvobitnom periodu, dok nisu donesene izmjene i novi zakonski akti vezani za ovu problematiku, bili u potpunosti lišeni dosuđenih kamata, koje se već po pravnosnažnosti sudske presude smatraju imovinom oštećenih iako su i Zakon o unutrašnjem dugu i Zakon o ratnoj šteti doneseni nakon što su presude, kojima je priznato pravo na zatezne kamate, u određenom broju postale pravnosnažne. Na ovaj način, Zakon o unutrašnjem dugu i Zakon o ratnoj šteti retroaktivno su zadirali u stečena prava oštećenih te ih lišavala imovine koja je pravosnažno priznata sudskim odlukama. Dakle, poseban vid miješanja u prava pojedinaca i u potpunosti lišavanje dosuđene kamate na koju, po Zakonu o obligacionim odnosima, ima pravo svako kome je ona pravnosnažno dosuđena, ne predstavlja samo neusklađenost zakonskih akata u smislu donošenja zakona koji su predstavljali *lex specialis* u odnosu na postojeći Zakon o obligacionim odnosima, već naprotiv ovakvim propisama data je retroaktivna mogućnost koja je direktno uticala na neizvršenje pravnosnažne presude, što se svakako sukobljava sa osnovnim načelima prava i pravednosti. Donošenjem niza ovakvih zakonskih akata Republika Srpska, iako u cilju legitimnog očuvanja makroekonomske stabilnosti i fiskalne održivosti države, stvorila je ogromnu pravnu nesigurnost, ograničila i u potpunosti degradirala pravosudnu funkciju te direktno nanijela štetu pojedincima koji ni danas nisu u mogućnosti da naplate dosuđenu im štetu.

Donošenjem Zakona o utvrđenju i načinu izmirenja unutrašnjeg duga Republike Srpske⁹ utvrđena je obaveza isplate i kamate na glavni dug, ali samo kod sudskih odluka. U slučaju da su oštećeni sklapali upravna poravnanja pred Pravobranilaštvom Republike Srpske, ovo pravo im je svakako uskraćeno. Naime, pomenutim zakonom, čl. 13. propisano je da se kamate određene pravnosnažnim i izvršnim sudskim odlukama po osnovu materijalne i nematerijalne štete obračunavaju u toku verifikacije u skladu sa sudskim odlukama, a najviše do iznosa svakog utvrđenog pojedinačnog duga. Bitno za napomenuti je da se rokovi po ustaljenoj sudskoj praksi računaju od dana presuđenja, a ne od dana nastanka štete.

⁸ C. Harland, R. Roche, E. Strauss, Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu, Sarajevo 2003, 465.

⁹ Zakon o utvrđenju i načinu izmirenja unutrašnjeg duga Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 63/04, 47/06, 68/07, 17/08, 64/08 i 34/09.

2.3. Lišavanje ili kontrola prava na naplatu dosuđene štete i pitanje proporcionalnosti

Kada su u pitanju Zakon o odlaganju i Zakon o privremenom odlaganju, svakako da se radi o *de facto* lišavanju prava na naplatu dosuđene štete. Naime, dugotrajna nemogućnost da oštećeni dođu do realizacije svoga prava na imovinu, tj. da naplate iznose nematerijalne i materijalne štete koja im je dosuđena, iako posjeduju pravnosnažne sudske presude, sporazume o naknadi zaključene sa nadležnim organima uprave, ugovore i druge pravne akte donesene na osnovu odredbi relevantnih zakona, uključujući pripadajuće zatezne kamate, s jedne strane, te dugo odlaganje definisanja „novih prava“, u smislu donošenja povoljnijih zakonskih rješenja, s druge strane, svakako dovodi do ovakvog zaključka i stava. Donošenjem kasnijih Zakona o unutrašnjem dugu, Zakona o utvrđenju i načinu izmirenja unutrašnjeg duga Republike Srpske bilo je za očekivati da će iznosi materijalne i nematerijalne štete biti isplaćeni oštećenima u okviru zakonskih predviđenih modaliteta, međutim i u potonjim zakonskim rješenjima postojale su izvjesne varijacije kao što je npr. produženje roka za naplatu u gotovini sa 14 godina na 20 godina (iako već postoji kašnjenje od 15 godina), ali svakako da nakon donošenja Zakona o unutrašnjem dugu nemogućnost naplate dosuđenih iznosa materijalne i nematerijalne štete ne pokreće pitanje „lišavanja“, već pitanje „kontrole“ prava na imovinu, u vidu naplate dosuđenog novčanog iznosa.

U kontekstu Konvencije, svako miješanje u pravo na imovinu, a u koju svakako spada dosuđeni novčani iznos na ime materijalne i nematerijalne štete, mora da bude predviđeno zakonom, mora da služi legitimnom cilju i mora da uspostavlja pravičnu ravnotežu između javnog ili opšteg interesa i pojedinačnih prava. Drugim riječima, opravdano miješanje ne može da se nametne samo zakonskom odredbom koja ispunjava kriterijum zakonitosti i služi legitimnom cilju u javnom interesu, nego mora, takođe, da održava razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji treba da se ostvari. Miješanje u pravo na imovinu ne smije da ide dalje od potrebnog da bi se postigao legitiman cilj, a nosioci imovinskih prava ne smiju da budu podvrgnuti proizvoljnom tretmanu i od njih ne smije da se traži da snose prevelik teret da bi bio ostvaren legitiman cilj, zaključak je Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u već prethodno citiranoj odluci (vidi fusnotu broj 5).

Priroda ovog miješanja u pravo na imovinu svakako je takva da oštećeni nisu *de iure* lišeni iznosa materijalne i nematerijalne štete koji su dosuđeni pravosnažnim presudama. S druge strane, u vezi sa pitanjem da li su oštećeni *de facto* lišeni imovine, dolazimo do sasvim drugačijeg odgovora na koji nam ukazuje činjenično stanje u praksi. Miješanje države

u ostvarivanje prava naplate dosuđene štete obuhvata državne mjere, koje zbog svojih teških reperkusija na pravo na imovinu imaju istu posljedicu kao i formalni akt lišavanja imovine (na primjer, eksproprijacija).

U pogledu pitanja da li ovakvo miješanje države u prava pojedinca, kroz zakonodavnu vlast i princip zakonitosti opravdava javni interes, veoma je teško dati precizan odgovor. Prvenstveno zbog toga što je opravdanost zaštite javnog interesa jedne države veoma širok i neodređen pojam koji toj državi daje veliku slobodu u smislu povlačenja granica zloupotrebe ovog prava. Republika Srpska, kroz svoja izjašnjenja u predmetnim sudskim postupcima navodi da je cilj donošenja propisa potreba da se uredi način na koji će da se izmiri unutrašnji dug koji je nastao, između ostalog, po osnovu nadoknade za „ratnu štetu“ i po osnovu isplate „stare“ devizne štednje, i to na način koji neće da dovede u pitanje makroekonomsku stabilnost Republike Srpske i ustavni poredak Bosne i Hercegovine zbog toga što su dugovanja po ovom osnovu izrazito velika i opterećuju budžet i samu fiskalnu održivost Republike Srpske. Iako su osnovi na kojima počiva donošenje pomenute zakonske regulative, sa aspekta zaštite državnog budžeta i ekonomske stabilnosti države, u potpunosti legitimni, ipak se postavlja pitanje postojanja proporcionalnosti između zaštite javnog interesa i ekonomske stabilnosti države, sa jedne strane, i pretjeranog tereta koji zbog ove zaštite trpi pojedinac. Da bi miješanje u zaštićenu imovinu bilo dopušteno shodno kriterijumima člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, ono ne samo da mora da služi legitimnom cilju u javnom interesu, već mora da postoji i razuman odnos „proporcionalnosti“ između korišćenih sredstava i cilja koji treba da se ostvari.¹⁰

2.4. Pravo na naplatu troškova postupka

Troškovi postupka u predmetima ratne štete dosuđivani su pred sudovima Republike Srpske u skladu sa odredbama Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, koji ih definiše kao izdatke učinjene u toku ili povodom parničnog postupka. S druge strane, iz konteksta Zakona o unutrašnjem dugu i Zakona o ratnoj šteti može da se zaključi da se pojam «ratne štete» kao unutrašnjeg duga odnosi samo na dosuđeno glavno potraživanje, a ne i na zatezne kamate i troškove postupka. Međutim, kako su troškovi postupka u konkretnim slučajevima nastali u vezi sa vođenjem parničnih postupaka u periodu koji nije obuhvaćen zakonskom definicijom ratne štete, oni i ne mogu da se smatraju dijelom ratne štete, pa dakle ni unutrašnjim dugom po osnovu ratne štete, koji je tačno definisan

¹⁰ *James and others V United Kingdom* (app. nos. 25119/09, 57715/09, 57877/09), 28.09.2012.

Zakonom o unutrašnjem dugu i Zakonom o ratnoj šteti. Uprkos tome, oštećeni kao tražioci izvršenja ne mogu u izvršnom postupku da naplate ove troškove, budući da je Zakon o ratnoj šteti predvidio da će se troškovi parničnih postupaka i izvršnih postupaka isplatiti po istom modalitetu kao i glavnica, dakle kao ratna šteta, i to isplatom obveznica, da bi kasnijim Zakonom o utvrđenju i načinu izmirenja ratne štete u čl. 16. definisano da će se isti isplatiti iz budžeta Republike Srpske od 30. juna 2006. godine najkasnije do dana svake emisije obveznice za pojedine vrste obaveza, a prema dospijeću izvršnih odluka evidentiranih u Ministarstvu finansija. Važno je istaći da i izmjenama Zakona o izvršnom postupku nije predviđeno da se odlože sva izvršenja, već samo ona koja se odnose na potraživanja nastala u ratnom periodu, u šta ne spadaju troškovi postupka. Stoga, iako oštećeni nisu *de iure* lišeni ove svoje imovine koja bi morala da im bude isplaćena primjenom Zakona o izvršnom postupku, odlaganjem izvršenja pravosnažnih presuda i u dijelu u kom su dosuđeni troškovi postupka oštećeni su, kao i njihovi punomoćnici, *de facto* lišeni ove «imovine» u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Međutim, troškovi postupka ni na koji način nisu, a ne bi mogli ni da budu, predmet Zakona o unutrašnjem dugu, niti Zakona o ratnoj šteti. Naime, ovi zakoni se odnose samo na potraživanja nastala u toku rata, dakle na «ratnu štetu», a kako je već rečeno, troškovi postupka nisu dio „ratne štete“ kako je ona definisana ovim zakonima, ali svakako jesu „imovina“ oštećenih. Zakon o unutrašnjem dugu i ne tretira troškove postupka, a Zakon o ratnoj šteti predviđa isplatu troškova postupka na isti način kao i isplatu „ratne štete“. Međutim, s obzirom na to da troškovi nisu «ratna šteta» u smislu ovih zakona, proizilazi da prinudna naplata troškova postupka dosuđenih pravosnažnim presudama ne može da se obustavi primjenom odredbi Zakona o unutrašnjem dugu ili odredbi Zakona o ratnoj šteti, već nadležne vlasti moraju da omoguće izvršenje pravosnažnih presuda u dijelu koji se tiče troškova postupka shodno opštim pravilima važećeg Zakona o izvršnom postupku.

3. Jurisprudencija ustavnih sudova i Evropskog suda za ljudska prava

3.1. Ocjena ustavnosti od strane Ustavnog suda Republike Srpske

Odlukom Ustavnog suda RS broj U-75/04 od 15. januara 2009. godine¹¹ utvrđeno je, pored ostalog, da čl. 5, 6, 9 stav 1 tačka 14 2, čl. 10, 20 i 21 Zakona o unutrašnjem dugu (*Službeni glasnik Republike Srpske*,

¹¹ Odluka Ustavnog suda Republike Srpske U 75/04 od 15.01.2009. godine (*Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 11/09).

br. 63/04, 47/06, 68/07, 17/08 i 64/08) i član 4 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o unutrašnjem dugu (*Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 68/07) nisu u saglasnosti s Ustavom Republike Srpske. Pri tome važno je istaći da je predmetnim odredbama, između ostalog, bio regulisan i način izmirenja potraživanja određenih pravosnažnim sudskim odlukama, čije izvršenje zahtijevaju oštećeni u obraćanju Ustavnom sudu BiH putem apelacija. Ustavni sud RS-a je pri ocjenjivanju ustavnosti utvrdio da je odredbama osporenog Zakona o unutrašnjem dugu ne samo onemogućeno izvršenje pravosnažnih sudskih odluka koje se odnose na potraživanja koja treba da se isplate iz Budžeta Republike Srpske, već da su i sudske odluke izmijenjene i suspendovane od izvršenja na štetu pojedinaca, što je dovelo do povrede prava koje je garantovano čl. 6 st. 1. Evropske konvencije. Istovremeno je ocijenjeno da će izmirenje potraživanja pravnih i fizičkih lica koja su utvrđena pravosnažnim sudskim odlukama emisijom obveznica s rokom dospijevanja do 25 odnosno 15 godina bez kamate ili s kamatom samo za određeno vrijeme, kako je to propisano čl. 10. i 21. osporenog zakona, značiti umanjenje iznosa koji će biti isplaćen pojedincu imajući u vidu navedeni period odgađanja. Ustavni sud RS-a je ocijenio da je osporenim zakonskim odredbama došlo do povrede prava građana koja su garantovana članom 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

3.2. Stanovišta Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i Evropskog suda za ljudska prava

Ustavni sud Bosne i Hercegovine susreo se sa ovim problemom kroz svoju apelacionu nadležnost. Generalni stav Ustavnog suda BiH jeste da su zakonska rješenja koja je prvobitno donijela Republika Srpska u direktnoj suprotnosti sa Ustavom BiH i Evropskom konvencijom za ljudska prava, te da apelante lišavaju prava na imovinu i povređuju pravo na pravično suđenje. Potonjim zakonskim rješenjima i stupanjem na snagu Zakona o unutrašnjem dugu, te njegovim promjenama, Ustavni sud BiH je ocijenio da postoji legitimno pravo Republike Srpske da radi očuvanja ekonomske stabilnosti kontroliše izvršenje pravosnažnih sudskih odluka, ali da taj rok mora biti razuman. Ustavni sud BiH, i pored novijih zakonskih rješenja utvrđuje da postoji neproporcionalnost između zaštite javnog interesa i štete koju pojedinci zbog toga trpe. Međutim, Sud se u svojim odlukama nije direktno umiješao u volju zakonodavca da ovaj rok koriguje, te nije predložio način na koji bi se ta proporcionalnost uspostavila. Nažalost, praksa i ovog Suda je neujednačena, naročito ako se ima u vidu činjenica da je nakon odluke tog Suda uslijedi različita odluka Evropskog suda za ljudska prava u istoj pravnoj stvari. Može se istaći da,

iako Ustavni sud BiH radi na tome da prati i usvaja odluke Evropskog suda u Strazburu, on to ipak čini samo do izvjesne mjere u kojoj ne ide na štetu Republike Srpske kao entita Bosne i Hercegovine čije javne interese štiti. Tako je, primera radi, u odluci broj: 244/08 od 08.12.2010. Sud usvojio apelaciju i donio odluku o dopustivosti u meritumu, utvrdio povredu Ustava BiH i Konvencije, ali nije usvojio postavljeni odštetni zahtjev apelanata zbog povrede prava na pravično suđenje, tačnije povredu prava na suđenje u razumnom roku koje apelanti trpe zbog kršenja ustavnih prava upravo potvrđenih tom istom odlukom.¹² Nešto je drugačiji stav Evropskog suda za ljudska prava koji dosuđuje ove naknade u obraćanju kroz aplikaciju, a što je vidljivo iz odluke u predmetu Čolić i dr. protiv BiH u kojoj Evropski sud zauzima stav da je Vlada predočila da mnogo lica potpada pod generalni plan za naknadu ratne štete, opisan u tački 10. gore u tekstu, i da bi bilo neprihvatljivo da se oni tretiraju drugačije od onih lica koja su pribavila konačne presude u svoju korist. Sud se ne slaže s tim. Iako je situacija takva da jedan značajan broj tužbenih zahtjeva koji se odnose na ratnu štetu, a koji još uvijek nisu okončani, može dovesti do potrebe da se oni zamijene jednim generalnim planom za naknadu štete (vidjeti, analogno, Poznanski i drugi protiv Njemačke (dec), br. 25101/05 od 3. jula 2007. godine), ovo nikako ne utiče na obavezu tužene države da izvrši presude koje su postale konačne prije izrade takvog plana. U tački 21. iste odluke Evropski sud navodi da su aplikanti tražili po 3.000 KM

¹² „Ustavni sud zapaža da su u konkretnom predmetu evidentni pokušaji Republike Srpske da obezbijedi da se izvrše pravosnažne sudske odluke koje se odnose na ratna potraživanja, tako što je zakonskim rješenjima smanjila rokove dospijevanja dugoročnih obveznica (14 godina za ratnu štetu i 15 godina za opšte obaveze), predvidjela isplatu 17 kamate, pravo prijevremenog otkupa obveznica, njihovu trgovinu kao hartijama od vrijednosti na berzi, plaćanje poreza nastalih do 31. decembra 2007. godine emitovanim obveznicama, ili isplatu troškova parničnog i izvršnog postupka u gotovini. Ustavni sud takođe zapaža da je u skladu s Odlukom o emisiji obveznica Republike Srpske za izmirenje obaveza po osnovu materijalne i nematerijalne štete nastale u periodu ratnih dejstava od 20. maja 1992. do 19. juna 1996. godine (*Službeni glasnik RS*, broj 62/08), glavni dug i pripadajuće zatezne kamate moraju da se isplate u 10 godišnjih rata u periodu od 2014. do 2023. godine. Imajući u vidu i zaključke Ustavnog suda u Odluci broj AP 1307/08, Ustavni sud zaključuje da uprkos naporima Republike Srpske da obezbijedi izvršenje pravosnažnih sudskih odluka koje se odnose na ratna potraživanja, Ustavni sud ne može da smatra da je Republika Srpska izvršila svoju pozitivnu obavezu te obezbijedila izvršenje navedenih sudskih odluka u razumnom roku. I u konkretnom slučaju, po mišljenju Ustavnog suda, neprihvatljivo je da apelanti koji su prethodno vodili postupke koji su rezultirali pravosnažnim sudskim odlukama kojim su im dosuđena potraživanja iz ratnog perioda ili po osnovu opštih obaveza, sada moraju da čekaju na izvršenje još duži niz godina. Ustavni sud smatra da se na takav način apellantima nameće „pretjeran teret“ koji nije u skladu sa zahtjevom iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije da pravosnažne sudske odluke moraju da se izvrše u što kraćem roku, niti u skladu s garancijama iz člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju kojima je zaštićeno pravo na imovinu.“ - Odluka Ustavnog suda BiH broj: 244/08 od 08.12.2010. godine, *Službeni glasnik BiH*, br. 41/11, 26.05.2011. godine

na ime nematerijalne štete. Vlada je traženi iznos smatrala previsokim. Sud prihvata da su aplikanti pretrpjeli bol, brige i razočarenja zato što tužena država nije u potpunosti izvršila konačne domaće presude koje su donesene u njihovu korist. Vršeci pravednu procjenu u skladu sa članom 41. Konvencije, Sud dosuđuje iznos od 1.500 evra po aplikaciji (ne po aplikantu, kako su aplikanti tražili) plus sve takse koje se mogu zaračunati na navedeni iznos.¹³

4. Zaključak

(Ne)izmirenje unutrašnjeg duga Republike Srpske, koliko god može da opterećuje budžet države i narušava ekonomsku stabilnost, kako entita, tako i Bosne i Hercegovine, najviše pogađa pojedince koji pretrpljenu materijalnu i nematerijalnu štetu nisu u mogućnosti da naplate već skoro 20 godina od dana nastanka štetnog događaja. Štaviše, a i dalje je neizvjesno kada će i da li će za života oštećeni uspeti da naplate štetu, iako im je ona dosuđena pravnosnažnim sudskim odlukama i predviđena pravnosnažnim upravnim poravnanjima.

Nažalost najveći broj ovih slučajeva odnosi se na pretrpljenu nematerijalnu štetu zbog pogibije bliskog lica tokom ratnih dejstava, ili zbog pretrpljene tjelesne povrede koja je dovela do trajnog umanjenja opšte životne sposobnosti. Ovo su najtragičniji i, u suštini, nenadoknadivi gubici, a naknada nematerijalne štete i ne predstavlja naknadu u pravom smislu riječi, budući da se njom ne postiže uspostavljanje onakvog stanja kakvo je postojalo prije nego što je prouzrokovana šteta. Ona je po svojoj prirodi satisfakcija koja se daje oštećenom za povredu njegovih nematerijalnih dobara, koja čine sastavni dio integriteta čovjekove ličnosti. Međutim, i pored navedenog, mora se uzeti u obzir i postojanje legitimnog cilja od javnog interesa, koji je takve prirode da opravdava veoma široko polje procjene nadležnih vlasti u vezi sa pitanjem isplate pravnosnažno utvrđenog prava na naknadu za ratnu štetu. S druge strane, ispitujući kriterijum pravične ravnoteže, može se zaključiti da usvajanje izloženih zakonskih rješenja od strane Republike Srpske kojima se priznaje unutrašnji dug i uređuju modaliteti isplate obaveze kroz verifikaciju istih preko emisija obveznica (kako je to predviđeno Zakonom o unutrašnjem dugu i Zakonu o utvrđenju i načinu izmirenja unutrašnjeg duga) ne predstavlja rješenja koja su u skladu sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, niti sa Ustavom BiH. Povećanjem, pa smanjenjem, pa ponovnim povećanjem roka isplate dosuđene štete

¹³ Odluka u predmetu Čolić i drugi protiv BiH donesena u Strazburu 10.11.2009. godine, 8-9, http://www.mhr.gov.ba/ured_zastupnika/odluke/default.aspx?id=170&langTag=bs-BA, 17.02.2017.

oštećeni su stavljeni u veoma nesiguran i nezavidan položaj sa velikim pitanjem da li će za života ikada uspjeti naplatiti dosuđenu štetu, s obzirom da su štetni događaji nastajali u periodu ratnih dejstava od kojih je prošlo preko 20 godina. Takvim zakonskim rešenjima se narušava i princip proporcionalnosti u odnosu na osnovna prava pojedinaca, budući da se njima, i pored evidentnog javnog interesa države da ih usvoji, stavlja pretjerani teret na pojedince.

Jovana Kisin, LLB

Associate at Zoran Kisin law office

NON - ENFORCEMENT OF COURT DECISIONS ON WAR DAMAGE IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

Failing to enforce court decision, besides the fact that is a crime according to the Criminal Code of Republic of Srpska, primarily cause tort to a person who was awarded for damages in that decision. This article deals with the issue of final and enforceable court's decisions against Republic of Srpska, which in spite of legal and constitutional provisions, the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Srpska, of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and of the European Court of Human Rights, continues to postpone their execution, namely doesn't enforce such decisions concerning the pecuniary and non-pecuniary damage incurred during the war. By this approach, the injured party who has suffered pecuniary and non-pecuniary damage during the war, also suffers damages for non-fulfillment of court's decisions, as well as damage due to violation of basic constitutional rights guaranteed by the Constitution of Bosnia and Herzegovina and by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, notably the right to a fair trial and the right to property.

Keywords: awarding damages, failing to enforce court decisions, human rights violations.

ČASOPIS „STRANI PRAVNI ŽIVOT“ UPUTSTVO ZA AUTORE

U časopisu Strani pravni život u izdanju Instituta za uporedno pravo u Beogradu objavljuju se naučni (originalni i pregledni) i stručni članci, komentari sudskih odluka, izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i sl. Pre svega, radovi treba da se odnose na prava i zakonodavstva drugih zemalja. Godišnje izlazi 4 broja časopisa. Tri broja se objavljuju na srpskom jeziku, dok je rezime članka na engleskom jeziku. Četvrti broj se objavljuje na engleskom jeziku.

Radovi se dostavljaju redakciji Stranog pravnog života elektronskom poštom na adresu redakcije: **redakcijaspz@gmail.com**, odnosno, na **institut@icl.org.rs**, kao i neposredno, na CD-u, na adresu: Institut za uporedno pravo, Terazije 41, Beograd. Prilikom dostavljanja, uz rukopis treba priložiti i lične podatke o autoru, sa izjavom da rad ili bilo koji njegov deo nije prethodno objavljivan, kao i svim dodatnim informacijama koje bi mogle koristiti redakciji. Pristigli radovi se ne vraćaju. **Radove koji ne zadovoljavaju navedene kriterijume časopisa u pogledu teme rada, strukture rada i pravila citiranja, REDAKCIJA NEĆE UZETI U RAZMATRANJE, NITI ĆE POSLATI NA RECENZIJU.** Ukoliko rukopis odgovara standardima Stranog pravnog života, upućuje se na anonimnu recenziju. Svaki rad ocenjuju najmanje dva objektivna recenzenta, odabrana iz reda priznatih stručnjaka. Po recenziji, rukopisi se šalju autorima s primedbama i predlozima za otklanjanje nedostataka. Ispravljene rukopise, autori treba da vrate redakciji u roku od pet dana od dana prijema zahteva za ispravku rada. Ukoliko recenzenti utvrde da u radu ima više nepravilnosti vezanih za odnos sadržine rada i teme, strukture rada, nedostataka u korišćenju izvora, kao i drugih nepravilnosti, redakcija će odbiti objavljivanje članka, iako recenzenti nisu predložili odbijanje istog za objavljivanje. **REDAKCIJA DONOSI KONAČNU ODLUKU O OBJAVLJIVANJU ČLANAKA. REDAKCIJA MOŽE DA DONESE ODLUKU O NEOBJAVLJIVANJU I KAD ČLANAK DOBIJE POZITIVNE RECENZIJE. RAZLOZI ZA DONOŠENJE TAKVIH ODLUKA MOGU BITI VEZANI ZA VELIKI BROJ ČLANAKA KOJI SU DOBILI POZITIVNE RECENZIJE I NEMOGUĆNOST NJIHOVOG OBJAVLJIVANJA, UTVRĐIVANJE NEPRAVILNOSTI U ČLANKU, KOJE NISU UTVRĐENE OD STRANE RECENZENATA, UTVRĐIVANJE DA JE ČLANAK PRETHODNO OBJAVLJIVAN ILI NEKI NJEGOV DEO, KAO I DRUGI RAZLOZI, KOJE UTVRDI REDAKCIJA.** Dostavljanjem rukopisa za objavljivanje u Stranom pravnom životu, autori pristaju na

postavljanje svojih radova na internet stranici časopisa, odnosno, na internet stranici Instituta za uporedno pravo. Časopis zadržava i sva ostala prava, izuzev ukoliko nije drugačije dogovoreno s autorom.

PRAVILA IZRADE NAUČNIH I STRUČNIH ČLANAKA

1. Naučni i stručni članci moraju biti sačinjeni u Microsoft Word-u, latiničnim pismom, fontom **Times New Roman**, veličine **12 pt**. Prored 1,5;

2. Rukopisi ne treba da budu duži od jednog autorskog tabaka. Jedan tabak iznosi 16 strana od 28 redova sa 66 znakova u redu, odnosno, ukupno **28.800** kompjuterskih znakova. Članci duži od jednog autorskog tabaka neće biti objavljeni u časopisu. Izuzetno, mogu se objaviti i članci većeg obima o čemu redakcija donosi odluku;

3. Izvori (literatura) se navode u fusnotama, fontom veličine 10 pt. Ne navodi se literatura na kraju teksta;

4. Ime i prezime autora se navodi u gornjem levom uglu. Ostali podaci kao što su zvanje, titula, radno mesto, ustanova gde radi i mejl autora se navode u fusnoti;

5. Naslov rada se navodi velikim slovima na sredini, font 14. Naslov ne bi trebalo da ima više od 10-12 reči;

6. Apstrakt se navodi ispod naslova članka, dva proreda ispod. Apstrakt ne sme da bude duži od 1000 znakova bez razmaka. Veličina fonta **11 pt**. Ključne reči se navode odmah ispod apstrakta. Veličina fonta **11 pt**. Apstrakt se piše u italiku;

7. Podnaslovi u tekstu se pišu na sredini, malim slovima (**font 12**) i boldom, i numerišu se arapskim brojevima. Ukoliko u okviru podnaslova ima više celina, one se takođe označavaju arapskim brojevima (npr. 1.1., 1.1.1., itd.). Uvod i zaključak se, takođe, označavaju rednim brojevima;

8. Rezime na engleskom jeziku običnim fontom se piše na kraju teksta. Iznad rezimea se navodi ime i prezime autora, sa podacima o zvanju, tituli, ustanovi gde radi i mestu na kome radi. Rezime ne sme da ima više od 1500 znakova bez razmaka. Ključne reči se navode ispod rezimea. Kod članaka na engleskom jeziku, rezime se piše na srpskom jeziku. Ostala pravila su ista;

9. Ceo članak, uključujući i rezime na stranom jeziku, podleže stručnoj lekturi.

Ostali prilozi

Komentari sudskih odluka ne smeju da budu duži od pola autorskog tabaka, odnosno, mogu da imaju najviše 15.000 kompjuterskih

znakova. Izlaganja sa naučnih i stručnih skupova, prikazi knjiga i sl., ne smeju biti obima većeg od 7.000 kompjuterskih znakova. Ostali prilozi ne sadrže apstrakt i rezime.

PRAVILA CITIRANJA

1. Knjige, monografije, udžbenici se navode na sledeći način: prvo slovo imena (posle čega sledi tačka) i prezime autora, naziv kurzivom, mesto izdanja kurentom – obično, godina izdanja. Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zapeta. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom – obično, pre mesta izdanja.

Primer: J.Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008., 45.

Ukoliko knjiga ima više izdanja, može se navesti broj izdanja u superskriptu (npr. 20083). Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćunica „fn.“.

Primer: J.Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008., 45 fn. 83.

2. Članci se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom – obično pod navodnicima, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godište, broj strane bez ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga). Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćunica pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: J.Ćirić, „Borba protiv droge putem dekriminalizacije – slučaj Portugalije“, *Strani pravni život* 2/2012, 310.

3. Ukoliko postoji više autora knjige ili članka (do tri), razdvajaju se zapetom.

Primer: J.Ćirić, P.Petrović, J.Jovanović

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje skraćnice reči et alia (et al.) kurzivom.

Primer: J.Ćirić et al.,

4. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, kod ponovljenog citiranja tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi samo broj strane i tačka (bez dodataka op. cit., nav. delo i sl.).

Primer: J.Ćirić, 310.

Ukoliko se citira više radova istog autora, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se

citiraju, uz godinu se dodaju latinična slova a, b, c, d, itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: J.Čirić, (2012a), 310.

5. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crtom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: J.Čirić, 310–316.

Primer: J.Čirić, (2012a), 310 i dalje.

6. Ukoliko se citira podatak sa iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za ibidem u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali sa različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 69.

7. Propisi se navode punim nazivom u kurentu – obično, potom se kurzivom navodi glasilo u kome je propis objavljen, a posle zapete broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu – obično. Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćenica pod kojom će se propis dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78

Ukoliko je propis izmenjivan i dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osiguranju imovine i lica, *Sl.list SRJ* br. 30/96, 57/98, 53/99 i 55/99

8. Član, stav i tačka propisa označava se skraćenicama čl., st. i tač.

Primer: čl. 6, st. 2, tač. 4. ili čl. 6, 8, 9 i 10. ili čl. 6–12, itd.

9. Navođenje sudskih odluka treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).

10. Latinske i druge strane reči, internet adrese i sl. se pišu kurzivom.

11. Citiranje tekstova s interneta treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice i datum pristupa stranici.

Primer: Hodson David, EU approves European divorce enhanced co-operation, www.davidhodson.com/assets/documents/enhancedcoop.pdf, 14.04.2011.

12. Za „vidi“ koristi se skraćenica „V.“, a za „upoređi“ skraćenica „Upor.“.